

# CONSTRUTO, ARTICULAÇÃO E CONHECIMENTO:

Diversidade de estudos produzidos no curso de Direito

2023/1

## VOLUME I

Organizadores:

**Débora Teixeira Da Cruz**

**João Paulo Calves**

**Maysa Brum**

 **Pedro & João**  
editores

**CONSTRUTO, ARTICULAÇÃO E  
CONHECIMENTO: DIVERSIDADE DE  
ESTUDOS PRODUZIDOS NO  
CURSO DE DIREITO**

**2023/1**

**VOLUME I**



**DÉBORA TEIXEIRA DA CRUZ  
JOÃO PAULO CALVES  
MAYSA DE OLIVEIRA BRUM BUENO  
(ORGANIZADORES)**



**CONSTRUTO, ARTICULAÇÃO E  
CONHECIMENTO: DIVERSIDADE DE  
ESTUDOS PRODUZIDOS NO  
CURSO DE DIREITO  
2023/1**

**VOLUME I**

**Copyright © Autoras e autores**

Todos os direitos garantidos. Qualquer parte desta obra pode ser reproduzida, transmitida ou arquivada desde que levados em conta os direitos das autoras e dos autores.

---

**Débora Teixeira da Cruz; João Paulo Calves; Maysa de Oliveira Brum Bueno [Orgs.]**

**Construto, articulação e conhecimento: diversidade de estudos produzidos no curso de Direito 2023/1. Vol. I.** São Carlos: Pedro & João Editores, 2023. 810p. 16 x 23 cm.

**ISBN: 978-65-265-0639-4 [Digital]**

1. Direito civil. 2. Constitucional. 3. Trabalhista. I. Título.

---

CDD – 340/370

**Capa:** Petricor Design

**Ficha Catalográfica:** Hélio Márcio Pajeú – CRB - 8-8828

**Diagramação:** Diany Akiko Lee

**Editores:** Pedro Amaro de Moura Brito & João Rodrigo de Moura Brito

**Conselho Científico da Pedro & João Editores:**

Augusto Ponzio (Bari/Itália); João Wanderley Geraldi (Unicamp/Brasil); Hélio Márcio Pajeú (UFPE/Brasil); Maria Isabel de Moura (UFSCar/Brasil); Maria da Piedade Resende da Costa (UFSCar/Brasil); Valdemir Miotello (UFSCar/Brasil); Ana Cláudia Bortolozzi (UNESP/Bauru/Brasil); Mariangela Lima de Almeida (UFES/Brasil); José Kuiava (UNIOESTE/Brasil); Marisol Barenco de Mello (UFF/Brasil); Camila Caracelli Scherma (UFFS/Brasil); Luís Fernando Soares Zuin (USP/Brasil).



**Pedro & João Editores**

[www.pedroejoaoeditores.com.br](http://www.pedroejoaoeditores.com.br)

13568-878 – São Carlos – SP

2023

A essência dos Direitos Humanos é direito a ter direitos. A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à justiça por toda a parte. Ao advogado compete assegurar a força jurídica para aquele que não dispõem de qualquer outra.

Martin Luther King Jr.



## AGRADECIMENTOS

Ao Centro Universitário Unigran Capital em nome do nosso Pró-Reitor Prof Me. Vinícius de Oliveira.

A secretária do Curso de Direito, Janaína Ferreira, por toda colaboração dedicada.

À colaboração os alunos do curso Direito entre eles - Karlos Cesar Dias Mortari.

Aos professores (as), orientadores (as) e avaliadores (as) do Curso de Direito da Unigran Capital, que não mediram esforços em colaborar para essa produção.

Ao estagiário do Nexitemper - Leonardo Ferreira dos Santos.

À querida Diany e Pedro da editora que sempre atende às nossas solicitações de forma sensível

Ao Dr Lucas Medeiros Gomes, que aceitou de prontidão prefaciá-lo o 1º E-book do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

Aos Diretores Prof José Alexandre e Prof Lindomar Rodrigues.

Ao Prof Me. João Paulo Calves, pelo cuidado, seriedade e humanização na Coordenação do Curso de Direito.

Enfim, a todos o nosso muito obrigado!!!!



## APRESENTAÇÃO

O direito é uma das profissões que contempla legislações, resoluções, decretos, doutrinas, súmulas, decretos entre outros. A profissão ativa desde a antiguidade, ou seja, existem histórias há mais de 2000 mil anos, inclusive histórias relatam como eram resolvidas as pendências, embora saibamos que para tomar qualquer decisão é necessário tomada de decisão, sem esquecer que é preciso imparcialidade para que não façam algo com o coração ou simplesmente com a razão, portanto é preciso de uma balança para equilibrar os elementos importantes que não conseguimos tocar enquanto seres humanos “ o comportamento e a personalidade”, mas sabe se que o profissional das ciências jurídicas deve: estudar, escutar, entender, compreender e interpretar para ajudar de forma humanística a todos que necessitar do poder judiciário.

Independente, da área de atuação, os operadores do direito devem estar prontos para atender as necessidades da população sempre pensando na dignidade e nos direitos humanos.

Este manuscrito traz uma gama de conhecimento elaborado por egressos e professores do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital: entre eles o material trata de questões relacionadas a: direitos humanos, sustentabilidade, Povos tradicionais, Recuperação judicial do produtor rural, obrigação alimentar dos pais destituídos, Impostos sobre grandes fortunas, impacto do ensino na cidadania, função regulatória da lei de licitação, direito a indenização a não comunicação da gravidez no trabalho , instrumento de celeridade na condução dos processos, segurança pública, proteção dos direitos autorais, assédio moral no ambiente de trabalho.



## PREFÁCIO

É com grande satisfação e orgulho que apresentamos ao leitor o volume I da obra coletiva "Construto, Articulação e Conhecimento: Diversidade de Estudos Produzidos no Curso de Direito", fruto do esforço conjunto de talentosos autores, professores e alunos da UNIGRAN – Centro Universitário Unigran Capital.

O presente trabalho é resultado de uma iniciativa acadêmica que visa enaltecer o comprometimento e a dedicação dos estudantes do curso de Direito, que, com maestria, empenharam-se em desenvolver pesquisas e reflexões acerca de variados temas elencados no índice deste primeiro *e-book* formulado pela UNIGRAN, abordando questões relevantes e atuais que permeiam o campo jurídico e sua interação com diversas outras áreas do conhecimento.

Pinçar um tema sobre outro seria cometer a injustiça de enfatizar um tópico jurígeno sobre outro de igual importância, de sorte que se convida ao leitor uma escolha seletiva no índice remissivo conforme as necessidades práticas ou teóricas de sua atuação profissional e/ou acadêmica.

Ao longo das páginas deste livro, o leitor terá a oportunidade de explorar ampla gama de assuntos, abarcando desde análises críticas de precedentes judiciais emblemáticos até estudos aprofundados sobre políticas públicas, direitos humanos, ética profissional e resolução de conflitos, entre outros temas de relevância incontestável.

Bem por isso, a diversidade temática reflete a riqueza do curso de Direito na UNIGRAN e a tônica deste primeiro *e-book*, sendo a pluralidade de perspectivas trazidas pelos alunos, que enriquecem e robustecem a formação acadêmica e profissional dos nossos futuros (já!) juristas.

Indo além, a construção desta coletânea foi além do exercício intelectual; representou, também, um exercício de cooperação, diálogo e aprendizado mútuo entre os autores, que, por meio de

suas contribuições individuais, demonstraram a sinergia presente na comunidade acadêmica da UNIGRAN, na medida em que há artigos produzidos por vários autores que promoveram o debate *intra e inter classes*.

Como toda obra coletiva, máxime aquelas formadas nos meandros universitários, certamente os laços de amizade e respeito perdurarão por toda a vida.

Neste primeiro volume, os leitores encontrarão um mosaico de talentos, abordagens e perspectivas que certamente provocarão reflexões e incentivarão a busca constante pelo conhecimento. Os trabalhos aqui apresentados são a representação concreta da capacidade de síntese, da dedicação aos estudos e do compromisso com a construção de um saber jurídico cada vez mais sólido e qualificado, típico desta instituição de ensino tão aclamada no meio jurídico.

Ao final, não podemos deixar de agradecer aos professores e orientadores, cujo papel fundamental, na condução e estímulo dos autores, é oferecer a eles as ferramentas necessárias para aprimorar suas pesquisas e desenvolver suas habilidades acadêmicas.

Em nome de todos os envolvidos nesta obra, convidamos o leitor a embarcar nesta jornada intelectual, valorizando a diversidade de ideias e a pluralidade de vozes que tornam este livro único e enriquecedor.

Em arremate, espero que este volume I seja apenas o início de uma longa trajetória de produção científica e colaboração mútua, contribuindo para o desenvolvimento do conhecimento e da ciência jurídica e desperte sua curiosidade pelos prismas jurídicos sobre cada tema.

Boa leitura!

Lucas Medeiros Gomes  
Juiz Federal, da 4ª Vara Cível Federal de Campo Grande/MS  
Mestre em Direito pela Universidade Federal do  
Estado do Rio de Janeiro  
Campo Grande -MS, 25.04.2023

## SUMÁRIO

<b>1 - A IDENTIFICAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO</b>	<b>19</b>
Larissa Costa Santos Priscila Rocha Margarido Mirault Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil Fernando Coelho Mirault Pinto	
<b>2 - A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS</b>	<b>45</b>
Ariana Barbosa Beltramin João Carlos Lima de Oliveira Cid Eduardo Brown da Silva	
<b>3 - A INEFICIÊNCIA DAS MEDIDAS COERCITIVAS CONTRA ENTES PÚBLICOS NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA</b>	<b>71</b>
Guilherme Henrique Araújo João Carlos Lima de Oliveira Cid Eduardo Brown da Silva	
<b>4 - A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A DIVISÃO FUNCIONAL DO PODER POLÍTICO DO ESTADO</b>	<b>95</b>
Laís Milana dos Santos Kellyne Laís Laburú Alencar de Almeida Priscila Rocha Margarido Mirault Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil	
<b>5 - A PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS DE OBRAS CRIADAS PELA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL</b>	<b>119</b>
Caio Marques de Oliveira Robaldo Raquel Domingues do Amaral Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil Fernando Coelho Mirault Pinto	

<b>6 - AS CONQUISTAS LEGISLATIVAS EM TORNO DA PROTEÇÃO ANIMAL CONTRA MAUS TRATOS</b>	<b>135</b>
Andréia Batista Raquel Domingues do Amaral Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil Fernando Coelho Mirault Pinto	
<b>7 - ADOÇÃO HOMOAfetiva. A ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS PAIS ADOTIVOS INFLUÊNCIA NO DESENVOLVIMENTO PSICOLÓGICO OU SOCIAL DOS ADOTANDOS?</b>	<b>167</b>
Julia Fonseca Gomes Cid Eduardo Brown da Silva	
<b>8 - ADOÇÃO HOMOAfetiva – SURGIMENTO DE UMA NOVA FAMÍLIA E OS DESAFIOS DESTA NOVA CONCEPÇÃO FAMILIAR</b>	<b>211</b>
Haniely Magalhães Mancilha dos Santos Cid Eduardo Brown da Silva José Luiz Rodrigues Raquel Domingues do Amaral	
<b>9 - COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E OS CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DE PONDERAÇÃO DO JULGADOR</b>	<b>245</b>
Gabriel Alonso Borges de Souza Jaqueline Karina Rodrigues de Lima Fernando Coelho Mirault Pinto João Carlos Lima de Oliveira	
<b>10- DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL: UMA ANÁLISE PRÁTICA DO DANO E SUAS CARACTERÍSTICAS</b>	<b>289</b>
Pedro Montebranco Ana Cristina Fernandes Martins de Oliveira Jaqueline Karina Rodrigues de Lima João Carlos Lima de Oliveira	

- 11 - DEFESA DO CONSUMIDOR NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO: UM EXAME SOBRE A “BLACK FRIDAY”** 317  
Maria Eduarda Senna de Miranda Vilalba  
Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil  
Kellyne Laís Laburú Alencar de Almeida  
Priscila Rocha Margarido Mirault
- 12 - DIREITO DE INDENIZAÇÃO: A NÃO COMUNICAÇÃO DA GRAVIDEZ E A RECUSA DA GESTANTE A RETORNAR AO TRABALHO APÓS A RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO** 377  
Andressa Scheibeler  
Priscila Rocha Margarido Mirault  
Fernando Coelho Mirault Pinto  
Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil
- 13- EFICÁCIA DA PRISÃO CIVIL NA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS** 399  
João Pedro Pedra Domingos  
João Carlos Lima de Oliveira  
Jaqueline Karina Rodrigues de Lima  
Fernando Coelho Mirault Pinto
- 14 - FUNÇÃO REGULATÓRIA DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES, COM VISTAS À PROMOÇÃO DA SUSTENTABILIDADE** 425  
Gabriel Espíndola Lopes Pereira  
Jaqueline Karina Rodrigues de Lima  
Ana Cristina Fernandes Martins de Oliveira  
João Carlos Lima de Oliveira
- 15 - NULIDADES DO AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL** 471  
Jefferson Rodrigo Bianchini Marques  
Jaqueline Karina Rodrigues de Lima  
Fernando Coelho Mirault Pinto  
João Carlos Lima de Oliveira

<b>16 - O DEVER DO ESTADO E A RESPONSABILIDADE PELA SEGURANÇA PÚBLICA</b>	<b>495</b>
Wanderlei Naleto Muzili Neto Jaqueline Karina Rodrigues de Lima Fernando Coelho Mirault Pinto João Carlos Lima de Oliveira	
<b>17 - O IMPACTO DO ENSINO DA CIDADANIA POLÍTICA NAS ESCOLAS PÚBLICAS DE MATO GROSSO DO SUL</b>	<b>537</b>
Arthur Bernardes dos Santos Abner da Silva Jaques	
<b>18 - O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS UM ESTUDO DOS PROBLEMAS ENFRENTADOS PARA A SUA IMPLANTAÇÃO NO BRASIL</b>	<b>565</b>
Augusto Seiji Yoshida Abner da Silva Jaques Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil	
<b>19 - OS IMPASSES DOS TERMOS DE USO EM RAZÃO DA MODALIDADE DE ADESÃO</b>	<b>597</b>
Guilherme Tadeu Portella Medeiros Cid Eduardo Brown da Silva José Luiz Rodrigues Raquel Domingues do Amaral	
<b>21 - OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DOS PAIS DESTITUÍDOS DO PODER FAMILIAR</b>	<b>649</b>
Carlos Augusto Rocha Alvim José Luiz Rodrigues Raquel Domingues do Amaral Cid Eduardo Brown da Silva	
<b>20 - PREVISÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO BEM DE FAMÍLIA</b>	<b>671</b>
Áurea Maria Gomes Dias Jaqueline Karina Rodrigues de Lima	

Fernando Coelho Mirault Pinto  
João Carlos Lima de Oliveira

**21 - RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL:  
DA PROTEÇÃO PELA VIA JUDICIAL À POSITIVAÇÃO  
NORMATIVA** **695**

Omar Joaquim de Carvalho Junior  
Abner da Silva Jaques  
Cid Eduardo Brown da Silva

**22 - RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL:  
MUDANÇAS ADVINDAS COM A REFORMA DA LEI  
11.101/2005 PELA LEI 14.112/2020 E O NOVO  
ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA** **721**

Maria Clara de Souza Ozório  
Abner da Silva Jaques  
Cid Eduardo Brown da Silva

**23 - RECURSOS REPETITIVOS COMO INSTRUMENTO  
DE CELERIDADE NA CONDUÇÃO DOS PROCESSOS** **751**

Sarah Vilalba de Andrade  
João Carlos Lima de Oliveira  
Cid Eduardo Brown da Silva

**24 - TERMO DE AUTORIZAÇÃO DE USO SUSTENTÁVEL  
(TAUS) COMO UM INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE  
DOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS  
TRADICIONAIS AO TERRITÓRIO E À IDENTIDADE** **773**

Paula Juliane Ota  
Raquel Domingues do Amaral  
Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil

**SOBRE AS ORGANIZADORAS E ORGANIZADOR** **803**

**SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES** **807**



## A IDENTIFICAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

Larissa Costa Santos  
Priscila Rocha Margarido Mirault  
Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil  
Fernando Coelho Mirault Pinto

### INTRODUÇÃO

O assédio moral tem sido um dos temas mais debatidos e estudados atualmente, o que motivou o presente trabalho, que tem como propósito buscar compreender por que motivos tais comportamentos ainda persistem dentro do ambiente de trabalho, além de analisar as consequências jurídicas, tanto para o assediado como também para o assediador.

Ao analisar a história foi possível comparar as mudanças ocorridas na valorização do trabalho, levando em consideração a influência da economia, da política e de aspectos sociais de cada época. Tal análise histórica leva à conclusão de que é necessário existir um ambiente de trabalho saudável e que respeite a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Os assediadores, em sua maioria são pessoas hierarquicamente superiores e utilizam desta vantagem para agir de maneira hostil com seus subordinados, colocando-os em situações constrangedoras e humilhantes.

Mesmo sendo um assunto contemporâneo, muitas pessoas não sabem identificar o assédio moral que sofrem dentro do ambiente de trabalho, sendo de extrema importância explicar suas características e como atingem a vida das vítimas que sofrem com esses danos físicos e psíquicos, que muitas vezes são irreparáveis. Além disso, é imprescindível explicar quais são as consequências jurídicas para quem as pratica.

É de essencial importância explicar como identificar o assédio moral no ambiente de trabalho e quais são as consequências jurídicas a serem aplicadas ao responsável.

O assédio moral acarreta uma degradação do ambiente de trabalho, bem como na vida das vítimas, as quais têm seus direitos personalíssimos violados, causando danos à esfera moral e material. O assediador normalmente possui poder hierárquico dentro da empresa e aproveita desta posição para ofender os seus subordinados, causando assim um ambiente tóxico.

O tema estudado é um problema enfrentado há séculos dentro do mercado de trabalho. Mesmo com a evolução dos direitos trabalhistas, ainda é possível encontrar esse tipo de desmoralização dentro do ambiente de trabalho. Por ainda ser uma realidade, é de extrema importância examinar como está inserido dentro das relações trabalhistas, além dos mecanismos para combater este inimigo invisível que abala significativamente o ambiente de trabalho.

Muitas pessoas ainda não sabem identificar quando estão sendo vítimas de assédio moral no ambiente de trabalho, uma vez que existe uma linha tênue entre a “brincadeira” e o assédio moral. Assim, é extremamente relevante informar o trabalhador para que ele saiba identificar a ocorrência de assédio moral e tenha conhecimento das providências que devem ser tomadas.

Diante do exposto, o presente trabalho busca discorrer sobre o assédio moral, analisando em que circunstâncias ocorre o assédio, apontando como o diferenciar de mero dissabor existente no ambiente de trabalho. Além disso, serão abordadas as consequências jurídicas aplicadas aos assediadores e os danos morais e psicológicos causados às vítimas.

Sendo assim, o objetivo geral foi analisar quando efetivamente ocorre o assédio moral e como isso afeta a vida das vítimas, além de suas consequências jurídicas dentro do ambiente de trabalho. Já os objetivos específicos buscaram identificar os sujeitos envolvidos no assédio moral, bem como, classificar os tipos de assédio moral que ocorrem no ambiente de trabalho. Do mesmo modo, distinguir

o que não se caracteriza como assédio moral e por fim analisar quais as consequências jurídicas incidentes sobre o contrato de trabalho, e ainda as consequências jurídicas para a empresa.

## **DEFINIÇÃO DE ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO**

Para a estudiosa francesa Marie-France Hirigoyen (2006, p.39), uma das maiores autoridades no assunto

O assédio moral no trabalho é qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.

O assédio moral no ambiente de trabalho pode estar vinculado a uma pessoa que chega na empresa e se destaca em seu meio, muitas vezes chamando a atenção de maneira positiva, como também, pode se tratar de uma pessoa menos produtiva que é assediada pelo fato de ingressar em um grupo que está funcionando bem e já tem um ritmo determinado (HIRIGOYEN, 2006, p. 39).

Ao realizar uma entrevista de emprego é possível notar que as empresas já têm perguntas específicas que provavelmente já tenham uma resposta determinada, com o intuito de buscar pessoas idênticas, e conseqüentemente aniquilando qualquer especificidade (HIRIGOYEN, 2006, p. 39).

Segundo Hirigoyen (2006, p. 39), "O assédio moral é um dos meios de impor a lógica do grupo, formatar os indivíduos é uma maneira de controlá-los. Eles devem se submeter para melhorar os desempenhos e a rentabilidade".

Uma má liderança pode ser de extremo gatilho para desencadear o assédio moral em seu meio de trabalho, mesmo que essas pessoas não participem diretamente do ato, podem estar incentivando tais práticas, como por exemplo quando empresas

incluem a competição entre seus funcionários, a princípio com o objetivo de obter resultados mais rápidos e positivos. Contudo, quando a gestão incentiva esta concorrência entre seus funcionários começa a criar uma rivalidade entre todos que futuramente poderá acarretar um assédio moral (ROBERTO, 2018).

A partir do momento em que começa a ver as comparações entre os profissionais, aquele que menos se destaca começa a se sentir inferior e em um primeiro momento irá apresentar uma autoestima baixa, perdendo assim a motivação e conseqüentemente o ritmo de trabalho. Já em um segundo momento o sentimento de inveja começará a surgir, diante das diversas desaprovações, e por fim o assédio moral começará a se enraizar através de intrigas entre colegas (ROBERTO, 2018).

O sentimento de inveja pode ser mais um dos motivos para que ocorra o assédio moral, pois conforme o entendimento de HIRIGOYEN (2006, p. 40)

A inveja não é proporcional ao valor da coisa invejada e se concentra muito frequentemente em coisas pequenas e desprezíveis. Inveja-se aquele que tem a mesa perto da janela, ou aquele que tem a cadeira mais bonita, mas também se inveja aquele que é o preferido do chefe ou que tem um salário melhor e a mesma qualificação.

Já o sentimento de ciúmes diferentemente da inveja que está ligada com um sentimento de inferioridade ou desaprovação, os ciúmes é um sentimento que surge pela falta de segurança própria, sendo caracterizado pelo medo da perda (MOTA, 2013).

Conforme pontua Pamplona Filho (2006), é de extrema importância distinguir o assédio moral do assédio sexual, em que pese ambos estão respaldados pelos direitos personalíssimos, a diferença se encontra no direito tutelado, uma vez que o assédio sexual atenta contra a liberdade sexual do indivíduo, já o assédio moral está ligado a dignidade psíquica do ser humano, onde ambos geram um dano extrapatrimonial a pessoa humana, ou seja, o dano moral.

## COMO IDENTIFICAR O ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

Segundo Tolfo e Oliveira (2015, p. 142), o papel do trabalho na vida dos colaboradores é composto por pólos positivos, neutros ou negativos

No polo positivo está associado a dignidade, prazer, vida, satisfação, missão, valor, reconhecimento; no centro do contínuo tem um caráter “neutro” ou instrumental, relativo a contrato de emprego, a sobrevivência e a contrapartida salarial, que permite a subsistência; e o polo negativo é significativo de sofrimento, tortura, mal-estar e violência.

Com base no entendimento de Hirigoyen (2005, p. 108), as práticas que configuram o assédio moral podem ser subdivididas em quatro categorias, onde algumas ações praticadas são sutis e de difícil identificação, já outras mais evidentes dentro da relação trabalhista.

A primeira categoria é a deterioração proposital das condições de trabalho, como por exemplo retirar da vítima a autonomia, não lhe passando as informações úteis para executar algumas tarefas, contestar todas as suas decisões, como também, criticar reiteradamente seu trabalho de maneira injusta ou exagerada, privar o funcionário de ter acesso aos instrumentos de trabalho ou atribuir tarefas que são incompatíveis com sua saúde sendo alguns dos exemplos que se caracterizam o assédio moral dentro do ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2005, p. 108-109).

A segunda categoria está relacionada ao isolamento e recusa de comunicação, ocorrendo quando a vítima é interrompida constantemente, não existindo um diálogo entre a vítima e o superior hierárquico ou até mesmo seus colegas com o objetivo de excluírem por completo do ciclo social a deixando isolada e ignorando a sua presença (HIRIGOYEN, 2005,p. 108-109). A terceira subdivisão é atentar contra a dignidade da vítima através de insinuações desdenhosas, gestos de desprezo, espalhando rumores a seu respeito e a sua vida privada, zombando de suas

deficiências físicas ou de seu aspecto físico, sendo intolerantes com suas crenças religiosas, etnias ou convicções políticas, bem como atribuindo tarefas com o intuito de humilhá-lo.

Por fim, a quarta categoria está vinculada a violência verbal, física ou sexual que é realizada por meio de ameaças de violência física ou até mesmo chegam a se concretizar, mesmo sendo leve através de empurrões, fechando a porta na cara do trabalhador, falando aos gritos, sendo assediada ou agredida sexualmente por meio de gestos ou propostas inconvenientes (HIRIGOYEN, 2005, p. 108-109).

O assédio moral possui diversas modalidades de expressão, mas em todas elas são possível notar a violência psicológica, com base no entendimento de Martinez; Junior (2022, p. 8).

Consistente na exposição do trabalhador a condutas humilhantes, vexatórias, constrangedoras, repetitivas e prolongadas, tornando-o tóxico e nocivo. Essas manifestações agridem direitos fundamentais arduamente conquistados pelos trabalhadores em décadas de lutas sociais.

Segundo estudos realizados por Hirigoyen (2001, p. 34), em relação aos diferentes tipos de assédio moral no ambiente de trabalho “indicaram que 58% dos casos o assédio vem da hierarquia (chefe para subordinado), em 29% dos casos ele vem tanto de chefes como de colegas, em 12% acontece entre colegas e somente 1% dos casos é o subordinado que assedia o chefe”.

## **DESENVOLVIMENTO TEÓRICO**

O assédio moral no ambiente de trabalho é um tema que vem ganhando cada dia mais espaço nos debates contemporâneos, sendo uma prática reiterada nas relações trabalhistas e repudiada pela sociedade. Além do mais, não se trata de um assunto recente, levando em consideração que as condutas violentas estão presentes nas relações humanas desde os primórdios (MELO *et al.*, 2017).

Apesar de ser um tema contemporâneo, está enraizado nas relações de trabalho há décadas, podendo ser verificado no Brasil desde a escravidão, onde os senhores de engenho torturavam tanto fisicamente como psicologicamente seus escravos (SIMONE, 2016).

Com a globalização e o avanço do capitalismo, o homem começou a ver o trabalho como uma maneira de alcançar seu crescimento pessoal, de maneira que aqueles que detinham o poder conseguiram alcançar cada vez mais se utilizando da mão-de-obra de outras pessoas, e, conseqüentemente, tornando o homem objeto de exploração de outro homem (MELO *et al.*, 2017).

O termo *Mobbing* designa o assédio moral, bem como o terror psicológico no trabalho. O termo citado foi usado pela primeira vez pelo etimologista Heinz Lorenz, que, ao definir o comportamento de certos animais que ameaçavam outros membros do grupo, provocando a fuga destes, deu o nome de *mobbing* (GUEDES, 2003).

Atualmente ainda é possível observar que existem traços de uma herança escravista que vem sendo repassado de geração a geração, onde a força de trabalho é vista como uma mercadoria, não havendo a conscientização que por trás dessa força de trabalho existe uma pessoa que se encontra do lado mais frágil da relação que detém o direito de frequentar um ambiente de trabalho agradável e digno (MARTINEZ; JÚNIOR, 2022, p. 8).

Segundo o entendimento de Martinez e Júnior (apud RIVERO, 2022, p. 8) é possível observar que nas relações trabalhistas existe um descaso com a pessoa do trabalhador, quando exterioriza que “O salário coloca à disposição do empregador a força de trabalho e não a pessoa do empregado”, ou seja, se o trabalhador estiver cumprindo com suas obrigações pouco importa se está laborando dentro de um ambiente de trabalho agradável.

Por fim, o assédio moral no ambiente de trabalho pode ser identificado de diversos formatos. O assédio moral vertical é aquele realizado pelo chefe ou superior hierárquico em relação aos seus subordinados. Já o assédio de natureza horizontal é aquela violência exercida por um ou vários colegas de mesmo nível hierárquico. E, por fim, o assédio moral ascendente é aquele em que

a violência praticada é exercida por um grupo de funcionários ou empregadores contra um superior hierárquico (GUEDES,2003).

## **O QUE NÃO SE CARACTERIZA COMO ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO**

O assédio moral no ambiente de trabalho muitas vezes pode ser de difícil identificação, sendo essencial distingui-lo da pressão no trabalho e de simples brincadeiras (HIRIGOYEN, 2006, p. 19).

Segundo HIRIGOYEN (2006, p. 19), o estresse pode ser definido como “sobrecargas e más condições de trabalho”, sendo assim necessário realizar uma análise para verificar se é apenas uma má organização, ou o estresse causado vem sendo propositalmente provocado, se caracterizando um assédio moral.

O estresse, mesmo sendo considerado um verdadeiro desgaste psíquico e podendo trazer grandes sofrimento, por si só não constitui o assédio moral, contudo, constitui um terreno fértil para que possa favorecer a instalação do assédio moral (HIRIGOYEN, 2006, p. 188).

O assédio moral pode ser identificado quando a vítima percebe que está diante de uma sobrecarga e ao tentar levar para seu supervisor, identifica que não há possibilidade de uma comunicação civilizada para resolver tais dificuldades. Além disso, recebe constantemente críticas sobre seu trabalho de maneira cruel e vexatória (HIRIGOYEN, 2006, p. 20).

Quando a vítima consegue identificar que visivelmente a intenção está sendo em prejudicá-lo começam os questionamentos internos tentando buscar um motivo para estar vivendo aquela situação, bem como, uma cansativa jornada na tentativa de se enquadrar no padrão do assediador e conseqüentemente vivendo uma tortura no ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2006, p. 20).

Portanto, é de extrema importância distinguir o estresse no ambiente de trabalho, que pode ser desencadeado por uma má gestão, bem como pelo excesso de tarefas repetitivas, do assédio

moral, que tem como o objetivo denegrir a dignidade do trabalhador (HIRIGOYEN, 2006, p. 20).

De acordo com Hirigoyen (2006, p. 20) “O estresse só se torna destruidor pelo excesso, mas o assédio é destruidor por si só”.

Já o conflito, por si só, não pode ser considerado um assédio moral, pois ao se falar em conflito é subentendido que haja discussões que poderão ocasionar uma renovação no ambiente de trabalho. Contudo, ao se tratar do assédio moral estamos falando de uma parte que sofre calada e escondida (HIRIGOYEN, 2006, p. 24).

Segundo Márcia Novaes Guedes, juíza do Trabalho (2003), certas situações não se configuram como assédio moral no ambiente de trabalho

Mobbing" não é uma ação singular, também não é um conflito generalizado. O terror psicológico é uma estratégia, uma ação sistemática, estruturada, repetida e duradoura. O mobbing não é um conflito furioso ocasional entre subordinado e superior hierárquico, uma transferência do empregado de um local de trabalho para outro, ainda que desvantajosa e prejudicial; não é a diminuição ou o excesso exagerado de trabalho; não é uma ordem de prestação de serviço humilhante; não é a determinação de prestar serviço em local incômodo e ergonomicamente desaconselhável; não é a anotação desabonadora na Carteira de Trabalho acusando o empregado de falta grave, mesmo que se registre a suposta falta. Também não se pode caracterizar como assédio moral ou terror psicológico o conflito generalizado e continuado dentro de um ambiente de trabalho doentio, dominado pelo estresse, onde impera o autoritarismo e a inobservância de normas trabalhistas e de segurança elementares.

Conforme o entendimento de HIRIGOYEN (2006, p. 24)

Um conflito é fonte de renovação e de reorganização, pois obriga a se reconsiderar, e a se funcionar sob novas formas. Permite mobilizar as energias e reunir as pessoas, modificar as alianças, sair da complexidade e, sobretudo trazer um pouco de animação e novidade para os contextos profissionais muito rotineiros.

Segundo Rodolfo Pamplona Filho (2006), para haver a configuração do assédio moral deve existir algumas características

fundamentais: a prática da conduta abusiva que tenha a sua natureza psicológica com o objetivo de atentar contra a dignidade psíquica do trabalhador, devendo ser realizado de maneira reiterada e havendo a finalidade de exclusão, como bem conceitua

O assédio moral pode ser conceituado como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social.

Conclui-se que situações isoladas e eventuais de humilhação não se configuram como assédio moral, ou seja, é necessário que o comportamento do assediador seja constante e reiterado. Do mesmo modo, as exigências profissionais de cobranças, críticas construtivas e avaliações sobre o seu desenvolvimento no trabalho que não sejam exteriorizadas de maneira vexatória não irão caracterizar o assédio moral. Além disso, o conflito é visto como uma oportunidade de expressar suas ideias e, quem sabe, provocar uma renovação no ambiente de trabalho. Por fim, as más condições de trabalho que desencadeiam o estresse, por si só, não irão esculpir o assédio moral, mesmo sendo um ambiente propício para ser praticado (HIRIGOYEN, 2006, p. 19-24).

## **ONDE ESTÁ O ASSÉDIO MORAL?**

Segundo Denise Pasello Valente (2021) nas relações trabalhistas é necessário compreender que “o ambiente de trabalho é uma extensão da sociedade. Se vivemos em uma sociedade notoriamente violenta contra as mulheres, o ambiente de trabalho naturalmente reproduz essas relações de dominação e submissão.”

De acordo com pesquisas realizadas pelo Instituto Patrícia Galvão e Locomotiva (2020), apontaram que as mulheres são os maiores alvos da violência e do assédio dentro do ambiente de trabalho, como também deve-se enfatizar que grande parte das

mulheres não souberam identificar quando sofreram assédio dentro do ambiente de trabalho.

36% das trabalhadoras dizem já haver sofrido preconceito ou abuso por serem mulheres; porém, quando apresentadas a diversas situações, 76% reconhecem já ter passado por um ou mais episódios de violência e assédio no trabalho.

Vale ressaltar, que o Ministério Público do Trabalho elaborou uma cartilha com o objetivo de esclarecer conceitos relacionados à violência contra a mulher que podem ter repercussão no ambiente de trabalho, definindo o assédio moral como.

Condutas abusivas, reiteradas e sistemáticas, manifestadas por meio de comportamentos, palavras, gestos e agressões leves, que interferem na dignidade humana e direitos fundamentais das vítimas (liberdade, igualdade e direitos de personalidade de outrem), por meio da humilhação e constrangimento, e que resulta em prejuízo às oportunidades na relação de emprego ou na expulsão da vítima de seu ambiente de trabalho.

Além disso, o Ministério Público do Trabalho enfatiza que o assédio moral no ambiente de trabalho não é mera insatisfação ou “frescura” do empregado e atitudes como as seguintes expostas devem ser penalizadas

Constantes piadinhas sexistas, perseguições, exposição a situações vexatórias, supervisão excessiva, ameaças, exigência de tarefas impossíveis, críticas grosseiras, utilização de palavras de baixo calão, brincadeiras inapropriadas e isolamentos são exemplos de assédio moral no ambiente de trabalho, o qual, em diversos casos, está associado a uma relação de poder

Diante dessa realidade, a Lei Maria da Penha foi criada para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, contudo havendo uma aplicação restrita ao ambiente familiar, doméstico ou em relações íntimas de afeto. Porém, mesmo havendo essas restrições em sua aplicação, nada impede das empresas

utilizarem a Lei de maneira norteadora para coibir e prevenir qualquer violência contra a mulher (VALENTE, 2021).

A discriminação no ambiente de trabalho é observada a partir do momento que existe a divisão sexual, havendo serviços específicos para homens que normalmente são de melhor remuneração e os serviços de mulheres que em sua maioria estão relacionadas com funções domésticas (VALENTE, 2021).

Sendo assim, conforme exarado por Denise Pasello Valente (2021) é de extrema importância

Compreender os assédios moral e sexual nas relações de trabalho quando praticados contra a mulher como atos de violência de gênero, nos termos da LMP, permite enfrentar o problema atribuindo-lhe a gravidade e importância que exige.

O assédio moral no ambiente de trabalho contra a mulher pode ser considerado uma violência psicológica, conforme demonstrado no artigo 7º, inciso II da Lei n. 11.340/2006 que dispõe que

Qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Diante do exposto, é notório que a Lei Maria da Penha possui uma aplicação mais restrita, mas nada impede de servir como uma orientação pedagógica no ambiente de trabalho, conforme o entendimento de Denise Pasello Valente (2021) que relata que a Lei poderá servir de diretrizes as empresas ao realizar o atendimento das vítimas

Estabelecer direcionamento específico para apurar denúncia de assédio, moral ou sexual, contra mulheres, como por exemplo: (i) salvar a

integridade física, psíquica e emocional da trabalhadora vítima de assédio; (ii) garantir que, em nenhuma hipótese, ela permanecerá em contato com o agressor; (iii) não permitir sua revitimização, mediante sucessivas inquirições sobre os mesmos fatos, ou questionamentos sobre sua vida privada. Os cuidados para a inquirição da trabalhadora denunciante também devem ser os mesmos dispensados às vítimas de violência doméstica pela Lei Maria da Penha, como: (i) proceder à sua inquirição em ambiente reservado; (ii) se possível, que a escuta seja intermediada por profissional preparada para compreender as sutilezas das relações de gênero; e (iii) registrar o depoimento em meio eletrônico ou magnético, para que seja possível o acesso à gravação pela denunciante ou autoridades.

O assédio moral no ambiente de trabalho é identificado por condutas geralmente discretas, contudo prejudiciais à saúde do trabalhador e normalmente sendo encontrado nas diversas profissões. Filho e Klimkowski (2015) cita, como exemplo, que o assédio moral no trabalho tem grande proliferação nas relações bancárias e que “ O mais comum perante as relações no setor bancário é a prática pela gerência (Assédio Moral Descendente Vertical) contra seus subordinados”.

Além de enfatizar que, em sua maioria, o assédio moral é praticado de uma pessoa hierarquicamente superior a um subordinado, Filho e Klimkowschi (2015) elenca certas características que demonstram quando o local de trabalho está muito propenso ao enraizamento do assédio moral nas relações trabalhistas, sendo elas:

Burocracia excessiva, forte pressão por produtividade; Metas que desconsideram a situação econômica conjuntural/ estrutural; Baixa importância dada pela empresa à relação profissional/cliente; Discrepância entre a jornada de trabalho real e a jornada de trabalho formal, registradas em cartões ponto (os funcionários encerram suas atividades na sua própria senha e permanecem trabalhando “logados” em outras senhas fornecidas pela gerência, com a finalidade de evitar deixar vestígios da sobrejornada); Políticas de demissões e transferências para agências mais distantes dentro da mesma localidade; Tratamento hostil dispensado pelos gestores dos estabelecimentos bancários; Exigência de um perfil (que pode ser estético ou baseado em uma análise da vida pregressa do empregado); Insegurança nas agências bancárias, agressões físicas e psicológicas decorrentes de constantes

assaltos; Processo de qualificação permanente; Progressão na carreira vinculada ao cumprimento de metas; Políticas institucionais de competição entre os bancários; Institucionalização de um padrão de comportamento dos bancários pautado nas seguintes premissas: ser amável, comunicativo, ter disposição para vender produtos, fidelizar clientes.

O assédio moral no ambiente de trabalho desestabiliza seus funcionários que são vítimas das diversas práticas reiteradas que poderão acarretar danos psicológicos, interferindo tanto no trabalho, como também na vida pessoal dos colaboradores (PAMPLONA FILHO; KLIMKOWSKI, 2015).

Vale a pena enfatizar que o assédio moral não é apenas uma simples discussão que ocorre de maneira eventual, que devido ao calor do momento acaba por tomar um tom agressivo. Tratam-se de atitudes que deterioram o psicológico das vítimas que são obrigadas a suportar todos os dias reiteradamente agressões, humilhações e desestímulos em seu trabalho (PAMPLONA FILHO; KLIMKOWSKI, 2015).

Buscando entender qual é a dimensão do assédio moral no setor bancário, foi realizado uma pesquisa no dia 30 de julho de 2014, na agência situada na cidade de Jaraguá do Sul-SC, onde pessoas de ambos os sexos, com faixa etária de 28 (vinte e oito) a 45 (quarenta e cinco) anos, e tempo de experiência de 5 (cinco) a 20 (vinte) anos. Os bancários, ao serem questionados sobre o que mudariam dentro do seu ambiente de trabalho, se referiam ao clima ruim, à competição exacerbada entre os colegas, bem como ao difícil relacionamento interno (PAMPLONA FILHO; KLIMKOWSKI, 2015, s/p).

Diante do exposto, é possível identificar em jurisprudências do Tribunal Superior do Trabalho que já possuem ações reiterados dos trabalhadores contra as agências bancários requerendo indenização por assédio moral, como é possível analisar:

AGRAVO INTERNO EM RECURSO DE REVISTA COM AGRAVO. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014 E ANTES DA LEI N.º 13.467/2017. PRESCRIÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO MORAL. LESÃO SOFRIDA APÓS A PROMULGAÇÃO DA

EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45/2004 . APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO TRABALHISTA . ART. 7.º, XXIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É entendimento pacífico no âmbito desta Corte que, em se tratando de dano decorrente da relação de trabalho ocorrida após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004, o prazo prescricional aplicável é aquele previsto no art. 7.º, XXIX, da Constituição Federal . Logo, diante da premissa fática delineada pela Corte de origem, no sentido de que a lesão sofrida pelo reclamante - assédio moral - ocorreu em dezembro de 2008, tem-se que a lesão se deu já na vigência da Emenda Constitucional n.º 45/2004, razão pela qual, o prazo prescricional aplicável é o previsto no art. 7.º, XXIX, da Constituição Federal. Assim, tendo ocorrido a ruptura contratual em setembro de 2013 e o ajuizamento da Reclamação Trabalhista em novembro de 2013, tem-se que foram devidamente observadas tanto a prescrição quinquenal, a contar da data da efetiva lesão, quanto a prescrição bienal, iniciada a partir da rescisão contratual. BANCO DO BRASIL. ASSÉDIO MORAL. COAÇÃO PARA DESISTÊNCIA DA AÇÃO COLETIVA SOB PENA DE PERDA DA FUNÇÃO OU DISPENSA DO EMPREGO. REITERAÇÃO DA CONDUTA. QUANTUM ARBITRADO À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. CARÁTER PUNITIVO E PEDAGÓGICO DA REPARAÇÃO. Ao se arbitrar a indenização por danos morais, tem-se de considerar que o montante indenizatório não deve apenas servir como uma forma de compensação da vítima (caráter compensatório), mas também como uma forma de obstar a prática da conduta lesiva por parte do ofensor (caráter pedagógico). Assim, diante dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a indenização não pode ser arbitrada em valor excessivo, que acaba por ocasionar o enriquecimento sem causa da vítima, nem em valor irrisório, que acaba por ensejar a perpetuação da conduta lesiva do empregador. Levando-se esses aspectos em consideração, foram estabelecidos alguns parâmetros para a fixação do valor indenizatório, entre os quais a gravidade e habitualidade da conduta, o potencial econômico do ofensor, a condição financeira da vítima, a reiteração da conduta, seu prolongamento no tempo, eventuais sequelas, entre outros. In casu, consoante se extrai das premissas delineadas nos autos, verifica-se que: a) o reclamante, advogado, sofreu coação, a fim de que desistisse do objeto da pretensão veiculada em ação ajuizada pelo Sindicato profissional, sob pena de perda da função comissionada, afastamento do exercício da função de advogado com o retorno à prestação de serviços na área administrativa ou dispensa do emprego; b) a prova documental comprova que a conduta adotada pelo empregador - Banco do Brasil -, " foi implementada por determinação da Diretoria Jurídica Nacional do réu, durante o ano de 2008, e que atingiu grande número de advogados lotados

na Assessoria Jurídica de Florianópolis (onde o autor trabalhava)"; c) apesar da gravidade do ato praticado pelo empregador, " não há comprovação de que os fatos tenham maculado a carreira profissional do autor, que continuou a trabalhar junto ao réu até se aposentar, em 2013 ". Assim, tem-se que, levando-se em consideração o evento danoso causado ao trabalhador, bem como a sua repercussão social, a capacidade econômica do empregador (Banco do Brasil), a reiteração na prática da conduta, a condição financeira da vítima (advogado), bem como o caráter pedagógico e punitivo da indenização, tem-se que o valor arbitrado no montante de R\$100.000,00 (cem mil reais) não foi arbitrado de forma desproporcional e excessiva, tendo observado as balizas delineadas no art. 944 do Código Civil. Agravo conhecido e não provido" (Ag-ARR-976-54.2013.5.09.0655, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Jose Dezena da Silva, DEJT 20/03/2023).

O telemarketing também é um dos serviços que possuem grande probabilidade de se enraizar o assédio moral, devido às metas abusivas que são exigidas de seus funcionários, como também pelo controle da forma e do tempo de labor e da inserção de sistemas de premiação e punição aos seus colaboradores (SANTOS, 2020).

As metas abusivas dentro do telemarketing se tornaram mais intensas com a união da telefonia e da informática, por haver uma imposição de um ritmo de trabalho definido por aparelhos que distribui automaticamente as ligações e controlam o trabalho e os trabalhadores, sempre visando aumentar a produtividade e a captação de novos clientes (SANTOS, 2020).

Através de um sistema de premiações que buscam incentivar o alcance de metas dentro das empresas cria-se um ambiente propício ao assédio moral, pois acaba incentivando uma forte competitividade, além de tornar o ambiente de trabalho hostil e individualista, onde apenas algumas pessoas estarão na folha de destaques do mês. Já os funcionários que não se destacarem serão ridicularizados publicamente por não terem alcançado as metas estabelecidas (SANTOS, 2020).

Toda essa pressão e cobrança pode acabar adoecendo os trabalhadores em teleatendimento. Conforme o entendimento de

Santos (2020), o assédio moral pode desencadear tanto doenças físicas como psíquicas como

Doenças osteomusculares, doenças psíquicas, distúrbios de fonação, distúrbios auditivos e doenças geniturinárias são algumas das doenças geradas nos operadores de *call-center*.

Diante do exposto, é notório que o assédio moral pode estar presente em diversas profissões, e por não ser uma violência física propriamente dita, acaba por ser difícil de punir os assediadores pelo seu grau de complexidade e subjetividade, não sendo uma prática de fácil visualização em nosso cotidiano (PAMPLONA FILHO; KLIMKOWSKI, 2015).

Por fim, é de suma importância detalhar a linha tênue de uma brincadeira para a configuração do assédio moral propriamente dito, geralmente de difícil distinção por existir um grau de complexidade e subjetividade, a brincadeira passa a ser considerado assédio moral quando trazem consigo um bojo de preconceito e discriminação com as vítimas, deixando a ingenuidade de lado para se configurar a ofensa (MANUS, 2016).

Vale ressaltar, que diferente de uma brincadeira isolada o assédio moral tem como característica ser de maneira reiterada, duradoura, bem como específica contra um trabalhador ou um grupo de trabalhadores que tem o principal objetivo humilhá-los, inferiorizá-los, isolá-los ou constrangê-los (FERNANDES, 2023).

Sendo assim, é notório observar que a brincadeira dentro do ambiente de trabalho é aquela tolerável pelo homem médio, contudo a partir do momento em que a brincadeira passa a ser contínua e desrespeitosa, onde a vítima passa a ser o centro das atenções de maneira negativa, gerando um incômodo para ela. Portanto, o assédio moral está configurado dentro de seu ambiente de trabalho (CARASCO, 2017).

## QUAIS AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Com a reforma trabalhista de 2017, houve uma relevante redução nas demandas judiciais individuais que pleiteiam reparações por conta de assédio, devido à dificuldade de obter provas que comprovem o assédio moral sofrido. Isso porque, geralmente, as condutas assediadoras não são praticadas na presença de testemunhas, mas sim de forma reservada. Além disso, em grande parte dos casos é difícil comprovar que a conduta do assediador extrapolou a normalidade. Assim, diante do risco de sofrer uma improcedência por falta de provas, os reclamantes acabam sendo desestimulados de proporem as ações trabalhistas por medo da sucumbência processual (MARTINEZ; JÚNIOR, 2022, p. 08).

O assédio moral por ser praticado em sua maioria sem a presença de testemunhas, muitas vezes dificulta o ônus probatório do trabalhador, como é possível observar esse fato se refletindo nos Tribunais Trabalhistas que ocasionam o improvimento do feito.

INDENIZAÇÃO. ASSÉDIO MORAL. Para a configuração do assédio moral, exige-se exposição reiterada do trabalhador, no curso do contrato de trabalho, a episódios que acarretem humilhações ou degradação de seu patrimônio psíquico e moral em decorrência da conduta paulatina e sistematizada do empregador, tendente a impingir-lhe o denominado "terror psicológico". Não se configura pela simples ocorrência de comportamento rígido ou mesmo agressivo por parte do superior hierárquico, mas por um conjunto de atos comprovadamente hostis. No caso, a reclamante não se desincumbiu de seu ônus de prova de demonstrar o assédio moral, pelo que é indevida a indenização. Recurso da reclamante improvido. (TRT da 24ª Região; Processo: 0024551-37.2018.5.24.0061; Data de assinatura: 30-03-2020; Órgão Julgador: Gab. Des. João de Deus Gomes de Souza - 2ª Turma; Relator (a): JOAO DE DEUS GOMES DE SOUZA)

Apesar do assédio moral não possuir uma legislação específica no território Brasileiro, ao ser praticada deve ser punida à luz das normas constitucionais, civis, penais e trabalhistas. Além do mais, aquele que sofre uma ofensa tem o direito constitucional de

resposta para se defender publicamente, conforme traz o artigo 5º, inciso V da Constituição Federal (BRAGA, 2020).

A prática do assédio moral no ambiente de trabalho viola, em primeiro lugar, a garantia constitucional dos direitos personalíssimos do trabalhador, devendo haver a reparação civil, por danos morais, com fundamento no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, segundo o qual “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRAGA, 2020).

Não restam dúvidas que o assédio moral no ambiente de trabalho pode levar ao desenvolvimento de doenças físicas, psicológicas ou psiquiátricas, podendo ser consideradas como doença do trabalho, e conseqüentemente, incumbindo à empresa afastar seus empregados e realizar a emissão de CAT (BENHAME, 2008).

Dessa forma, a doença do trabalho desenvolvida em consequência do assédio moral poderá ser equiparada a acidente do trabalho quando comprovado que haja nexos causal entre o assédio moral praticado e a patologia desenvolvida, ficando incumbido o médico do trabalho de atestar que exista ligação do transtorno de saúde com a atividade desenvolvida pelo obreiro, através de exames clínicos, como também exames complementares devendo levar em consideração, conforme estabelecido pela Resolução Nº 1.488/98 do Conselho Federal de Medicina (BENHAME, 2008):

I - a história clínica e ocupacional, decisiva em qualquer diagnóstico e/ou investigação de nexos causal; II - o estudo do local de trabalho; III - o estudo da organização do trabalho; IV - os dados epidemiológicos; V - a literatura atualizada; VI - a ocorrência de quadro clínico ou subclínico em trabalhador exposto a condições agressivas; VII - a identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos, estressantes e outros; VIII - o depoimento e a experiência dos trabalhadores; IX - os conhecimentos e as práticas de outras disciplinas e de seus profissionais, sejam ou não da área da saúde

Em decorrência dos frequentes ataques sofridos, a vítima tem o direito de rescindir o contrato de trabalho, através da rescisão indireta que busca garantir todos os direitos do empregado em casos de falhas graves por parte do empregador que torne insustentável a continuidade da relação de emprego (SALOMÃO, 2022).

O artigo 483 da Consolidação das Leis Trabalhistas ampara o trabalhador que sofre assédio moral, onde poderá requerer a rescisão indireta do contrato de trabalho, o que implica no recebimento de todas as verbas rescisórias como se houvesse a demissão sem justa causa. A rescisão indireta poderá se basear na alínea “a”, quando impõe-se ao assediado um rigor excessivo no desempenho de suas tarefas; na alínea “c”, nos casos de perigo de mal considerável, assim entendendo o estresse causado pelo assédio moral, a perseguição, a doença causada, como também, na alínea “d”, quando o empregador deixar de cumprir as obrigações do contrato de trabalho, ou seja, a manutenção de um ambiente de trabalho salubre, equilibrado e hígido (SALOMÃO, 2022).

**Art. 483** - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: **a)** forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;**b)** for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; **c)** correr perigo manifesto de mal considerável; **d)** não cumprir o empregador as obrigações do contrato;**e)** praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;**f)** o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;**g)** o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

Por fim, é de extrema importância ressaltar que entre a brincadeira e o assédio moral existe uma linha tênue que irá diferenciar ambos os casos, pois a partir do momento em que a brincadeira passa a ser empregada de forma desrespeitosa, reiterada e com o objetivo de atingir o trabalhador é possível identificar o assédio moral (MANUS, 2016).

Em que pese, ser de difícil identificação, os assediadores devem ser responsabilizados, conforme André Ricardo Fonseca da Silva (2014), o assediado poderá recorrer no âmbito civil, através da responsabilidade patrimonial pelo dano causado à vítima; trabalhista, pois resta caracterizado a justa causa para a extinção do contrato de trabalho; e até mesmo criminal, posto que se as condutas forem enquadradas em algum tipo previamente existente na Lei Penal, o empregado assediante poderá sofrer sanções penais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho buscou demonstrar que mesmo estando diante de um assunto atual, o assédio moral está enraizado nas relações trabalhistas desde os primórdios e mesmo sendo um tema contemporâneo muitas pessoas ainda não sabem identificar quando estão sendo vítimas do assédio moral.

A partir do momento em que falamos, demonstramos e explicamos sobre um problema em nossa sociedade, fica mais fácil a sua identificação, onde mais pessoas poderão requerer os seus direitos de trabalharem em um ambiente agradável e ter a consciência de que a empresa tem a obrigação de proporcionar um labor saudável, longe de qualquer constrangimento ou humilhação a seus funcionários.

Contudo, além de levar informação até as vítimas sobre como o assédio moral é praticado dentro das relações trabalhistas, é de extrema importância primeiramente conscientizar e até mesmo punir as empresas que não estão atentas a inserção do assédio moral dentro de seus estabelecimentos, ou seja, o primeiro passo a ser tomado para conseguirmos aniquilar o assédio moral das relações será através da organização das empresas.

O assédio moral descendente é aquele praticado pelo chefe ao subordinado é o mais comum dentro das relações e consequentemente a vítima fica ainda mais vulnerável por ser uma conduta praticada por um superior hierárquico. Portanto, é necessário que pessoas com cargos importantes entendam como o

assédio moral é devastador e pode tirar a vida de muitos funcionários, que não tem mais vontade de ir até o seu local de trabalho desempenhar suas funções, bem como acaba sendo prejudicado em seu próprio cotidiano, desenvolvendo doenças e traumas que carregará para o resto de suas vidas.

Mesmo que as empresas não contribuam diretamente para a prática do assédio moral, deverão ser responsabilizadas e punidas por não proporcionar uma fiscalização e orientação adequada aos seus colaboradores.

Diante de todo o exposto, é notório que o assédio moral no ambiente de trabalho ainda está entrelaçado em nossas relações e que muitas vezes passam despercebido, sendo confundido com mera brincadeira, entretanto estas “brincadeiras” levam os seres humanos a situações vexatórias e humilhantes que vão totalmente contra a sua dignidade.

Sendo assim, ainda temos um trabalho muito grande pela frente para conseguirmos desenraizar das relações trabalhistas o assédio moral. O primeiro passo é orientar, conscientizar e demonstrar às grandes empresas que o assédio moral existe e pode estar presente em seus locais de trabalho, onde é necessário que os superiores tenham um diálogo aberto com seus funcionários dando a oportunidade de demonstrarem suas angústias e insatisfação, pois apenas será possível o combate contra o assédio moral se os responsáveis pelas empresas tiverem ciência que o problema se encontra alojado em seus estabelecimentos.

Por fim, é de extrema relevância entender que a partir do momento em que a brincadeira passa a ter um tom de desprezo e discriminação, sendo realizado de maneira reiterada e causando um desconforto a vítima está sofrendo assédio moral, devendo procurar ajuda de seu superior hierárquico, caso não seja possível recorrer a Justiça do Trabalho para que assim os assediadores sejam punidos, e conseqüentemente inibindo a proliferação do assédio moral e a degradação do ambiente de trabalho.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. O ABC da violência contra a mulher no trabalho. [ S.l. ], [ 2023?]. Disponível em: arquivo pdf (mpt.mp.br). Acesso em: 03 de abr. de 2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário Trabalhista nº 0024551-37.2018.5.24.0061. Relator: Des. JOÃO DE DEUS GOMES DE SOUZA. Campo Grande-MS, 24 de mar. de 2020. Lex: jurisprudência do TRT.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo Interno em recurso de revista com agravo nº 976-54.2013.5.09.0655. Relator: Luiz Jose Dezena da Silva. Brasília, 15 de mar. de 2023. Lex: jurisprudência do TST.

BENHAME, M. L. Lesão decorrente do assédio moral caracteriza doença do trabalho. *Conjur*, 2008. Disponível: [https://www.conjur.com.br/2008-jun-29/lesao\\_assedio\\_moralcaracteriza\\_doenca\\_trabalho](https://www.conjur.com.br/2008-jun-29/lesao_assedio_moralcaracteriza_doenca_trabalho). Acesso em: 09 de mar. 2023.

CARASCO, D. Brincadeira, assédio, bullying no trabalho: Como diferenciar? *Universa UOL*, 2017. Disponível em: Brincadeira, assédio, bullying no trabalho: como diferenciar? - 19/09/2017 - UOL Universa. Acesso em: 22 de abr. de 2023.

FB- Freire e Braga advogados. Quais são as consequências jurídicas do assédio moral no ambiente de trabalho. São Paulo, SP: FB, c2020. Disponível em: [Quais são as consequências jurídicas do assédio moral no ambiente de trabalho? Freire Braga \(fbbragaadvogados.com.br\)](https://www.fbbragaadvogados.com.br). Acesso em: 17 ago. 2022.

FERNANDES, C. L. C. Assédio moral no trabalho: Entenda seus direitos. *Carlos Lopes Campos Fernandes Advogados*, 07 de mar. de 2023. Disponível em: [Assédio moral no trabalho: entenda seus direitos - CLC Fernandes](https://www.clcfernandes.com.br). Acesso em: 22 de abr. de 2023.

FILHO, C. F. F. e KLIMKOWSHI, A. Os impactos do assédio moral nas relações bancárias. *Jus.com.br*, 2015. Disponível em: [Assédio moral nos bancos - Jus.com.br | Jus Navigandi](https://www.jus.com.br). Acesso em: 10 de abr. de 2023.

PAMPLONA FILHO, R. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. Jus.com.br, 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8838/nocoes-conceituais-sobre-o-assedio-moral-na-relacao-de-emprego>. Acesso em: 09 de mar. 2023.

GUEDES, M. N. Mobbing - Violência psicológica no trabalho, 2003. Thomson Reuters. Disponível em: [-marcia-novaes-guedes#:~:text=O terror psicológico no trabalho tem origens psicológicas,o conflito e gerir adequadamente o poder disciplinar](#). Acesso em: 30 de outubro de 2022.

HIRIGOYEN, M. F. Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2005.

HIRIGOYEN, M. F. Mal-Estar no Trabalho Redefinindo o Assédio Moral. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil LTDA, 2006, p. 19-40.

HIRIGOYEN, M. F. Mal-Estar no Trabalho Redefinindo o Assédio Moral. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil LTDA, 2006, p. 188.

MANUS, P. P. T. Brincadeira Ofensiva no ambiente de trabalho é assunto sério. ConJur, 2016. Disponível em: [ConJur - Brincadeira ofensiva no ambiente de trabalho é assunto sério](#). Acesso em: 22 de abr. de 2023.

MELO, R. H. B. e col. A evolução histórica do assédio moral nas relações de trabalho no Brasil e no mundo, 2017. Jus.com.br. Disponível em: [A evolução histórica do assédio moral nas relações de trabalho no Brasil e no mundo - Jus.com.br | Jus Navigandi](#). Acesso em: 27 de outubro de 2022.

MOTA, G. Ciúme e inveja no ambiente de trabalho. In: Graziela Mota. Temas administrativos, 2013. Disponível em: [Graziella Mota: CIÚME E INVEJA NO AMBIENTE DE TRABALHO](#). Acesso em: 15 de outubro de 2022.

OLIVEIRA, S. O. Assédio moral: desarmonia e mal-estar no ambiente de trabalho. Boletim Jurídico, c2012. Disponível em: [Assédio Moral: desarmonia e mal-estar no ambiente de trabalho - Boletim Jurídico \(boletimjuridico.com.br\)](#). Acesso em: 10 set. 2022.

ROBERTO, L. A inveja no ambiente de trabalho. Professor Luiz Roberto, 2018. Disponível em: [A Inveja no Ambiente de Trabalho –](#)

Prof. Luiz Roberto (professorluizroberto.com). Acesso em: 12 de outubro de 2022.

SALOMÃO, C. R. O assédio moral gera a rescisão indireta do contrato de trabalho? JusBrasil, 2022. Disponível em: <https://claugregalo.jusbrasil.com.br/artigos/1429906062/>

o-assedio-moral-gera-a-rescisao-indireta-do-contrato-de-trabalho. Acesso em: 27 de mar. 2023.

SANTOS, C. M. P. G. Assédio moral organizacional no setor de telemarketing. Jus.com.br, 2020. Disponível em: ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL NO SETOR DE TELEMARKEING - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em: 12 de abr. de 2023.

SILVA, L. C. C. Assédio moral no ambiente de trabalho, 2012. 12 f. Monografia (Especialização em Direito) - Fundação Educacional do Município de Assis, Assis, 2012. Disponível em: 0911300028.pdf (femanet.com.br). Acesso: 12 set. 2022.

SIMONE, N. O assédio moral no ambiente de trabalho. JusBrasil, 2016 [S.I]. Disponível em: <https://natielysimioni.jusbrasil.com.br/artigos/354378775/o-assedio-mono-ambiente-de-trabalho#:~:text=Em%20suma%2C%20analizando%20o%20contexto,trabalhador%2C%20comprova%2Dse%20que%20os>. Acesso em: 10 de outubro de 2022.

TOLFO, S. R; OLIVEIRA, R. T. Assédio moral no trabalho, características e intervenções. 1. ed. Florianópolis: Lagoa Editora, 2015, p. 142.

VALENTE, D. P. Combate à violência de gênero nas relações de trabalho: o que as empresas podem apreender com a Lei Maria da Penha. Migalhas, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalha-trabalhista/344188/combate-a-violencia-de-genero-nas-relacoes-de-trabalho>. Acesso em: 03 de abr. de 2023.

76% das mulheres já sofreram violência e assédio no trabalho. Instituto Patrícia Galvão e Locomotiva, 2020. Disponível em: Violência contra a mulher em dados | 76% das mulheres já sofreram violência e assédio no trabalho - Violência contra a mulher em dados (agenciapatriciagalvao.org.br). Acesso em 03 de abr. de 2023. (agenciapatriciagalvao.org.br).



## A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

Ariana Barbosa Beltramin  
João Carlos Lima de Oliveira  
Cid Eduardo Brown da Silva

### INTRODUÇÃO

A efetividade de decisões judiciais é um dos principais princípios do processo civil brasileiro. A necessidade de possibilitar aos litigantes uma solução adequada e eficiente tem provocado uma crise no sistema processual, que está em constante busca por alternativas para assegurar a efetividade das decisões judiciais.

O direito processual civil já permite a utilização de medidas executivas para os casos em que o devedor não cumpre com a obrigação de forma voluntária. Tais medidas variam de acordo com a natureza do título, sendo a penhora utilizada no cumprimento da obrigação de pagar, a busca e apreensão aplicada no cumprimento da obrigação de entrega de coisa e multa empregada no cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer.

Contudo, as medidas usuais muitas vezes não são suficientes para o cumprimento da obrigação, agravando a situação quando o devedor se vale de métodos fraudulentos para proteger seu patrimônio. Um dos mecanismos mais utilizados nos dias atuais para proteger juridicamente o patrimônio é a blindagem patrimonial.

A blindagem patrimonial consiste em mecanismos fraudulentos utilizados por devedores para proteger juridicamente seus bens, objetivando evitar que os respectivos credores alcancem seu patrimônio. A prática tem se tornado cada vez mais recorrente no Brasil, de modo que hoje é um dos principais obstáculos para o

credor ter seu direito satisfeito, o que afeta o prosseguimento da execução civil.

Com efeito, objetivando solucionar a problemática apontada acima, o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 inovou ao oferecer uma série de medidas para que o judiciário possa superar os obstáculos causados pelo devedor nos processos de execução, são as conhecidas como medidas atípicas.

Diante dessa realidade, ao introduzir no ordenamento jurídico brasileiro o Código de Processo Civil, por meio da lei n. 13.105/2015, o legislador ordinário fez inserir o art. 139, que, ao tratar dos poderes do Juiz, prevê, em seu inciso IV, a possibilidade de o magistrado “[...] determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Desde a entrada em vigor do novo código, a adoção das medidas executivas atípicas vem sendo alvo de muita discussão no meio jurídico, sobretudo, devido à possibilidade de violação dos direitos fundamentais do devedor. Tanto é assim que, em maio de 2018, o Partido dos Trabalhadores (PT) promoveu, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no 5941, questionando a constitucionalidade das medidas executivas atípicas.

Nessa ação, o partido aponta principalmente que o dispositivo possibilitou a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública. No que se refere à apreensão de passaporte e suspensão de CNH, a crítica principal se relaciona com a interferência no direito de ir e vir garantido pelo art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal.

Assim, de um lado há a necessidade de se garantir a efetivação das decisões judiciais, sendo sustentado que as medidas atípicas são necessárias para garantir esse princípio, de outro surge a

inquietação em relação à proteção dos direitos fundamentais do devedor.

Adianta-se que no julgamento da ADI no 5.941, o STF decidiu contrário ao pedido, ou seja, pela constitucionalidade das medidas executivas atípicas, Contudo, o relator Min. Luiz Fux enfatizou a necessidade de observância pelo magistrado aos critérios definidos pelo Código de Processo Civil. Além disso, ressaltou a posição já assentada pelo STJ, que a adoção dessas medidas deve ser excepcional e fundamentada, sendo necessário demonstrar a ineficácia das medidas executivas típicas.

Em suma, no presente artigo serão abordados os principais pontos relacionados à constitucionalidade do art. 139, IV, do CPC, demonstrado, ao final, que o STF acertou em decidir pelo indeferimento da ADI no 5941.

O trabalho foi dividido em 03 (três) partes. A primeira discorre sobre os aspectos gerais da execução no direito civil brasileiro, abordando sobre a tutela jurisdicional executiva e os principais princípios que regem a execução civil. Na segunda parte, por sua vez, foram abordados os meios executórios (típicos e atípicos). Já na terceira e última parte foi realizada uma análise doutrinária e jurisprudencial da constitucionalidade do art. 139, IV, do CPC, sendo analisado também os limites da atuação do juiz na aplicação das medidas executivas atípicas.

## **ASPECTOS GERAIS DA EXECUÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA**

A tutela executiva possui como objetivo principal a satisfação de um direito do credor, já reconhecido por título executivo judicial (decorrente de sentença) ou extrajudicial (reconhecido por lei). Pelas palavras de Elpídio Donizetti (DONIZETTI, 2015) “a tutela executiva tem destinação unilateral, atuando apenas no sentido de satisfazer direito material previamente definido em título judicial ou extrajudicial.”

Ainda, importante esclarecer que a tutela jurisdicional cognitiva corresponde a fase de conhecimento, ou seja, o momento do processo em que serão produzidas provas a fim de reconhecer a existência de um direito, por outro lado, a tutela executiva, que será tratada no presente tópico, é o cumprimento desse direito no mundo dos fatos (RODRIGUES, LAMY, 2012, p.170). Essa jurisdição é o poder-dever do Estado em declarar e executar o direito conforme as pretensões em que lhes são formuladas, exercida por meio do Poder Judiciário.

Para Marcelo Abelha, o "devido processo legal" é a base de todos os princípios do processo, e dele se originam os demais princípios fundamentais da função jurisdicional, como a igualdade de tratamento, o direito à defesa, a imparcialidade do juiz, o juiz natural, o direito de acesso às provas, o julgamento em tempo razoável, entre outros. Assim, quando esses princípios são aplicados de forma equilibrada no processo, resultam em uma "tutela jurisdicional justa" para ambas as partes envolvidas (ABELHA, 2006, p. 02).

Nesse contexto, podemos afirmar que enquanto a tutela cognitiva se preocupa em declarar o direito do litigante, a tutela jurisdicional executiva tem como função concretizar um direito já declarado, isto é, fazer valer um direito já reconhecido por lei (título executivo judicial) ou sentença (título executivo extrajudicial). Marcelo Abelha (ABELHA, 2006, p. 03) ainda define que:

Essa modalidade de tutela jurisdicional, conhecida como "tutela executiva", está diretamente relacionada – e quase sempre restrita – às crises de cooperação, quando a atuação da norma concreta revelada num título executivo judicial ou extrajudicial, faz-se mediante a realização de atos processuais de império estatal que incidem sobre o mundo dos fatos, com ou sem a colaboração do vencido que, até então, recusou-se a cooperar cumprindo o dever ou a obrigação representados no título executivo.

No mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno (BUENO, 2007, p. 39) pontua que a tutela executiva tem como objetivo principal a satisfação de um direito já reconhecido:

Quando o direito já é suficiente e previamente reconhecido pelo ordenamento jurídico independentemente da prévia atuação do Estado-juiz, que é o que ocorre no caso dos títulos executivos extrajudiciais, a primeira (embora não única) preocupação que se põe é a busca da satisfação do direito lá reconhecido, isto é, a prática dos “atos jurisdicionais executivos”, voltados à satisfação do exequente. Não se trata de saber quem faz, ou quem não faz, jus à tutela jurisdicional, mas, pressupondo a resolução desta questão no próprio título executivo, atuar para prestá-la àquele que é destinatário de seus efeitos.

Compreende-se, que apesar do direito reconhecido do credor, os mecanismos para satisfação de seus direitos são limitados por normas e princípios, logo, não é absoluto, encontrando limitação pelo próprio CPC. Ocorre que a satisfação do direito não deve ser alcançada a qualquer custo, uma vez que o executado possui direitos que devem ser respeitados para se garantir uma tutela jurisdicional justa.

Feitas as pontuações acima acerca da tutela jurisdicional, adiante serão abordados os princípios da execução civil mais relevantes para a compreensão da utilização de medidas executivas atípicas.

## **PRINCÍPIOS QUE REGEM A EXECUÇÃO CIVIL**

Observa-se que em todos os institutos do direito, à execução civil é regida por uma série de princípios, dos quais devem ser observados à risca na aplicação do processo. Conforme ensina Fabrício Castagna Lunardi (LUNARDI, 2013, p. 797), os princípios jurídicos são normas que orientam a aplicação de todas as regras, possuindo força normativa e podendo ser diretamente aplicadas aos casos concretos. Ressalta-se que, além dos demais princípios do processo civil, tais como a cooperação, o contraditório, a obediência, à proporcionalidade, a boa-fé, há também princípios peculiares à execução que são de suma importância para a compreensão do instituto em questão.

Dessarte, a seguir serão elencados os princípios específicos da execução civil mais relevantes para o tema em apreço, a saber: a) princípio da patrimonialidade; b) princípio da efetividade da execução ou do resultado; c) princípio da menor onerosidade ao devedor e d) princípio da disponibilidade da execução.

Quanto ao princípio da patrimonialidade, conforme estabelece o art. 789 do CPC, “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.” Em outras palavras, a execução incide somente sobre o patrimônio do devedor, salvo nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, prevista no art. 5o, LXVII, da CF.

Assim, os bens do devedor, presentes e futuros, salvo previsão contrária, respondem pela obrigação. Sendo assim, é possível a penhora e a expropriação desses bens para a quitação da dívida. Isso quer dizer que a execução não recai diretamente sobre a pessoa do devedor, e sim necessariamente sobre seu patrimônio. Segundo Neves (2009, p. 1.045):

A proibição de que o corpo do devedor responda por suas dívidas, reservando-se tal garantia a seu patrimônio, é vista como representação da humanização que o processo de execução adquiriu durante seu desenvolvimento histórico, abandonando gradativamente a ideia de utilizar a execução como forma de vingança privada do credor.

A base fundamental da efetividade processual está no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5.o, XXXV, da CF/1988. De acordo com esse princípio a obrigação será cumprida em sua integralidade, sem excesso. Assim, o credor terá seu direito satisfeito e o devedor pagará somente o que de fato deve. Conforme ensinam os professores Luiz Rodrigues Wambier e Newton Ramos (2019):

De modo geral, pode-se dizer que o CPC de 2015 teve como uma de suas preocupações fundamentais a construção de um processo eficiente, atribuindo à parte o direito a uma decisão de mérito justa e efetiva (artigo

6o). Na busca pela efetividade, merece destaque o inciso IV do artigo 139, que institui um “dever-poder geral executivo”, autorizando o uso, a princípio, de qualquer medida voltada à materialização da decisão judicial, inclusive em demandas de caráter pecuniário (tutela ressarcitória).

Portanto, conforme abordado anteriormente, o CPC de 2015 teve a intenção clara de inovar na ampliação dos poderes do juiz, visando prever mecanismo que auxiliem para a problemática da efetivação das decisões, contudo, não se trata de um princípio ilimitado, tendo em conta que para a obtenção de uma tutela jurisdicional justa é essencial que se respeite o devido processo legal e princípios norteadores do direito constitucional e processual civil.

Outrossim, o art. 805 do CPC consagra o princípio da menor onerosidade ao devedor, determinando que “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.”

Em suma, o dispositivo prevê que, quando disponíveis outros meios para satisfazer a obrigação do credor, deve o juiz escolher o que melhor se encaixa com a situação fática do executado e a que lhe causará menos danos. Em contrapartida, não é certo afirmar que o princípio tem como objetivo beneficiar o devedor, pelo contrário, seu objetivo é estabelecer uma cooperação entre as partes, a fim de que a obrigação não se torne excessivamente onerosa ao executado.

Dessa forma, se não for possível a aplicação de meios menos gravosos ao executado, então poderá ser aplicado os demais meios tidos como mais gravosos. Veja-se, contudo, que o parágrafo único do art. 805 do CPC exige uma postura ativa do executado para que seja contemplado com a medida, tendo em vista que dispõe expressamente que “Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.”

Assim, o executado tem como obrigação assumir a dívida e cooperar com a execução, buscando, em paralelo ao credor, um

meio de satisfação do crédito. Outrossim, conforme leciona Elpídio Donizetti (DONIZETTI, 2015, p. 682):

Esse princípio tem, contudo, que ser aplicado harmonicamente com o princípio da efetividade da execução, já que a finalidade do processo executivo é a satisfação do credor, e não o contrário. Em outras palavras, o princípio da menor onerosidade deve atuar como uma espécie de freio ou limite à satisfação do credor, de forma a impedir que direitos patrimoniais assolem direitos de maior significância, como é o caso da dignidade da pessoa humana (art. 1o, III, da CF). Há, porém, um limite também ao princípio da menor onerosidade, cuja incidência não pode servir de amparo a calotes de maus pagadores.

Esse princípio tem como premissa evitar abusos por parte do credor ou do Estado-juiz, uma vez que o objetivo do processo de execução é a satisfação do crédito e não penalizar o devedor ou prejudicar propositalmente sua situação financeira. Assim, os magistrados devem sempre estar atentos ao direito assegurado ao devedor pelo art. 805 do CPC.

Ainda, vale destacar que por meio dessa boa-fé processual, onde as partes buscam em conjunto uma solução equilibrada para o litígio, que se alcança a verdadeira justiça. Por fim, a teor do que dispõe o art. 775 do CPC, “O exequente tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva”, sem que haja concordância por parte do executado. Contudo, o parágrafo único do dispositivo faz uma importante ressalva:

Parágrafo único. Na desistência da execução, observar-se-á o seguinte: I - serão extintos a impugnação e os embargos que versarem apenas sobre questões processuais, pagando o exequente as custas processuais e os honorários advocatícios; II - nos demais casos, a extinção dependerá da concordância do impugnante ou embargante.

Dessarte, a parte exequente, por ser titular do direito em apreço, possui a faculdade de conduzir o processo de execução, determinando quais medidas aplicar, assim como poderá desistir da ação ou de alguma das medidas executórias, sem a necessidade de autorização da parte executada.

## MEIOS EXECUTÓRIOS

O ordenamento jurídico brasileiro, mesmo antes do advento do CPC de 2015, já admitia a implementação de medidas executivas, contudo, desde que respeitado o rol trazido pelo próprio código. É o caso da penhora de imóveis ou veículos do devedor, cuja busca ocorre por meio dos sistemas SISBAJUD, RENAJUD ou INFOJUD, oferecidos pelo próprio órgão judiciário.

Principalmente tratando-se de devedor contumaz, muitas vezes as medidas executivas típicas se mostram insuficientes para a efetivação da tutela jurisdicional, logo, surge a necessidade da aplicação de medidas mais eficazes para garantir a satisfação da obrigação. O CPC de 2015 promoveu significativa mudança no sistema processual brasileiro: suprir lacunas e resolver questões de grande relevância, assim como se preocupou em garantir um processo mais célere e efetivo.

Antes do CPC de 2015, muito se debatia na doutrina e jurisprudência acerca da possibilidade da adoção de medidas executivas alternativas, mesmo que não houvesse uma regulamentação específica que as autorizasse. Como resultado, essa falta de previsão legal fazia surgir insegurança jurídica e abria oportunidades para abusos em sua aplicação.

Conforme já esclarecido anteriormente, a tutela jurisdicional executiva busca, acima de tudo, a satisfação do crédito devedor. Nessa perspectiva, visando fornecer ao magistrado mecanismos para melhor efetivação desse direito, o legislador se viu compelido a instituir medidas executivas atípicas, além das formas ordinárias de execução já consagradas no ordenamento jurídico.

O artigo 139 do Código de Processo Civil trata dos poderes de gerenciamento

do juiz sobre o processo, dentre eles, o de ordenar algumas medidas para o cumprimento das decisões judiciais, contido no seu inciso IV, in verbis:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Veja-se, portanto, que o inciso IV do dispositivo não especifica quais medidas podem ser adotadas, contudo, identifica quatro categorias distintas de medidas executivas: coercitivas, sub-rogatórias, mandamentais e indutivas. Assim, observa-se que o legislador ordinário fez inserir um dispositivo que amplia os poderes-deveres dos magistrados, com objetivo claro de conferir uma atuação mais proativa ao Estado-juiz. Conforme ensina Cássio Scarpinella Bueno (BUENO, 2007, p. 40):

A dicotomia encontra eco no texto do inciso IV do art. 139, segundo o qual compete ao magistrado “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Os termos “indutivas, coercitivas e mandamentais” empregados pelo dispositivo merecem ser compreendidos em contraposição ao que é chamado de medida sub-rogatória. Técnicas indutivas são aquelas que querem sensibilizar o executado a adotar certo comportamento; as coercitivas e as mandamentais são aquelas em que a tônica de convencimento repousa na possibilidade de aplicação de consequências mais gravosas para o executado na não observância da determinação judicial. Todas, contudo – e aqui a distinção com as técnicas sub-rogatórias – pressupõem que o comportamento (pagar, fazer, não fazer e/ou entregar) é desempenhado pelo próprio executado e não por terceiro ou pelo próprio aparato jurisdicional. O dever-poder geral consagrado naquele dispositivo encontra na concretização da tutela jurisdicional executiva seu contexto adequado de aplicação, sendo indiferente que o pedido tenha fundamento em título executivo judicial ou extrajudicial.

É possível concluir que o legislador buscou criar mecanismos para auxiliar na efetividade da tutela jurisdicional, por meio da ampliação dos poderes dos magistrados. Ocorre que nos tribunais os magistrados encontram-se diariamente cercados por conflitos de normas e princípios, portanto, é de muita valia que esteja previsto

de forma expressa essa possibilidade da utilização de medidas atípicas nos processos de execução civil.

Em sentido similar é o Enunciado no 48 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), cuja missão é “Promover, regulamentar e fiscalizar, em âmbito nacional, a formação e o aperfeiçoamento dos magistrados para que a Justiça esteja em sintonia com a demanda social”:

O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.

Assim, o enunciado reforça a disposição do art. 139, IV do CPC, nomeando essa liberdade conferida aos magistrados para aplicação de medidas executivas necessárias como poder geral de efetivação,

Assim, o enunciado reforça a disposição do art. 139, IV do CPC, nomeando essa liberdade conferida aos magistrados para aplicação de medidas executivas necessárias como poder geral de efetivação, pois o dispositivo não determina quais medidas podem ser adotadas, conferindo-lhes a faculdade de analisar e determinar qual medida melhor se aplica no caso concreto.

Além do papel dos magistrados, vale destacar que os advogados também exercem uma atuação importante nessa seara, já que lhes incumbe a tarefa de decidir quais medidas melhor se aplicam em cada caso e convencer o juiz a deferir o pedido. Ou seja, o advogado da parte credora, visando buscar a efetivação do direito adquirido por seu cliente, deve analisar a situação do devedor e sugerir quais medidas melhor se encaixam no caso concreto. Em situação contrária, ao advogado que atua em favor dos interesses do executado, convencer o juiz que determinada medida é demasiadamente gravosa para o devedor, indicando qual medida melhor atenderá os interesses do exequente sem infringir os direitos do executado.

## A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 139, IV DO CPC

Para Lenio Luiz Streck e Dierle Nunes (2016) “Não há dúvidas de que nossa execução sempre foi o “calcanhar de Aquiles” do sistema processual, pela praxe do “ganhou (no processo de conhecimento) mas não levou” (na fase de cumprimento ou execução).” Os autores criticam a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico, apontando que após ter seu direito reconhecido o credor ainda deverá enfrentar um longo e maçante processo de execução para ter o direito satisfeito.

Com o objetivo de sanar esse problema e conferir maior segurança jurídica (unificando o entendimento), o legislador promulgou o então art. 139, IV do CPC. A seguir serão abordadas algumas das principais medidas executivas atípicas autorizadas pelo dispositivo, quais sejam: suspensão da Carteira Nacional de Habilitação; apreensão de passaportes e; bloqueio de cartões de crédito.

No que tange à possibilidade de suspensão de CNH e apreensão de passaporte, é possível observar que são as medidas mais polêmicas entre a doutrina e jurisprudência, uma vez que alguns sustentam que a medida afeta diretamente o direito de ir e vir, consagrado no art. 5º, XV da CF/88, direito fundamental da pessoa em ingressar, retirar-se, permanecer e se locomover em território nacional.

Em recente decisão, o juiz de Direito Luis Fernando Nardelli, da 3ª vara Cível de São Paulo, deferiu pedido para determinar o bloqueio da CNH de um executado, afirmando que “Tanto a retenção da CNH não viola o direito de ir e vir que o próprio Detran utiliza-se da suspensão e até mesmo da cassação da CNH como medida administrativa aplicada a motoristas infratores.” O magistrado ressaltou na decisão que não havia nenhuma

comprovação do uso do veículo para o exercício da profissão do executado, sendo, portanto, cabível a medida <sup>13</sup>.

É errado dizer, ainda, que há uma relativização ou até afastamento de direito fundamental, como o de ir e vir (art. 5º, XV da CF/88, somente com a suspensão da CNH ou do passaporte do executado, tendo em vista que trata-se de condição provisória, que facilmente poderia ser revertida pelo próprio executado.

A medida de bloquear o cartão de crédito do devedor a fim de pressioná-lo a realizar o pagamento do débito é uma das principais medidas presentes nos Tribunais brasileiros, isso se deve principalmente para os casos em que o devedor alega a todo momento que não possui condições financeiras favoráveis, contudo, evidencia estilo de vida ostensiva. Elpídio Donizetti (2020, p. 384) trás uma situação prática onde evidencia a eficácia dessa medida para o processo de execução:

É possível, por exemplo, suspender, como medida coercitiva atípica, os créditos que uma empresa tem para receber de uma administradora do cartão de crédito. Veja: imagine que a Empresa XYZ Ltda. é sujeito passivo de uma execução. Neste procedimento, as tentativas de penhora de ativos financeiros, ações e veículos não lograram êxito. Surge a informação de que a empresa devedora, uma livraria on-line, continua a receber pagamentos de compras realizadas por consumidores através do cartão de crédito bandeira Visa. É plenamente possível que se determine, como medida executiva atípica, a suspensão dos repasses pela Visa à empresa devedora, até o limite da obrigação executada. Trata-se de providência de caráter subsidiário.

De fato, sendo a medida aplicada sob a observância dos demais princípios jurídicos e sendo evidenciado sua eficácia prática e demais requisitos aqui tratados, não há o que impossibilite o bloqueio de cartão de crédito da devedora. Em análise às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ), é possível perceber que o mesmo admite a constitucionalidade das “ [...] medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias

---

<sup>1</sup> TJSP. 3a VARA CÍVEL. Processo no: 1016888-71.2021.8.26.0008. Juiz de Direito: Dr. Luis Fernando Nardelli. Data da decisão: 06 de março de 2023.

necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (art. 139, inciso IV do CPC), mas há limitações, conforme será abordado no presente tópico.

Em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, firmou-se entendimento pela subsidiariedade das medidas atípicas previstas no art. 139, IV, do CPC, senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. TÍTULO JUDICIAL. ADOÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS FUNDADAS NO ART. 139, IV, DO CPC/2015. NÃO CABIMENTO. EXISTÊNCIA DE MEDIDAS EXECUTIVAS TÍPICAS. CARÁTER SUBSIDIÁRIO DAQUELAS EM RELAÇÃO A ESTAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. As medidas executivas fundadas no art. 139, IV, do CPC/2015, em razão de sua atipicidade, devem ser adotadas excepcionalmente, de forma subsidiária àquelas típicas já previstas no ordenamento jurídico. É dizer, só devem ser utilizadas após esgotados todos os meios tradicionais de execução, de forma subsidiária.(TJ/SP, Agravo de Instrumento n. 2017511-84.2017.8.26.0000, 31a Câmara de Direito Privado, Rel. Adilson de Araújo, j. 11/4/2017)

Ou seja, a aplicação das medidas atípicas deve ocorrer após esgotadas as tentativas de cumprimento da obrigação por meio das demais medidas tipificadas pelo CPC, como a penhora e prisão civil no caso do devedor de alimentos. Nesse sentido, em análise da necessidade de aplicar o trinômio da necessidade, proporcionalidade e razoabilidade, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial no 1.733.697/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi afirmou o seguinte entendimento:

[...] a adoção de técnicas de executivas apenas existentes em outras modalidades de execução, a criação de técnicas executivas mais apropriadas para cada situação concreta e a combinação de técnicas típicas e atípicas, sempre com o objetivo de conferir ao credor o bem da vida que a decisão judicial lhe atribuiu [...]².

---

<sup>2</sup> (REsp 1733697/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 13/12/2018)

Ainda, segue julgado no qual o Tribunal indeferiu pedido de apreensão de Carteira Nacional de Habilitação (CNH), onde definiu os principais critérios a serem observados para acolhimento das medidas atípicas autorizadas pelo art. 139, inciso IV do CPC.

[...] 3. "A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade" (REsp 1.782.418/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, j. em 23/04/2019, DJe de 26/04/2019).

Sendo a falência um processo de execução coletiva decretado judicialmente, deve o patrimônio do falido estar comprometido exclusivamente com o pagamento da massa falida, de modo que se tem como cabível, de forma subsidiária, a aplicação da referida regra do art. 139, IV, conforme previsto no art. 189 da Lei 11.101/2005. 5. Na hipótese, verifica-se a razoabilidade da medida coercitiva atípica de apreensão de passaportes, pois adotada mediante decisão fundamentada e com observância do contraditório prévio, em sede de processo de falência que perdura por mais de dez anos, após constatados fortes indícios de ocultação de vasto patrimônio em paraísos fiscais e que as luxuosas e frequentes viagens internacionais do paciente são custeadas por sua família, mas com patrimônio indevidamente transferido a familiares pelo próprio falido, tudo como forma de subtrair-se pessoalmente aos efeitos da quebra. 6. Ordem denegada. (HC n. 742.879/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 10/10/2022.)

Ou seja, o STJ assentou entendimento acerca dos parâmetros a serem considerados quando da utilização de medidas executivas atípicas, quais sejam: (i) aplicação subsidiária; (ii) a possibilidade da medida pretendida ter eficácia; (iii) A proporcionalidade da medida com o resultado pretendido e o objeto do processo e (iv) indícios de má-fé do devedor e ocultação de patrimônio

No que tange à subsidiariedade das medidas atípicas, trata-se de consenso entre a doutrina e jurisprudência, pois evidente que o legislador teve intenção de ampliar as possibilidades para casos excepcionais, devendo ser empregado primeiramente as medidas executivas típicas para só então após o esgotamento das medidas,

ser possível utilizar outras medidas que garantam a efetividade da decisão. O Fórum Permanentes de Processualistas Civis (FPPC) também já se posicionou através do enunciado de número 12 elencando a subsidiariedade como requisitos importantes para a aplicação deste dispositivo.

O professor Gustavo Osna (2023) destaca que o uso de medidas indutivas e coercitivas, redundantemente, só possui eficácia para quem pode ser induzido ou coagido, assim como aparenta dispor de patrimônio, mas está escondendo seus bens, sob pena da medida ser considerada punitiva, tendo em vista que não se pode coagir aquele que não possui patrimônio para responder pela dívida contraída.

## **A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5941**

Em maio de 2018, passados cerca de 03 (três) anos da vigência do novo CPC e da possibilidade de aplicação de medidas executivas atípicas, o PT propôs perante o STF a ADI no 5941, com o objetivo de determinar a inconstitucionalidade do art. 139, IV do CPC, utilizando para a propositura da ação o argumento de que tais medidas proporcionam a violação de direitos fundamentais.

Em síntese, na ADI no 5941 o requerente sustenta que as medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias, como a apreensão da carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte, proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública violam o art. 5º-II e XV, 37-I e XXI, 173-§3º e 175 da Constituição Federal, isso por que as liberdades estariam sendo violadas por dívida civil.

A peça processual foi alocada ao conhecimento do relator, Ministro Luiz Fux, no dia 11 de maio do ano de 2018, na qual se requer a declaração de nulidade, sem redução do texto, do inciso IV do artigo 139 da Lei n. 13.105/2015, assim como dos artigos 297, 390 (parágrafo único), 400 (parágrafo único), 403 (parágrafo único), 536 (caput e § 1º) e 773 do CPC, com o objetivo de declarar

inconstitucionais como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias originadas da aplicação daquele dispositivo, a apreensão da carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de direção, a apreensão do passaporte, a captura de participação em concurso público e garantia de participação em licitação pública.

O PT, autor da ADI no 5941, enfatiza que a aplicação do processo judicial não pode comprometer os direitos fundamentais, sob o pretexto de privilegiar a efetivação dos mesmos. Além disso, destaca que a definição das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias não deveria ser deixada à mercê do arbítrio subjetivo dos magistrados. Em outras palavras, o autor questiona a necessidade de observância dos direitos do devedor nos processos de execução, em paralelo com a aplicação dos direitos do credor, enfatizando que deve-se buscar sobretudo a solução mais equilibrada para o conflito.

Em 09 de fevereiro de 2023, o STF decidiu, por maioria, que as medidas executivas atípicas, como a apreensão de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e passaporte, previstas no artigo 139, IV, do CPC/15, são válidas, contudo, conforme destacou o Min. Relator, Luiz Fux, desde que não avancem sobre direitos fundamentais e respeitem os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, de acordo com a necessidade de cada caso em concreto. O Min. Fux votou pela improcedência da ação e foi seguido pelos ministros Ricardo Lewandowski, André Mendonça, Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Rosa Weber.

Um ponto que foi abordado na decisão e merece destaque é a liberdade dada ao juiz para escolher entre diversas interpretações possíveis do enunciado normativo em análise, conhecida como discricionariedade judicial. O relator destacou que essa discricionariedade não pode ser vista como um poder absoluto do magistrado, uma vez que, ao se ver diante de tal situação, deve seguir os valores consagrados pela Constituição Federal e pelo ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo dos direitos

fundamentais. Ainda, ressaltou que qualquer excesso na aplicação das medidas atípicas poderá passar por um duplo grau de jurisdição, mediante recurso.

Por outro lado, no que diz respeito às ações pecuniárias, o ministro Edson Fachin divergiu em parte do relator ao considerar inconstitucional a aplicação de medidas atípicas em ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Segundo ele, o devedor não pode sofrer sanção que restringe sua liberdade ou seus direitos fundamentais em razão da não quitação de dívidas, exceto na hipótese do devedor de alimentos, por estar consagrado expressamente na Constituição Federal. Em síntese, o ministro destaca que a discricionariedade judicial, permitida pelo art. 139, IV do CPC, é um mecanismo indispensável para efetivação das decisões judiciais, de forma que os possíveis abusos facilmente poderão ser evitados na prática, com a devida observância da proporcionalidade e razoabilidade, sempre submetidos aos valores e princípios fundamentais fundamentados no ordenamento jurídico.

Durante sua sustentação, o Advogado Geral da União, Jorge Rodrigo Araújo Messias, argumentou pela improcedência dos pedidos expostos na ADI, sustentando, em suma, que a petição inicial proposta pelo autor cometeu um equívoco ao generalizar a utilização de medidas atípicas como violadoras de direitos fundamentais. Ele afirmou que somente por meio da análise do caso concreto é possível determinar se essas medidas são desproporcionais ou não. Segue um trecho de sua sustentação:

[...] E com efeito, segundo dados do relatório da Justiça em Número, de 2022, a fase de execução leva, em média, o triplo do tempo em relação à fase de conhecimento, até a sentença. A execução, ministros e ministras, sempre foi o calcanhar de Aquiles do processo. Este é, portanto, o panorama das regras que autorizam a imposição de medidas indutivas e coercitivas por parte dos magistrados. Medidas que devem ser aptas a garantir a efetividade das decisões judiciais. E isto não significa, porém, que essa faculdade seja desregrada, ao contrário, deve ser exercida em plena consonância com os direitos constitucionalmente assegurados à cidadania e em atenção ao consulado da proporcionalidade, o que evidentemente apenas pode ser aferido no caso concreto. Então, não se pode concluir, a priori, que as

medidas questionadas nesta ADI são, por si e abstratamente, incompatíveis com a Constituição. Somente no caso concreto isso pode ser aferido. Há um equívoco, pois na petição inicial, na premissa do requerente, ao propor a discussão em abstrato para derivar daí a inconstitucionalidade. Apenas o caso concreto revelaria uma eventual desproporcionalidade [...] <sup>3</sup>

Outrossim, o advogado sustentou que deve ser dado um “voto de confiança” aos magistrados, para que possam determinar, de acordo com as circunstâncias específicas do caso concreto, a utilização de medidas atípicas para garantir a efetivação de decisões judiciais.

Ainda, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, destacou que não é possível generalizar a inconstitucionalidade da utilização das medidas executivas atípicas em todos os casos, tendo em vista que deve ser observado o caso concreto, cabendo aos magistrados fazer esse controle.

Dessa feita, o STF rejeitou a declaração de inconstitucionalidade do 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, do qual autoriza o juiz a aplicar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para garantir o cumprimento de decisões judiciais.

Com isso, medidas como a apreensão de CNH ou passaporte estão autorizadas, desde que sejam observados os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e demais princípios correlatos, assim como leve-se em consideração a eficácia prática da utilização da medida, visando evitar o cometimento de abusos, ou violação de direitos fundamentais do devedor.

Por fim, a corte aprovou a seguinte tese, proposta pelo ministro Luiz Fux, relator do caso: Medidas atípicas previstas no Código de Processo Civil conducentes à efetivação dos julgados são constitucionais, respeitados os artigos 1º, 8º e 805 do ordenamento processual e os direitos fundamentais da pessoa humana.

---

<sup>3</sup> Pleno - Iniciado o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5941 - 8/2/23 - <https://www.youtube.com/watch?v=QIICYNAG6xo>.

De acordo com Fux, "[...] as medidas atípicas previstas no Código de Processo Civil valorizam o acesso à Justiça e aumentam a eficiência do sistema. Se houver abusos, eles devem ser contestados caso a caso, via recursos às instâncias superiores [...]."

## **DOS LIMITES DE ATUAÇÃO DO JUIZ NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS**

Embora o princípio da efetivação das decisões judiciais seja importante no ordenamento jurídico brasileiro, esse poder geral de efetivação não é absoluto, devendo se submeter a limites anteriormente já estabelecidos pelo STJ e confirmados pelos Ministros no julgamento da ADI no 5941 pelo STF, ao decidir pela constitucionalidade do art. 139, IV do CPC.

Conforme observado, é necessário respeitar os parâmetros exigidos para a fixação de medidas executivas atípicas, visando, sobretudo, garantir a efetividade das medidas e evitar abusos. Nesse sentido, podemos determinar os seguintes parâmetros: (i) subsidiariedade; (ii) caráter não punitivo; (iii) adequação e necessidade; (iv) proporcionalidade e razoabilidade e; (v) decisão fundamentada.

Importante salientar que o objetivo das medidas coercitivas aqui tratadas é de compelir o devedor a efetuar o pagamento do débito ou propor meios de pagamento, ou seja, intimidar o devedor para que contribua com o processo, sob pena de ser determinada alguma das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias autorizada pelo art. 139, IV do CPC. Nesse sentido, Marcelo Abelha ( 2006, p. 41) leciona que:

Os meios coercitivos são aqueles que não prescindem da vontade do executado, pois atuam diretamente sobre ela, com função coercitiva de pressão psicológica, como se fosse um estimulante positivo no cumprimento da obrigação inadimplida. Tais atos têm grande vantagem sobre os anteriores, pois permitem a atuação da norma concreta por ato do próprio executado, com menos custo e ônus tanto para o Estado quanto para o exequente, portanto, em tese, são mais eficientes. Tais medidas coercitivas devem ser direcionadas

contra o executado, fazendo com que este raciocine no sentido de compreender que seria mais vantajoso cumprir e satisfazer o direito exequendo do que assumir a medida coercitiva que lhe foi imposta [...].

Em outras palavras, essas medidas servem como estímulo para fazer o devedor contumaz refletir que a inadimplência implicará em consequências. Conforme ensinam Wambier e Ramos (2019), apesar da efetividade ser um valor importante, não pode ser buscada a qualquer preço, devendo as decisões dos magistrados serem devidamente fundamentadas.

## **A PONDERAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS**

Conforme preceitua o art. 1º do CPC “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.” Isso significa que o ordenamento processual civil deve ser norteado não só pelas leis, mas também os magistrados devem realizar uma interpretação sistemática da norma. Dessa forma, embora o artigo 139, IV do CPC possibilita aos magistrados poder para “IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”, por determinação do próprio código esse poder não deve ser ilimitado.

Ainda que a execução civil tenha como objetivo garantir o cumprimento do direito adquirido pelo exequente, os meios para alcançar tal garantia não pode ser às custas da violação dos direitos fundamentais do devedor, visto que o débito recai necessariamente sobre seu patrimônio e não sobre sua pessoa, conforme abordado anteriormente.

Nesse sentido, leciona o professor Fábio Lima Quintas (2017), que é preciso equilibrar meios de coerção ao executar obrigações pecuniárias, pois a proteção à integridade é intrínseca ao sistema

jurídico, só então será possível garantir unidade e harmonia aos modos de exercício do poder estatal de execução. O professor ressalta que a jurisprudência há muito já admite a possibilidade de restrição de direitos para cumprimento de obrigação pecuniária, como é o caso do reconhecimento pelo STJ da regra que estabelece que não se pode renovar licenciamento de veículo em débito de multas. Explica que:

Esse entendimento, que diz respeito aos poderes da administração pública, lança luzes para o tema aqui tratado, sobre os limites que devem ser observados pelo Estado-Juiz no manejo dos meios executivos. Havendo legislação específica, é lícita a imposição de medidas coercitivas no cumprimento de obrigações de pagar. Mas, conquanto seja condição necessária a existência de legislação, não é ela suficiente para satisfazer o devido processo legal. No caso do licenciamento de veículo, como se viu, a prévia notificação do devedor, a respeito da existência de multa, impôs-se como requisito para adoção dessa medida coercitiva no âmbito da administração pública, a indicar não apenas a necessidade de observância do contraditório, mas também que a medida coercitiva são subsidiárias (QUINTAS, 2017).

Há, portanto, precedente jurisprudencial acerca da possibilidade de flexibilização dos direitos fundamentais, em razão do Estado já ser obrigado a observar o devido processo legal. Assim, para se garantir a efetivação do direito, “[...] o regime de execução que se está a construir deve emergir a partir de um real diálogo com nossos demais referenciais normativos (QUINTAS, 2017).”

Dessa forma, por força da determinação disposta no art. 1o, III da Constituição Federal, da qual assegura a dignidade da pessoa humana, para a aplicação das medidas atípicas autorizadas pelo inciso IV do art. 139 do CPC somente poderá ser aplicada após verificado que preservado os direitos do devedor.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de todo o exposto, após análise sistemática do tema, é possível concluir que a decisão pelo STF, ao julgar improcedente a

ADI no 5941, decidindo pela constitucionalidade do art. 139, IV do CPC, vai de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro e com os princípios norteadores da atividade jurisdicional. Conforme já alcançado anteriormente no presente trabalho, a Corte chegou a esse entendimento após análise detalhada do dispositivo e dos princípios constitucionais que supostamente estariam sendo violados com sua aplicação.

Assim, chegou a uma conclusão que o juiz, diante de um caso concreto, deverá analisar a necessidade da utilização de medidas atípicas, devendo as mesmas serem aplicadas subsidiariamente em relação às medidas típicas previstas pelo CPC, ou seja, somente devem ser utilizadas quando as medidas tomadas não forem suficientes para garantir a demanda da decisão judicial. Além de que se deve observar os princípios da proporcionalidade, visando evitar possíveis excessos ou violação aos direitos fundamentais do devedor.

Essa decisão reforça o que já era unânime na jurisprudência e na doutrina, que as medidas coercitivas são constitucionais e eficazes, desde que preservados os direitos fundamentais das partes envolvidas e respeitados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. O STF confirmou entendimento há muito assentado pela doutrina e jurisprudência brasileira, de que as medidas atípicas devem ser aplicadas subsidiariamente em relação às demais medidas, isto é, somente podem ser aplicadas após esgotadas todas as tentativas de penhora, avaliação e expropriação, permitidas expressamente pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Observemos que a decisão do STF reforça a importância da análise cuidadosa do caso concreto na aplicação das medidas coercitivas atípicas, respeitando sempre direitos fundamentais. Dessa forma, não há dúvidas da necessidade de intervenção do Poder legislativo para regulamentar a situação e definir parâmetros de utilização das medidas executivas que não fazem parte do rol exemplificativo do CPC, com o objetivo principal de evitar-se a violação de direitos fundamentais e promover maior estabilidade jurídica aos processos de execução.

Com a recente decisão pelo STF, houve, sem dúvidas, maior segurança jurídica para a questão da constitucionalidade da utilização de medidas executivas atípicas, possibilitando ao credor ter noção dos meios de satisfazer seu débito a que tem direito, assim como ao devedor de saber ao que estará sendo submetido.

Contudo, evidente que mesmo com a decisão do STF, declarando o art. 139, IV do CPC constitucional, sem dúvidas o tema ainda surtirá diversos debates no meio jurídico, ante a subjetividade dos parâmetros para a utilização das medidas atípicas, que deverão ser analisadas de acordo com cada caso e suas particularidades e necessidades.

## REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo, Manual de execução civil / Marcelo Abelha. – 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella, Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – v. 3: tutela Jurisdicional Executiva / Cassio Scarpinella Bueno - 11. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022.

C THARINA, Alexandre de Castro. Medidas Executivas Atípicas: Algumas Premissas Conceituais. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito, [S. l.],v. 30, n. 2, 2020. DOI: 10.9771/rppgd.v30i2.42309. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/42309>>. Acessado em: maio de 2023.

DE CASTRO, Daniel Penteadó. Medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias: há limites para o art. 139, IV?. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/258376/medidas-indutivas--coercitivas--mandamentais-ou-sub-rogatorias--ha-limites-para-o-art--139--iv>>. Acessado em: maio de 2023.

DONIZETTI, Elpídio. Curso de Direito Processual Civil. Volume Único . Barueri/SP.Grupo GEN, 2022. Enunciado nº 12 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis. Disponível em:

<<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acessado em: maio de 2023.

GAVA FILHO, João Miguel. Requisitos e limites do poder geral de efetivação para aplicação de medidas executivas atípicas. 2020. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/23325>>. Acessado em: 15 set.2023>. Acessado em: maio de 2023.

JÚNIOR, Humberto T. Curso de Direito Processual Civil - vol. 3 . Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2021.

LUNARDI, Fabrício C. Série IDP - Curso de direito processual civil. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2019.

MACHADO FILHO, Marcel Lourenço, "A aplicação de medidas executivas atípicas visando à satisfação da parte exequente nas obrigações pecuniárias", 2021.Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/18482/1/Monografia%200-%20Marcel%20Louren%c3%a7o%20Machado%20Filho.pdf>>. Acessado em: maio de 2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume Único. 8a ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA NETO, O. O poder geral de coerção. São Paulo: Revista dos Tribunais,2019.

QUINTAS, Fábio Lima. É preciso equilibrar meios de coerção ao executar obrigações pecuniárias. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-fev-18/observatorio-constitucional-preciso-equilibrar-meios-coercao-executar-obrigacoes-pecniarias>>. Acessado em: maio de 2023.

RODRIGUES, Horácio W.; LAMY, Eduardo de A. Teoria Geral do Processo, 6a edição. São Paulo/SP: Grupo GEN, 2019.

ROLAND, Felipe Molina de Castro e SILVA, Paula de Barros. Julgamento da ADI5.941 será decisivo na evolução dos procedimentos executórios. Consultor Jurídico,12 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-12/opiniao-adi5941-procedimentos-executorios>>. Acessado em: maio de 2023.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. Os requisitos e os limites para aplicação das medidas coercitivas sob a luz do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil. Revista Internacional Consinter de Direito, Porto, Portugal, v. 7, p. 455-466, 2018. STJ - HC 742879 / RJ HABEAS CORPUS 2022/0148090-2, T4 - Quarta Turma, Relator: Ministro Raul Araújo, Julgamento: 13.09.2022, Publicação: 10.10.2022.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o árbitro? 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>>. Acessado em: abril de 2023.

WAMBIER, Rodrigues. Ainda a polêmica sobre as medidas executivas atípicas previstas no CPC. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniao-ainda-polemica-medidas-executivastipicas#:~:text=O%20relator%20entendeu%20que%20as,social%20do%20executado%20evidencia%20o>>. Acessado em: maio de 2023.

YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas considerações sobre as medidas indutivas e coercitivas nas obrigações de pagamento de quantia. Novos desafios da advocacia e o Código de Processo Civil de 2015: debates da XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira. Tradução . Florianópolis: Empório Direito, 2018. p. 269 ; 23 cm. Acessado em: maio 2023.

# A INEFICIÊNCIA DAS MEDIDAS COERCITIVAS CONTRA ENTES PÚBLICOS NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Guilherme Henrique Araújo  
João Carlos Lima de Oliveira  
Cid Eduardo Brown da Silva

## INTRODUÇÃO

No campo do direito processual, é preciso observar a efetividade do instrumento processual, em termos de tempo quanto de conteúdo dos pronunciamentos judiciais proferidos com a finalidade de proporcionar a justiça ao caso concreto. Com esse propósito, a norma ou o fato devem ser enxergados desligando-se de concepções unilaterais, ou seja, sob a ótica imparcial e efetiva. De acordo com o princípio da efetividade, se impõe a superação de modelos ultrapassados de tutela jurisdicional para certas situações lesivas ao direito material, em prol de mais eficaz e rápida realização do direito material (OLIVEIRA, 2005).

O presente artigo tem a pretensão de demonstrar que nas relações jurídicas entre Poder Público e pessoa física há disparidade de força litigatória. Com isso, nas hipóteses em que há deferimento do pedido de tutela de urgência, restando evidenciados a probabilidade do direito e o perigo de dano irreparável ou o risco ao resultado útil do processo contra a Fazenda Pública, em muitos casos confortavelmente o poder público descumpra a ordem judicial, ocasionando a necessidade de intervenção coercitiva do poder público.

Posto isso, o que para um litigante é irrelevante por conta da sua força e tamanho, para o outro, sendo este a parte mais fraca, pode significar violação de direito irreparável. Nessas situações, fica clara a ineficiência das medidas coercitivas impostas pelo poder judiciário, tendo como consequência a violação da

efetividade e celeridade do processo, afrontando direitos constitucionalmente previstos. A título de exemplo, o direito fundamental de ação que obriga o Estado-Juiz a prestar uma tutela jurisdicional efetiva nos termos do art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

A afronta frontal a um direito fundamental, nos instiga e alerta a respeito da necessidade de investigação e análise que verse sobre as deficiências na

efetividade da execução das tutelas de urgências proferidas em processos judiciais no Brasil. As previsões de tutela de urgências consagradas nos artigos 300 e 310 do Código de Processo Civil, são medidas judiciais aptas para assegurar ao requerente o resultado útil do processo. Sua importância se dá pela necessidade de urgência para corrigir eventual erro com rapidez ou até mesmo possível “injustiça”.

Contudo, nos casos de descumprimento pelo poder público, carece ao Judiciário a aplicação de medidas coercitivas proporcionais ao poder econômico e de recursos intelectuais, promovendo possíveis prejuízos irreparáveis as partes vulneráveis postas no polo contrário da demanda. Nesse sentido, Da Silva e Silva (2020, p.3):

Nesse contexto, surge o questionamento acerca da aplicabilidade e das implicações do instituto quando utilizado contra a Fazenda Pública, que representa o Ente Público em juízo, visto que essa entidade detém determinadas prerrogativas processuais. O termo Fazenda Pública lato sensu é utilizado para identificar a atuação do Estado em juízo; logo, processualmente, quando se fala em Fazenda Pública, faz-se referência ao Ente Público em juízo. Em outras palavras, é a expressão utilizada para qualificar as pessoas jurídicas de direito público envolvidas em ações judiciais, ainda que não consista em matéria de natureza fiscal ou financeira. Assim, a administração pública, direta ou indireta, por meio de autarquias ou fundações públicas, quando se encontra como sujeito processual, constitui sinônimo de Fazenda Pública, uma vez que o erário suportará os encargos patrimoniais da demanda.

Assim, estudo tem como intuito de asseverar que as medidas coercitivas impostas Poder Judiciário são tão míseras ao ponto de não só ser inútil, como também instiga o seu descumprimento na iminência de resultar dano irreparável. Por fim, analisada essa ineficiência, será sugerido parâmetro para suas aplicações, ao ponto de assegurar de fato e de direito, a celeridade e resultado útil do processo.

A fim de elaborar o artigo científico, utilizaremos o critério da hipotético dedutivo, sendo analisados o texto Constitucional, o Código de Processo Civil, o entendimento de doutrinadores e o entendimento da jurisprudência acerca do tema.

Dessa forma, o roteiro a ser seguido inicia-se com o parágrafo 1 contextualizando o instituto da tutela de urgência no nosso ordenamento jurídico, no parágrafo 2, explicará as formas de sua aplicação, em seguida, no parágrafo 3, demonstrará especificamente a sua aplicação contra o poder público citando as medidas coercitivas mais impostas contra a mesma, no parágrafo 4, demonstra a ineficiência de suas aplicações e, para isso, no parágrafo 5, demonstra a sugestão da solução problemática em questão e, por fim, os parágrafos 6 e 7 tratam das considerações finais e suas referências.

## **TUTELA DE URGÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A partir de 1973, as ações judiciais necessitavam de um processo de conhecimento mais profundo, percorrendo um longo caminho até a sentença final. Por isso, e a partir da fluência do processo, o juiz estaria compelido a declarar o julgamento com base em seu livre convencimento motivado, nas provas apresentadas pelas partes e apuradas em todo o processo, depois da formação do contraditório, certamente, pondo fim ao conflito de interesses em única ou última instância com a ideia de definitividade.

Desde então, o legislador enxergou a necessidade da produção de um mecanismo processual capaz de garantir a utilidade dessa

etapa de acertamento do direito material ou antecipar os efeitos da futura sentença de mérito a partir de requisitos específicos. A efetivação de um direito revelado a partir de provas inequívocas que gerassem uma sensação de verossimilhança no julgador era necessária, pois sua demora poderia acarretar riscos ao autor e à própria jurisdição como atividade estatal sob o princípio constitucional da eficácia. Viu-se então o legislador obrigado a criar um instrumento capaz de solucionar e dirimir alguns conflitos, sobremaneira os ditos emergenciais, portanto criando as tutelas de urgência. (CASTAGNA ALESSANDRO, 2008),

Segundo Montenegro Filho (2010), é impossível a completa solução do conflito de interesses sem que medeie razoável espaço de tempo entre a formação do processo e a sentença final, o que causa angústia às partes, na maioria das vezes ao autor. Percebe-se que os jurisdicionados convivem com dois primados diferentes, pois, de um lado a necessidade rápida da solução do litígio e por outro lado a necessidade da observância das formalidades do processo, sob pena de ser considerado nulo, e ferindo os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, justiça tardia é sinonímia de injustiça. A distribuição da prestação jurisdicional muitas vezes não é realizada na velocidade razoável, seja pela complexidade do trabalho, seja pela quantidade de processos judiciais. O processo deve ser desburocratizado, isso é, o escopo do processual deve superar as exigências de direito material, segundo Montenegro Filho

No atual Código de Processo Civil a tutela de urgência está disciplinada no Livro V da parte geral, no Livro da Tutela de Urgência. A fim de ser deferida e aplicada ao caso concreto, é exigível dois pressupostos: a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, respectivamente, no latim, *fumus boni iuris* e *periculum in* (BUENO, 2020), instituto disciplinado nos artigos 300 a 302 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao

resultado útil do processo. § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito. Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I - a sentença lhe for desfavorável; II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

Portanto, é perceptível que essas disposições gerais foram feitas com intuito de proteger todos os direitos discutidos em uma lide, mesmo que precocemente para precaver violação de direito insanável.

A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente, ou seja, no início do processo, sem a oitiva prévia da parte contrária, ou então após justificação prévia. Vale ressaltar que a concessão liminar está em consonância com a Constituição Federal, em harmonia com o princípio da efetividade do direito material, isso porque houve uma mera postergação (adiamento) do contraditório, não sua supressão total (BUENO, 2020). Concedida a tutela de urgência, o réu será citado e intimado de sua concessão, oportunizando a possibilidade de recorrer mediante Agravo de Instrumento disciplinado no art. 1.015, I do Código de Processo Civil. O jurista Cassio Scarpinella Bueno versa sobre a regra do art. 302, CPC:

A regra estatui a responsabilidade do requerente da tutela de urgência, estabelecendo seu caput, àquela que a requereu, o dever de reparar os prejuízos

que a efetivação da tutela de urgência causar à parte contrária, sem prejuízo de sua responsabilização por dano processual (arts. 79 a 81), nas hipóteses de seus quatro incisos: (i) quando a sentença lhe for desfavorável; (ii) quando, obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer, em cinco dias, os elementos necessários para a citação da parte contrária (fundamental para o pronto estabelecimento do contraditório legitimamente postergado diante da urgência); (iii) quando ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal (inclusive nos casos do art. 309); e, ainda (iv) quando o magistrado reconhecer a ocorrência da prescrição ou decadência, o que, a despeito do que sugere a redação empregada no dispositivo, não depende de pedido da parte (art. 487 II). O parágrafo único do art. 302 dispõe que a indenização será liquidada (apurada) nos autos em que a medida tiver sido concedida sempre que possível. Se não for a postulação respectiva será exercitada em outros autos (físicos ou eletrônicos), o que significa que não haverá novo “processo” nem outra “ação” para aquela finalidade. Uma vez apurado o valor dos prejuízos, o procedimento a ser observado é do cumprimento de sentença, definitivo ou provisório, consoante o respectivo título executivo tenha, ou não, transitado em julgado.

Cabe ressaltar que a responsabilidade é objetiva e não subjetiva, de tal modo que qualquer dano causado pela efetivação da medida independe de culpa. Enfrentado a previsão legal da tutela de urgência no ordenamento jurídico, parte-se à análise da sua aplicação contra o poder público.

## **APLICAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA EM DESFAVOR DO PODER PÚBLICO**

A tutela de urgência origina do conceito geral de Tutela Provisória. O seu pré-requisito fundamental é o perigo de demora na sua prestação, além de exigir o que chamamos de “*fumus boni juris*” que significa dizer: deve-se haver probabilidade do direito do autor sobre a ótica da cognição sumária. Portanto, são dois pré requisitos.

Em outras palavras podemos dizer que é a prestação de direito concedido que deve ser prestada de forma imediata. Esse instituto de urgência se divide em dois, podendo ser de forma cautelar ou antecipada. A forma cautelar busca resguardar a efetividade do processo, enquanto a antecipada visa buscar o adiantamento dos

efeitos da tutela final. Assim, disciplina o artigo 294, parágrafo, do Código de Processo Civil, *in verbis*: “a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. §ú. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”

Por conseguinte, é preciso compreender adequadamente o conceito de Fazenda Pública, pois é ela que representa a personificação do Estado em litígios, sendo a área da Administração Pública que trata da gestão das finanças, bem como da fixação e implementação de políticas públicas. Significa dizer que a Fazenda Pública é a expressão que se relaciona com as finanças estatais, representando o aspecto financeiro do ente público, utilizada usualmente como sinônimo de Poder Público em juízo.

O Decreto-lei 200/1967 organiza a divisão da Administração Pública em direta e indireta. São integrantes da administração direta, os entes federativos: Estados, Municípios, União e o Distrito Federal. Quanto à administração indireta, é composta por autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Feitas essas primeiras considerações, é importante dizer que por muitas vezes a Tutela de Urgência e seus subtipos são descumpridas pela Fazenda Pública, colocando em risco a celeridade e efetividade do processo. E, para isso, o Código de Processo Civil prevê algumas hipóteses de medidas coercitivas, aproximadamente eficazes, mas, a depender de quem descumpre, não alcançam o fim proposto, tornando-se eficazes.

Portanto, diante de previsão legal e descumprimento da decisão judicial inicial, o nosso ordenamento jurídico prevê poderes inerentes ao juízo a fim de garantir a efetividade do processo. Assim diz o art. 139, e seu inciso IV, do Código de Processo Civil, a seguir:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Logo, esse dispositivo assegura, permite aplicação de medidas atípicas, desde que seja para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, mesmo que provisório. Diante dessa circunstância, a depender de quem descumpra a ordem judicial, o magistrado pode aplicar proporcionalmente medidas coercitivas mais severas motivado a coibir seu descumprimento. Logo, nos ditames do Código de Processo Civil, há a possibilidade de duas medidas coercitivas impostas ao Poder Público: os astreintes e o bloqueio de verba pública, a seguir apreciados.

## ASTREINTES

A palavra astreintes e sua aplicação tem origem no direito francês, que indica uma técnica processual civil de pena pecuniária nas execuções. É uma medida cominatória de constrição contra o devedor de obrigação de fazer ou não fazer, cujo valor diário é fixado pelo juiz na sentença executada, que durará enquanto permanecer a inadimplência, tendo a finalidade de coagir o devedor (MURILLO,2018). No Brasil, a referida medida não encontrava tratamento meticuloso no CPC passado, havendo apenas jurisprudência como parâmetro para a sua aplicação. Assim, como consequência da jurisprudência local, hoje, ela se encontra positivada no nosso ordenamento jurídico brasileiro, prevista no artigo 537, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito. § 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I - se tornou insuficiente ou excessiva; II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

Durante determinado período, antes da promulgação da Lei nº 13.105/15, o novo Código de Processo Civil, havia intenso debate na comunidade jurídica a respeito da aplicação dos Astreintes aos

Entes Estatais, todavia, em 02 de agosto de 2017, através do REsp 1.474.665-RS, deu origem o Informativo nº 606 do Superior Tribunal de Justiça que veio e acabou com a discussão, no qual, o recurso versava sobre a imposição de multa diária (astreintes) no descumprimento da obrigação de fazer no que tange ao fornecimento de medicamento para o tratamento de moléstia pelo poder público, a seguir algumas informações do inteiro teor:

A questão posta em debate restringe-se a examinar a possibilidade de ser imposta multa diária cominatória (astreintes), a ente estatal, nos casos de descumprimento da obrigação de fornecer medicamentos. Inicialmente, observa-se que a problemática acerca da efetivação dos provimentos judiciais que impunham o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer sempre foi notória, porque dependiam da colaboração espontânea do devedor. Diante disso, viu-se obrigado o legislador a criar mecanismos que pudessem conjurar essa impropriedade, a exemplo do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e posteriormente o art. 461 do Código de Processo Civil de 1973. Nesse caminho, a expressão "tais como", constante do § 5º do art. 461 do CPC/1973 é exemplificativa e garante ao magistrado poder para decidir sobre qual medida irá se valer para o cumprimento da decisão exarada por si. Trata-se do "poder geral de efetivação", concedido ao juiz paradosar de efetividade as suas decisões. Sob esse enfoque, a função das astreintes é justamente no sentido de superar a recalcitrância do devedorem cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe é imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente. E a particularidade de impor obrigação de fazer ou de não fazer à Fazenda Pública não ostenta a propriedade de mitigar, em caso de descumprimento, a sanção de pagar multa diária, conforme prescreve o § 5º do art. 461 do CPC/1973. Nesse ponto, convém alertar que, em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público recalcitrante, o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental. Em outras palavras, é o direito-meio que assegura o bem maior: a vida. Diante disso, a jurisprudência desta Corte, em reiterados precedentes, admite a imposição de multa cominatória (astreintes), ex officio ou a requerimento da parte, a fim de compelir o devedor a adimplir a obrigação de fazer, não importando que esse devedor seja a Fazenda Pública.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=p\\_esquisar&livre=@cnot=016335](https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=p_esquisar&livre=@cnot=016335) . Acesso em 3 de maio de 2023.

Portanto, trata-se de poder quase que ilimitado do juízo para a aplicação necessária para assegurar o cumprimento de ordem judicial, de tal modo que o magistrado não deve apenas se preocupar em prestar a tutela cognitiva em tempo razoável, mas também em fazer cumprir a sua decisão em um prazo razoável.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido da legalidade da imposição de multa diária pesada a ente público em caso para compeli-lo a fornecer medicamento a pessoa desprovida de recursos financeiros. A seguir a ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA O TRATAMENTO DE MOLÉSTIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) COMO MEIO DE COMPELIR O DEVEDOR A ADIMPLIR A OBRIGAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO INSERTO NO § 5º DO ART. 461 DO CPC/1973. DIREITO À SAÚDE E À VIDA. 1. Para os fins de aplicação do art. 543-C do CPC/1973, é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada neste recurso especial representativo de controvérsia: possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros. 2. A função das astreintes é justamente no sentido de superar a recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe foi imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente. 3. A particularidade de impor obrigação de fazer ou de não fazer à Fazenda Pública não ostenta a propriedade de mitigar, em caso de descumprimento, a sanção de pagar multa diária, conforme prescreve o § 5º do art. 461 do CPC/1973. E, em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público devedor, o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental. Em outras palavras, é o direito meio que assegura o bem maior: a vida. Precedentes: AgRg no AREsp 283.130/MS, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 8/4/2014; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.063.902/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 1/9/2008; e AgRg no REsp 963.416/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 11/6/2008. 4. À luz

do § 5º do art. 461 do CPC/1973, a recalcitrância do devedor permite ao juiz que, diante do caso concreto, adote qualquer medida que se revele necessária à satisfação do bem da vida almejado pelo jurisdicionado. Trata-se do "poder geral de efetivação", concedido ao juiz para dotar de efetividade as suas decisões. 5. A eventual exorbitância na fixação do valor das astreintes aciona mecanismo de proteção ao devedor: como a cominação de multa para o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer tão somente constitui método de coerção, obviamente não faz coisa julgada material, e pode, a requerimento da parte ou ex officio pelo magistrado, ser reduzida ou até mesmo suprimida, nesta última hipótese, caso a sua imposição não se mostrar mais necessária. Precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 596.562/RJ, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 24/8/2015; e AgRg no REsp 1.491.088/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 12/5/2015. 6. No caso em foco, autora, ora recorrente, requer a condenação do Estado do Rio Grande do Sul na obrigação de fornecer (fazer) o medicamento Lumigan, 0,03%, de uso contínuo, para o tratamento de glaucoma primário de ângulo aberto (C.I.D. H 40.1). Logo, é mister acolher a pretensão recursal, a fim de restabelecer a multa imposta pelo Juízo de primeiro grau (fls. 51-53). 7. Recurso especial conhecido e provido, para declarar a possibilidade de imposição de multa diária à Fazenda Pública. Acórdão submetido à sistemática do § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 e dos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 08/2008.

Conforme o julgado, por se tratar de saúde, com maior razão, astreintes deve se aplicada e até mesmo elevada, de modo que a Fazenda Pública sinta-se coagida em ter que cumprir. Por se tratar de direito à vida, sendo um dos direitos e garantias fundamentais, o Poder Judiciário fez valer o "poder geral de efetivação". Contudo, bom seria se fosse sob qualquer hipótese que envolvesse a Fazenda Pública, independentemente da importância do direito em questão, pois a força mitigatória do Estado por si só faz exigir mão pesada contra o mesmo, para que de alguma forma ocorra a paridade processual.

Por outro lado, à primeira vista, a aplicação de astreintes mostra-se eficiente quando aplicado ao particular, pessoa física. Todavia, diante das prerrogativas processuais e vultoso poder econômico do poder público, essa medida se demonstra frágil e ineficaz. Nesse sentido, sua aplicação não cumpre o fim a qual se destina. Por óbvio, a aplicação da proporcionalidade deve ser

aplicada ao caso concreto a fim de equilibrar a relação processual. Leonardo Carneiro da Cunha versa sobre o assunto:

Ocorre, porém, que a Fazenda Pública, à primeira vista, não poderia sujeitar-se à multa prevista no § 2º do art. 77 do CPC, revelando-se ineficaz sua fixação. Essa multa pode, na verdade, ser imposta ao agente público responsável pelo cumprimento da ordem judicial. É preciso, porém, que seja advertido com antecedência para, somente depois, ser punido com a multa. Nesse sentido, assim dispõe o § 1º do art. 77 do CPC: “Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça”. O agente público deve ser intimado pessoalmente para cumprimento da ordem, com a advertência de imposição de multa a ele mesmo, caso não atenda ao comando judicial ou crie embaraços à sua efetivação. O agente público responsável pelo cumprimento da ordem judicial deve responder tanto pelas astreintes como por aquela prevista no §2º do art. 77 do CPC. Tais multas, cujos pressupostos são diversos, podem ser cumuladas, sendo a primeira revertida em favor da parte contrária e, essa última, em favor do Estado ou da União, a depender do órgão jurisdicional que esteja processando a causa. Desse modo, e diante da ameaça de o agente público responder pessoalmente pelo pagamento de multas, não hesitará em cumprir o comando judicial, conferindo-se maior efetividade às decisões judiciais que imponham o atendimento de obrigações de fazer ou não fazer.

Veja que foi citado a responsabilização ao agente público no exercício de sua função, podendo o mesmo responder pessoalmente pelo pagamento da multa, sendo uma opção de medida que deveria ser mais explorada pelo juízo. Ainda acerca dos Astreintes, Fernando Carneiro da Cunha explana a possibilidade de ser utilizado com a função de coibir a litigância de má-fé:

Assim, tanto as condenações resultantes da litigância de má-fé como as multas cominatórias (astreintes), impostas pelo descumprimento de preceito cominatório, revertem em favor da parte contrária, a quem se confere legitimidade para executar os respectivos valores. Enquanto as condenações pela litigância de má-fé têm seu montante limitado pela lei – de forma que a multa deve ser superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento), nos termos do art. 81 do CPC –, as astreintes não sofrem limitação quanto ao seu valor,<sup>64</sup> devendo ser fixadas de acordo com os elementos contidos nos autos, entre os quais avulta a capacidade econômica da parte demandada,

não constituindo monta irrisória – a desatender a finalidade de temor ou de coação indireta – nem ostentando importe exagerado e desconforme com o padrão econômico do réu – a inviabilizar sua eventual execução. [...] Não há nada que impeça que a Fazenda Pública seja condenada ao pagamento dessas multas. Tal condenação deve, apenas, submeter-se à sistemática do precatório, porquanto, independentemente da natureza do crédito, as condenações impostas contra a Fazenda Pública submetem-se ao precatório, salvo se se tratar de *pequeno valor* [...]

Portanto, conforme julgado, é possível acumular as multas combinatórias com litigância de má-fé em desfavor da Fazenda Pública e seu agente público responsável, pois não há nada no ordenamento jurídico que impeça isso. Por isso, é perceptível que falta a mão pesarem desfavor da Fazenda, já que não há previsão limitando a aplicação da astreintes. A fim de analisar o entendimento dos Tribunais Superiores acerca da aplicação dos astreintes, segue o acórdão 1296745, 07033638120208070001, Relator: HECTOR VALVERDE, Quinta Turma Cível, data de julgamento: 28/10/2020, publicado no DJE: 11/11/2020:

A multa cominatória (astreintes) pode ser aplicada como forma de pressionar o devedor a cumprir obrigação de fazer que lhe é imposta e encontra amparo legal no art. 537 do Código de Processo Civil: Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito. A medida não tem caráter indenizatório ou compensatório, razão pela qual deve ser fixada em valor suficiente para garantir eficácia à tutela jurisdicional, desestimulando a persistência no descumprimento das decisões judiciais. A proporcionalidade da multa não significa que seus valores devem ser módicos; pelo contrário, deve ser fixado um valor útil para que a parte se sinta compelida a cumprir a ordem, segundo uma análise minimamente econômica do caso. O cumprimento da obrigação, com a fixação das astreintes, deve ser mais vantajoso para o obrigado do que seu descumprimento. A multa diária, no caso concreto, foi fixada em patamar adequado à sua finalidade coercitiva e não pode ser considerada exorbitante ou capaz de resultar no enriquecimento sem causa da parte adversa. O Juízo de Primeiro Grau, além disso, fixou o limite de R\$10.000,00 (dez mil reais) para a referida penalidade. Inexiste excessividade na quantia cominada.

Destaca-se que, no cumprimento da obrigação de fazer, é necessário que haja a intimação pessoal da parte obrigada para que incida a multa diária pelo descumprimento, sendo este o termo inicial para a incidência dasastreintes. A Súmula n. 410 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que "a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer." (...) A intimação pessoal do apelante é indispensável para que possa atender o comando judicial de baixa no gravame do veículo junto ao DETRAN/DF, bem como seja passível de cobrança eventual incidência da multa diária fixada na sentença (astreintes).

Veja que a aplicação dessa medida independe de requerimento da parte, podendo o juízo fazer de ofício, fixando valor suficiente para garantir a eficácia. Portanto, a multa imposta deve ser o suficiente, útil para garantir o cumprimento da decisão, pois o juízo deve levar em consideração o poder econômico daquele contra quem será a multa aplicada, seguindo o princípio da proporcionalidade e não da razoabilidade, a fim de evitar que esse mecanismo assume a ineficiência da efetivação.

## **BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA**

O bloqueio de verba pública como medida para garantir uma decisão judicial é uma ação legalmente válida que pode ocorrer quando um tribunal determina que determinados recursos financeiros do governo sejam retidos como uma medida cautelar ou para garantir o cumprimento de uma sentença. Essa medida é geralmente adotada quando existe o risco de dilapidação ou desvio desses recursos antes que a questão legal seja totalmente resolvida.

Ao determinar o bloqueio, o tribunal emite uma ordem judicial que solicita às instituições financeiras responsáveis por administrar esses recursos que os impeçam de serem utilizados ou movimentados até que haja uma decisão final sobre o litígio. Isso pode ser feito por meio do congelamento de contas bancárias, restrição de pagamentos ou qualquer outra medida que evite a disposição dos recursos.

Com isso, o tribunal deve avaliar cuidadosamente os elementos do caso e determinar a necessidade e a proporcionalidade da medida para evitar qualquer abuso. Esse tipo de bloqueio pode ocorrer em várias situações, como em casos de litígios envolvendo o governo, empresas estatais, órgãos públicos ou mesmo indivíduos que tenham recebido recursos públicos indevidamente. Essa medida de bloqueio, por exemplo, é utilizada com frequência no que versa sobre o direito a saúde, por conta da sua relevância como direito fundamental, atendendo ao caráter emergencial da necessidade de fornecimento de medicamentos ou acompanhamento em *Home Care*. Com fundamento no art. 536, do Código de Processo Civil, está consolidado na jurisprudência dos Tribunais Superiores à possibilidade do bloqueio de verbas públicas para essas finalidades gravosas. A seguir o dispositivo legal *in verbis* citado, bem como julgado do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim do: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. BLOQUEIO DE VALORES NA CONTA CORRENTE DO ENTEPÚBLICO EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA JUDICIAL. CABIMENTO. Agravo desprovido. Unânime.2. Este Tribunal, no julgamento do RE 607.582, de minha relatoria, reconheceu a existência da repercussão geral da matéria para que os efeitos do art. 543-B do CPC possam ser aplicados. Esta Corte firmou o entendimento no sentido da possibilidade do bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos. Cito os seguintes julgados: AI 553.712-AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 4.6.2009; AI 597.182-AgRrel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJ 6.11.2006; RE 580.167, rel. Min. Eros Grau, DJe 26.3.2008; AI 669.479, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 17.12.2009; RE 562.528, de minha relatoria, DJ 6.10.2005; AI 640.652, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 27.11.2007; e AI 724.824, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 23.9.2008. O acórdão recorrido não divergiu desse entendimento.3. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário.Publique-se.Brasília, 2

de setembro de 2010. Ministra Ellen Gracie Relatora (STF - RE: 607582 RS, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 02/09/2010, Data de Publicação: DJe-171 DIVULG 14/09/2010 PUBLIC 15/09/2010)

Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal é justificado diante da obrigação do Estado em seus três poderes, de fornecer medicamentos a quem não possui condições financeiras de adquiri-lo senão pelo Sistema Único de Saúde (SUS). A Constituição Federal dispõe do direito a saúde como uma consequência constitucional indissociável do direito à vida, não admitindo uma conduta estatal indiferente (ANDRADRE, 2019).

Por via de consequência, medidas coercitivas impostas em face do poder público são aplicadas em caráter emergencial, principalmente em situações de risco à saúde. O Estado, na posição de destinatário do direito a saúde, possui como dever empreender o máximo de esforços na concretização, regulamentação, fiscalização e controle de suas políticas públicas, não sendo plausível a isenção de responsabilidade (TURCHETO, 2019).

Acerca do crescente problemático judicialização da saúde, é oportuno realizar um apontamento. Questões relacionadas às deficiências na área a saúde estão sendo trazidas à apreciação do poder judiciário em substituição às insatisfatórias políticas públicas que deveriam ser desenvolvidas pelo Estado. Esse cenário é um reflexo da constante violação ao direito fundamental à saúde (VIANNA; Souza, 2020).

Tanto é verdade essa crescente problemático judicialização da saúde, que, o nosso ordenamento jurídico teve que firmar Súmulas obrigando o Poder Público a cumprir com as suas obrigações, como o tema nº 84, do STJ que diz

*“tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com a adequada fundamentação”, e também a Súmula nº 178 do TJSJ que diz: “para o cumprimento da tutela específica de prestação unificada de saúde, insere-se entre as medidas de apoio, desde que ineficazes outro meio coercitivo, a apreensão de quantia suficiente à aquisição de medicamentos junto à conta bancária por onde*

*transitem receitas públicas de ente devedor, com a imediata entrega ao necessitado e posterior prestação de contas”*

Veja, portanto, que não falta embasamento jurídico no nosso ordenamento para que o juízo aplique as medidas necessárias, bastando apenas que o juízo tenha vontade em pesar a mão em desfavor do Ente Público envolvido na lide, fazendo com que o mesmo se sinta coagido em ter que cumprir.

## **INEFICIÊNCIA DAS MEDIDAS COERCITIVAS CONTRA ENTES PÚBLICOS**

As medidas coercitivas aplicadas pelo Poder Judiciário não vêm sendo suficientes para que entes públicos cumpram as decisões judiciais, tendo como consequência a violação de direitos dos cidadãos, bem como da efetividade e celeridade do processo, sendo tão verdade que os juízes têm aplicado medidas coercitivas atípicas, além daquelas previstas no art. 139, IV, do CPC, pois quando se trata do poder público, a eficácia dessas medidas pode ser comprometida. Isso acontece porque o Poder Público, em muitos dos casos, possui uma estrutura complexa e burocrática, que pode dificultar a implementação de medidas coercitivas. Além disso, o poder público também possui uma série de prerrogativas e privilégios que podem tornar as medidas coercitivas menos eficazes. Para mais, a resistência e falta de cooperação dos órgãos e funcionários públicos que insistem ou se opõem às medidas coercitivas leva as dificuldades na sua implementação. Portanto, a falta de cooperação majorada pela impunidade prejudicam a eficácia das medidas coercitivas impostas.

Além do mais, diante da era da politização em que vivemos, as medidas coercitivas podem sofrer influência política majorada pela corrupção, podendo minar a eficácia delas contra o Poder Público, pois aqueles que detêm o poder, podem utilizar sua posição privilegiada para evitar ou contornar as consequências das medidas.

No entanto, é fundamental que as medidas devem ser proporcionais à situação e buscar de fato resolver o impasse de forma pacífica, respeitando o direito da parte mais fraca do litígio.

## **SUGESTÃO DA SOLUÇÃO PROBLEMÁTICA EM QUESTÃO**

Quanto à responsabilidade processual, sendo uma hipótese valorosa para a eficácia, o art. 77, §2º do CPC, prevê a responsabilidade do responsável pelas violações dos incisos IV, isto é, deixar de cumprir com exatidão as decisões judiciais de natureza provisória ou final, e criar embaraços à sua efetivação. No entanto, o artigo não menciona especificamente os efeitos da sua aplicação, o que pode dificultar a interpretação e sua aplicação.

Todo Ente Público que descumpra ordem judicial, é passivo de aplicação da Lei da Improbidade Administrativa ao agente responsável também, pois refere-se a atos de desonestidade, corrupção, má conduta e violação dos princípios éticos e

legais por parte de agentes públicos no exercício de suas funções, sejam servidores, autoridades ou políticos. Essa lei tem como objetivo proteger o interesse público, estabelecendo punições para aqueles que praticam atos de improbidade, conforme o art. 11 da Lei 8.429/92:

Art. 11 da Lei 8.429/92: Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades;

Assim, as sanções previstas na lei em tipificações como essas, podem incluir perda de função pública, suspensão dos direitos políticos, multas, ressarcimento ao erário e até mesmo prisão, dependendo da gravidade do caso. É importante destacar que sua aplicação se dá na esfera cível quanto na esfera criminal. Veja, portanto, que caso a lei fosse aplicada a risca pelo juízo, em prol da

parte litigante mais frágil, o agente responsável pelo prejuízo temeria em descumprir.

Temos também a possibilidade de enquadrar o responsável na tipificação penal em caso descumprimento de ordem judicial, cuja conduta é tratada como crime de desobediência pelo nosso ordenamento jurídico, conforme o art. 330 do Código Penal, que diz: “Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa. ”

Assim, quando um tribunal emite uma ordem judicial, é esperado que se cumpra, independente de quem seja o agente público, seja servidor, autoridade ou político, deve cumprir.

Podemos citar também a tipificação do crime de prevaricação, previsto no art. 319, do Código Penal que diz: “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”. Portanto, ocorre quando funcionário público tem o dever legal de agir em determinada situação, mas, de forma intencional, retarda e age de maneira contrária às normas e suas obrigações. Geralmente isso envolve a omissão ou a prática de atos ilegais, com objetivo de obter vantagens pessoais ou a outrem. É importante ressaltar que o servidor exerce uma função pública, ou seja, por sua posição possui (ou ao menos deveria) obrigações e deveres perante a sociedade. As penas para esse crime, em caso de desobediência, variam, incluindo a perda de cargo público, multa e até mesmo detenção, dependendo da gravidade e das consequências da prevaricação cometido.

No entanto, caso a lei fosse realmente aplicada, autoridades públicas que estão à frente desses entes públicos que descumprem decisões, inúmeros deles seriam presos por obediência. Nessas razões, diante de inúmeras letras de lei que fundamentam aplicações coercitivas, como também punição administrativa e o crime de desobediência fica claro a ineficiência de aplicação pelo próprio juízo. Assim dispõe doutrina Marinoni (2017, p. 173) crítica ao dizer que:

Não há dúvida de que o direito perde a sua qualidade se não puder ser efetivamente tutelado. A proibição de fazer justiça de mão própria não tem muito sentido se ao réu for dada a liberdade de descumprir a decisão judicial, pois nesse caso ele estará fazendo prevalecer a sua vontade como se o Estado não houvesse assumido o monopólio da jurisdição, cuja atuação efetiva é imprescindível para a existência do próprio ordenamento jurídico. Ninguém pode negar que o processo exige, diante de certas situações de direito substancial, o uso da coerção indireta e nem se pode dizer que é suficiente para a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Para tal, há necessidade de utilizar-se de parâmetros novos, mais severos, e até mesmo interpretações extensivas para suas aplicações, de tal forma que obrigue o Ente Público a cumprir, pois o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade que rege todo o ordenamento jurídico, neste caso, necessita de adequação em proporcionalidade em sentido estrito, levando em consideração o direito tutelado e o poder de litígio por parte do Ente Público que descumpre.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A ineficácia das medidas coercitivas pode ser um problema que compromete a efetividade do sistema jurídico e das políticas públicas. Quando o poder público não consegue fazer cumprir suas decisões ou determinações, pode haver um sentimento de impunidade e falta de confiança na justiça, o que pode gerar prejuízos para a sociedade como um todo.

Além disso, a ineficácia das medidas coercitivas pode incentivar o descumprimento das leis e a perpetuação de práticas ilegais e prejudiciais, o que compromete o desenvolvimento social e econômico do país. Por isso, é fundamental que sejam adotadas medidas eficazes para garantir o cumprimento das decisões e determinações. Isso pode envolver a modernização dos mecanismos de fiscalização e controle, o fortalecimento das instituições responsáveis pela aplicação das leis e o aprimoramento das estratégias de execução judicial.

É importante ressaltar, que haja uma conscientização sobre a importância do cumprimento das leis e das decisões judiciais, bem como uma educação jurídica mais ampla e acessível à população, para que haja um engajamento maior da sociedade no processo de construção de um país mais justo e democrático.

Assim, embora as medidas coercitivas contra o Poder Público possam enfrentar desafios na sua implementação, elas ainda são as únicas ferramentas e podem ser importantes para promover a responsabilização e transparência, no entanto, deve-se aplicar “poder geral de efetivação” contra a Fazenda Pública e também contra a pessoa física responsável pela morosidade para alcançar resultados mais efetivos, pois as decisões não devem permanecer apenas no plano teórico, mas sim efetivamente na prática, de modo que possa garantir a ordem e a estabilidade jurídica. Do contrário, as leis e decisões de julgamento seriam meramente observadas.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Paulo Antonio Rufino de. LAMY Marcelo. ANDRADE, Thaís de Camargo Oliva Rufino. **Direito Fundamental A Saúde E O Bloqueio De Verbas Públicas Para Garantia De Fornecimento De Medicamentos**. 2019. Disponível em: <https://periodicos.unisanta.br/index.php/lss/article/download/1702/1399> Acesso em: 3 de maio. 2023

ASENSI, PINHEIRO, Felipe Dutra, Roseni. Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência. Coordenadores - Brasília: Conselho Nacional de Justiça, p. 9, 2015. Elemento externo, capaz de limitar ou até restringir o acesso dos titulares a um direito fundamental social específico, face à limitação orçamentária do Estado (FERREIRA DE SOUZA, L. D. et al. Reserva de possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. Rev.Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 1: 205-226, jan./jun. 2013).

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. [S. l.: s. n.], 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 1 de jun. 2023

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Lei: coletânea de legislação: edição federal, [S. l.], 1943. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) Acesso em: 1 de jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recursos Repetitivos. Informativo nº 606**. 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=016335>Acesso em: 1 de jun. 2023

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm) . Acesso em: 1 de jun. 2023.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Responsabilidade civil por dano resultante de efetivação de tutela de urgência**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/337792/responsabilidade-civil-por-dano-resultante-de-efetivacao-de-tutela-de-urgencia> .Acesso em: 1 de jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) .Acesso em: 1 de jun. 2023.

CASTAGNA, Alessandro. **Tutela de Urgência. Análise Teórica e dogmática**, 2008. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/Tutela-Urg%C3%Aancia-An%C3%A1lise-Te%C3%B3rica-Dogm%C3%A1tica/dp/8520333532> Acesso em: 3 maio de 2023

DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Efetividade e tutela jurisdicional**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS, n. 3, 2005. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6228596/mod\\_resource/content/](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6228596/mod_resource/content/)

1/Carlos%20Alberto%20Alvaro%20de%20Oliveira%20%20Efetividade%20e%20tutela%20jurisdicional.pdf Acesso em: 24 abril de 2023.

DA SILVA, Barbie Chaves; DA SILVA, Sandoval Alves. **A estabilização dos efeitos da tutela antecipada contra a Fazenda Pública como instrumento de efetivação dos direitos sociais.** 2020. Disponível em: [https://www.academia.edu/download/64758574/REVISTA\\_BRASILEIRA\\_DE\\_DIREITO\\_PROCESSUAL\\_2\\_.pdf](https://www.academia.edu/download/64758574/REVISTA_BRASILEIRA_DE_DIREITO_PROCESSUAL_2_.pdf). Acesso em: 24 de abril de 2023

FERREIRA, Larissa Gonçalves Gomes. **O bloqueio judicial de verbas públicas como mecanismo de garantia do direito à saúde.** 2020. Boletim jurídico. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-processualcivil/10234/o-bloqueio-judicial-verbas-publicas-como-mecanismo-garantia-direito-saude> Acesso em: 3 de maio de 2023

TURCHETO, Juliana Vicente. **A aplicação de astreintes em face da fazenda pública: uma análise sobre o direito à saúde e o recurso especial n.º 1.474.665/rs.** 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/30585>. Acesso em: 3 de maio de 2023

SOUZA, Anne Salgado. VIANNA, Geraldo Luiz. **O Descumprimento Da Tutela De Urgência Antecipada Pelo Estado No Âmbito Da Saúde Pública: Uma Análise A Partir De Ações Propostas Na Defensoria Pública De Baependi/Mg.** 2020. Disponível em: <https://portal.unisepe.com.br/unifia/wpcontent/uploads/sites/10001/2020/12/ODESCUMPRIMENTO-DA-TUTELA-DEURG%C3%8ANCIA-ANTECIPADA-140-%C3%A0-155.pdf>



# A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A DIVISÃO FUNCIONAL DO PODER POLÍTICO DO ESTADO

Laís Milana dos Santos  
Kellyne Laís Laburú Alencar de Almeida  
Priscila Rocha Margarido Mirault  
Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil

## INTRODUÇÃO

A reflexão acerca da intensificação da judicialização do direito fundamental à saúde frente à divisão funcional do poder político do Estado é de suma e atual importância, uma vez que o resultado deste processo é a intensificação do protagonismo do Judiciário na efetivação da saúde e uma presença cada vez mais constante deste Poder no cotidiano da gestão em saúde. Destarte, percebe-se uma interferência do poder judiciário em áreas de atuação que pertencem às demais funções estatais no esquema de separação de poderes desenhado pela CRFB/88.

A situação gera mais questionamentos no caso de fornecimento de medicamentos, tratamentos ou serviços não incorporados ao Sistema Único de Saúde e dos medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Por conseguinte, surge o fenômeno da judicialização do direito fundamental à saúde, que atua como suprimimento de políticas públicas não implementadas e pela falta de recursos públicos disponíveis. Frisa-se que a ideia a respeito do tema surgiu em decorrência de um estágio voluntário realizado na Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul durante o período de janeiro de 2021 a maio de 2021, eis que demandas para solicitar a prestação de medicamentos e tratamentos não fornecidos no rol do SUS estão diariamente em pauta nos processos judiciais.

Com a constitucionalização dos direitos sociais, em especial o direito à saúde, faz-se necessário buscar meios para minimizar os riscos de doença e de outros agravos, bem como garantir o acesso universal e igualitário, através de políticas públicas de saúde criadas pelo governo.

Ocorre que, na prática, o Estado deve observar o princípio da reserva do possível. À vista disso, é necessário analisar os fatores econômicos, financeiros e tributários oriundos da efetivação dos direitos sociais tendo em vista que acarretam gastos. Doravante, buscou-se analisar como o fenômeno da judicialização do direito fundamental à saúde interfere no desempenho das distribuições relativas às funções executivas, legislativas e jurisdicional dentro do desempenho institucional da Constituição Federal de 1988, tendo em vista seus limites de atuação.

Nesse contexto, o estudo analisou os Recursos Extraordinários n. 855.178 e n. 566.471, no que tange aos critérios jurisprudenciais estipulados para o fornecimento de medicamentos pelo poder judiciário abordando a ponderação na concessão do direito à saúde, o princípio da proporcionalidade, bem como se os parâmetros jurisprudenciais estabelecidos para concessão de medicamentos pelos entes federativos através da via judicial são adequados para produzir uma decisão judicial racional.

A metodologia empregada foi a pesquisa descritiva na qual se buscou avaliar os limites de atuação da função judiciária em relação a garantia do direito fundamental à saúde e os parâmetros jurisprudenciais que foram estipulados para concessão de medicamentos e tratamentos não previstos no SUS ou no rol da ANVISA.

Para isso, o trabalho compreendeu como recursos de pesquisas estudos da Constituição Federal de 1988, do Direito à Saúde, dos Recursos Extraordinários n. 855.178 e n. 566.471, dos doutrinadores e de jurisprudências que analisam se o fenômeno da judicialização está sendo aplicado com racionalização em decisões judiciais atuais. Como resposta a essa análise, concluiu-se que os parâmetros jurisprudenciais estipulados pelo poder judiciário para concessão

de medicamentos não são suficientes para proporcionar plenamente decisões racionais tendo em vista as peculiaridades de cada demanda, pois não há um padrão de controle para examinar a proporcionalidade da tutela pretendida.

Assim, diante da realidade brasileira marcada pela ineficiência na execução de políticas públicas de saúde, percebe-se o aumento acirrado de decisões liminares concedendo medicamentos ou tratamentos fornecidos pelos entes federativos, como suplementação da função judiciária em relação as funções executiva e legislativa, estabelecendo requisitos jurisprudenciais que não apontam para um horizonte emblemático e acabam proferindo decisões genéricas para sua concessão como no caso de demandas individuais que buscam a satisfação de necessidades especiais.

Este trabalho está dividido em 03 (três) capítulos. O primeiro capítulo discorrerá sobre o direito à saúde e a vinculação das funções do Estado. O segundo apresentará conflitos normativos envolvendo o direito à saúde. O terceiro capítulo irá se dedicar ao estudo do caso abordando os Recursos Extraordinários n. 855.471 e 566.471.

## **O DIREITO À SAÚDE E A VINCULAÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO**

A princípio, para ter acesso universal, integral e gratuito a serviços de saúde no Brasil é necessário buscar atendimento no Sistema Único de Saúde - SUS, oferecido a 190 milhões de pessoas, uma vez que 80% delas dependem exclusivamente desse sistema para garantir seu direito à saúde.

O direito à saúde é um direito fundamental social, garantido independentemente de contribuição financeira, em decorrência de um Estado Democrático de Direito que não pode ser negado para quem busca seus tratamentos ofertados. Convém citar os artigos 196 e seguintes da Constituição Federal de 1988, que defendem o direito à saúde como garantia do Estado a todas as pessoas e afirmam sua importância presente no cotidiano. O artigo 196 da

CRFB/88 encarregou-se de responsabilizar a administração pública pelas ações voltadas ao combate e diminuição das moléstias e que devem sempre abranger a todos sem distinção.

Dessa maneira, a assistência à saúde é oferecida de forma ampla para as pessoas, sejam brasileiras ou não, bastando apenas que necessitem de atendimento e busquem por ele nas redes públicas de saúde presentes nos municípios e Distrito Federal. Essa realidade está presente nos bairros, nos centros e até mesmo nas regiões de zona rural dos entes federativos.

O artigo 197 do mesmo diploma legal ressalta que as ações e serviços de saúde estão à disposição da população. Não à toa que merecem destaque nos planos políticos e precisam ser executados com responsabilidade, seja pelo Poder Público ou por encarregados dele. Além disso, destaca-se também o artigo 198 da CRFB/88 o qual prevê a forma de organização do SUS e seus procedimentos a serem seguidos pela administração pública almejando a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade.

Todavia, é nítido que o Estado Prestador de Bem-Estar Social precisa fazer uma ponderação entre a disponibilização dos medicamentos e tratamentos e os recursos disponíveis. À vista disso, surge para o cidadão a alternativa de socorrer-se da função judiciária para solicitar o fornecimento dos serviços de saúde indisponíveis no SUS ou não previstos no rol da ANVISA. Em que pese esse direito, percebe-se uma possível interferência da função judiciária nas distribuições relativas às funções dos poderes legislativo e executivo articuladas no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, em comparação as suas funções típicas desenvolvidas.

Salienta-se que, além da norma da proporcionalidade e da análise dos recursos disponíveis para prestação do direito à saúde através da via judicial, é necessário levar em consideração o princípio da separação dos poderes, disposto no artigo 2º, da CRFB/88, que atribui aos poderes legislativo, executivo e judiciário funções típicas e os impõe limites de atuação uma vez que a divisão

funcional do poder político do Estado deve ser respeitada para evitar que suas funções se desviem ou se corrompam.

Na prática, tratando-se do artigo 60, da Constituição Federal de 1988, significa que a criação de políticas públicas de saúde para satisfação dos direitos sociais incumbiria as funções legislativa e executiva. Em contrapartida a essa distribuição das funções relativas à separação dos poderes, tem-se o fenômeno da judicialização do direito à saúde emanado a partir de decisões judiciais que argumentam que a saúde é direito de todos e dever do Estado exigindo urgentemente seu cumprimento. Por um lado, viu-se diversas contestações judiciais acerca da legitimidade da intervenção judicial nas políticas públicas.

Por outro lado, viu-se diversas decisões judiciais completamente equivocadas realizando o controle de forma indevida. Logo, a atuação dos poderes legislativo, executivo e judiciário frente a concessão do direito fundamental a saúde está delimitada pela função típica que cada poder exerce, separadamente, conforme suas atribuições previstas na Constituição Federal e na legislação. Ao poder legislativo, em suma, cabe a criação de leis para a

efetivação do direito social à saúde. Dessa maneira, condicionado a uma realidade democrática e constitucional, o direito a saúde deve ser implementado como forma de política pública para reduzir as desigualdades sociais buscando a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, como a regulamentação do SUS, por exemplo, elaborado na Lei Federal n. 8.080/90 – Lei Orgânica da Saúde.

É preciso esclarecer que em que pese haja liberdade para legislar, deve ser levado em consideração a existência de limites juridicamente impostos às demais funções estatais devendo observar outros limites que lhe são inerentes, dentre eles, a supremacia da Constituição, bem como a prevalência do interesse público sobre o particular e a distribuição dos bens materiais e imateriais pertencentes à sociedade dentro de uma justiça distributiva.

Ao poder judiciário, cabe julgar os casos concretos e assegurar uma decisão justa e proporcional frente à tutela da concessão dos medicamentos ou tratamentos, tendo em vista a razoabilidade e a necessidade a depender de cada caso, uma vez que lidam com a proteção das garantias, liberdades e direitos dos indivíduos. Ao poder executivo, cabe a aplicação das normas elaboradas pelo poder legislativo buscando efetivar o direito à saúde para promover o bem-estar social – como a implementação de políticas públicas e pela administração dos interesses públicos.

Salienta-se que o poder executivo, antes de tomar decisões concretas, necessita fazer uma ponderação frente os recursos disponíveis como limitação de sua atividade estatal revestindo-se de preceitos como a cláusula da reserva do possível, o mínimo existencial ou o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, caso não ocorra prestação do direito à saúde pelo Estado, tem-se o entendimento de que ao ser provocado, cumpre ao poder judiciário na sua função típica, assegurar esse direito constitucional sem que isso interfira no desempenho das

distribuições relativas às funções executiva e legislativa, conforme a imprescindibilidade do tratamento ou medicamento.

Isto porque o artigo 5o, XXV, da CRFB/88, prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Portanto, é legítimo que os indivíduos se revistam dessa proteção constitucional como instrumento para alcançar a tutela jurisdicional do fornecimento de medicamentos ou tratamentos.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, as decisões judiciais não afrontam o princípio da separação dos poderes:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

(RE 393175 AgR, Relator: Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006)

Como visto, diante da negativa do ente público na prestação do serviço fundamental à saúde, vale-se de o poder judiciário analisar a sua concessão sem que isso configure ofensa a divisão funcional do poder político do Estado. É o que prevalece nos tribunais brasileiros.

Ademais, a não implementação ou não previsão de medicamentos e tratamentos ofertados de forma gratuita não deve ser utilizado como justifica pela administração pública alegando deficiência financeira ou orçamentária eis que o princípio da dignidade da pessoa humana consagra a proteção dos indivíduos e a promoção de ações que visem uma vida condigna para todos

A respeito da judicialização do direito à saúde, dever ser elaborado decisões eficazes e racionais, ressaltando que nenhum direito é absoluto ou ilimitado, bem como observando a importância de outros direitos fundamentais que devem ser promovidos pelo judiciário para que não sejam esquecidos ou colocados em segundo plano. Desse modo, as decisões judiciais que promovem a defesa dos direitos fundamentais e a garantia da prestação à saúde não incidem na seara da função legislativa, uma vez que, simplesmente está sendo cumprido o que já está previsto no texto legal. As decisões que interpretam as leis em que pesem em alguns casos motivadas por critérios subjetivos, ainda sim são desenvolvidas com base na legislação e, portanto, são válidas.

Diante do exposto, percebe-se que não é fácil ponderar a colisão de direitos fundamentais, mas é certo que a garantia do direito à saúde é um direito fundamental de responsabilidade da função executiva e legislativa, em regra, consubstanciado no fornecimento de medicamentos ou tratamentos de forma gratuita para pessoas necessitadas de maneira adequada.

Do outro modo, na sua falta ou omissão, a função judiciária poderá atuar de forma atípica e subsidiária analisando conforme cada caso concreto a sua concessão cautelosamente. Neste sentido,

surgem questionamentos acerca dessa interferência do poder judiciário e seu ativismo judicial nas distribuições relativas as funções de cada poder pois é notório que afeta outras áreas relevantes que são de responsabilidade do Poder Público e acabam sendo tratadas, de certa forma, como inferiores mesmo que isso implique na desproporcionalidade do cumprimento da prestação estatal. Acima de tudo, não se deve esquecer que o Estado presta serviços nas diversas searas do direito social e que o direito à saúde é parte dele, existindo outros direitos também extremamente relevantes que devem ser garantidos efetivamente e ponderados pelo poder estatal.

## **CONFLITOS NORMATIVOS ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE**

### **TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Para um efetivo cumprimento do direito fundamental à saúde, a CRBF/88 instituiu como dever do Estado a elaboração de políticas sociais e econômicas visando à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. O Estado como prestador de serviços sociais disponibiliza recursos para garantir aos cidadãos uma vida digna, a exemplo disso têm-se a garantia do direito fundamental à saúde como a regularização do SUS e o desenvolvimento de políticas públicas.

Por outro lado, sabe-se que as normas não são absolutas. Um fator relevante que atinge de maneira direta a aplicação plena da norma fundamental do direito à saúde é a carência de recursos disponíveis pela reserva do possível.

É certo que o Estado precisa olhar com mais atenção para assuntos de maior relevância e urgência que lhe são inerentes e exigem maiores gastos para serem efetivados. O direito à saúde, assim como outros direitos sociais quando prestados pelo Poder Público deve ser aplicado com cautela e responsabilidade para que

a coletividade como um todo seja beneficiada e sobressaia-se sobre interesses particulares ou individuais.

Outrossim, para efetividade dos direitos fundamentais é preciso considerar os recursos disponíveis que serão utilizados para o cumprimento da prestação dos serviços públicos. Desse modo, surge a teoria da reserva do possível interligada com a escassez da disponibilidade de dinheiro público destinado a satisfação dos direitos da prestação do serviço estatal.

Pode-se afirmar que a teoria da reserva do possível é um meio de limitar o cumprimento do direito fundamental à saúde na medida em que atua com a possibilidade financeira do Poder Público em custear algum tratamento ou medicamento de alto custo não disponibilizado pelo SUS ou para aplicar em outro direito que ele entendeu ser mais relevante, por exemplo.

De outra forma, é certo que a reserva do possível não pode ser utilizada para afastar o Estado de suas obrigações em cumprir com a garantia do direito à saúde. Para Sarlet e Figueiredo (2008, p. 189) a reserva do possível está convencionada a teoria do tríplice dimensão, que aduz:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Nestes moldes, ao decidir pela efetivação de um direito fundamental almejado, o juiz deve observar com cuidado e responsabilidade sua aplicação tem em vista a escassez dos recursos públicos.

São casos que se repetem no dia a dia dos tribunais e, aparentemente, são de fácil resolução já que estão amparados pelo

princípio da dignidade de pessoa humana e do direito à vida. Mas, em verdade, não complexos e exigem estudos prévios pois a proporção de sua aplicação é inestimável.

Em que pese seja tido como pacificado o amparo judicial na problematização das políticas de saúde pública pelos tribunais superiores, há de se considerar o crescente aumento das demandas judiciais e como elas atingem drasticamente os cofres públicos. Por isso a importância do estudo da teoria da reserva do possível.

## **A NORMA DA PROPORCIONALIDADE**

Frisa-se a existência de outros direitos fundamentais que também são de extrema relevância para conferir uma vida digna aos cidadãos, tais como o saneamento básico, o direito a educação, o acesso à justiça e por isso surgem critérios de proporcionalidade e razoabilidade na execução da norma constitucional, no que tange ao direito à saúde tendo em vista interesses difusos e coletivos surgindo assim conflitos normativos.

Desse modo, para que não haja maior incidência de interesses individuais alegados em face de interesses coletivos, surge o princípio da proporcionalidade como método de aplicar as leis conforme a situação emergencial de cada caso considerando os subcritérios de necessidade do tratamento ou da intromissão e adequação do tratamento postulado.

A respeito do princípio da proporcionalidade frente ao direito fundamental à saúde, deve ser levado em consideração que os recursos disponíveis não são abundantes e que isto afeta na aplicação prática do supra princípio principalmente na tentativa de buscar meios alternativos que consigam abranger um número maior de usuários através de possibilidades que não causem prejuízo ao erário oferecendo tratamentos e medicamentos que assegurem de forma satisfatória o direito à saúde de forma efetiva.

Vê-se, pois, que a norma da proporcionalidade exige que a tomada de decisões dos poderes políticos busque oferecer meios adequados e proporcionais para uma prestação condigna dos

direitos fundamentais. Além disso, o princípio da proporcionalidade também serve para fundamentar decisões judiciais como limitação dessa atividade. Ou seja, aos juízes caberá analisar em suas decisões se a concessão dos medicamentos e tratamentos é adequada, proporcional em sentido estrito e necessária (não excessiva).

Dessa maneira, servindo como limitação da atividade estatal, o princípio da proporcionalidade serve para resolver questões conflitantes entre direitos e interesses contrapostos. Não raras as vezes em que decisões judiciais são fundamentadas a partir da ponderação entre direitos considerados como mais relevantes ou urgentes pelo arcabouço financeiro.

Assim como, o Poder Público também se encarrega de decidir entre interesses diferentes a partir do princípio da proporcionalidade e acaba escolhendo entre um lado a outro. Como no caso da garantia à saúde, é preciso tomar decisões conscientes para que se almeje o bem-estar da coletividade.

Pensar no bem comum é o caminho a ser tomado pela administração pública eis que não há como tratar de interesses de cunho individual com tamanha relevância quando se trata de casos isolados em vista de causas coletivas que assolam a vida condigna da população e exigem maiores investimentos.

A partir dessa avaliação, haverá de fato efetividade e garantia dos direitos sociais e fundamentais mínimos na medida em que se dará atenção para um número significativo de pessoas. Por fim, nas palavras de Almeida (2019, p. 224):

O uso adequado do princípio da proporcionalidade, com as devidas adaptações, permite avaliar se e quando haverá proteção deficiente do direito fundamental em função de uma omissão total ou parcial.

## **O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Insta esclarecer que o princípio da separação dos poderes é indispensável para discussão sobre conflitos relacionados a

efetivação do direito à saúde. Salienta-se que cada poder possui suas determinadas funções e limites de atuação no qual um poder fiscaliza o outro, atuando de maneira independente e harmônica entre si.

Os poderes também exercem funções atípicas para melhor funcionamento do Estado e para evitar abuso de poder por parte de umas das funções. Além disso, não devem extrapolar a previsão do texto constitucional para que haja maior equilíbrio entre eles.

Nesta linha de raciocínio, é certo que a carta magna prevê que a separação dos poderes necessária para a preservação do estado democrático de direito consagrado no artigo 1º da CRFB/88. Os direitos fundamentais como limitadores do poder estatal devem ser respeitados e garantidos aos indivíduos.

O direito à saúde quando judicializado enfrenta conflitos normativos frente a outros direitos fundamentais que também são necessários para a manutenção da vida digna dos cidadãos a ser promovido pelo Estado. Ao analisar o direito à saúde e o princípio da separação dos poderes, é nítido o peso do direito à saúde que é inerente ao direito à vida e por isso dever ser trabalhado pelas três funções para plena efetivação e proteção desses direitos aos indivíduos.

A judicialização do direito à saúde surge da inércia da administração pública em prover essa garantia constitucional. Na seara da responsabilidade, os entes federativos serão acionados para figurarem a parte passiva nas ações judiciais, no que tange a sua responsabilidade solidária prevista no artigo 23, II, "d", CRFB/88.

Além disso, há também a necessidade de analisar se os recursos disponíveis destinados à saúde são capazes de suprir com à assistência básica das pessoas, tendo em vista que são destinados à coletividade como um todo e não para casos individuais isolados. É certo que o orçamento não é ilimitado e que a escassez dos recursos é um ponto importante a ser debatido na seara da saúde já que um caso não pode ser levado como mais relevante que o outro. É como tirar o leito de um paciente para fornecê-lo a outro

necessitado, ou, ainda, destinar recursos para tratar de uma causa individual e não sobrar para outras causas coletivas.

À vista disso, frisa-se que judicialização do direito à saúde pode ser conflitante com os princípios consagrados pelo SUS, principalmente no que diz respeito ao tratamento com equidade.

Ao olhar para a ação judicial que busca a concessão do direito à saúde, o juiz segue a fundo o seu trabalho como garantidor da constituição e a justifica como fundamentação para aplicar o direito. Ocorre que a partir disso, o Estado começa a gastar mais dinheiro com remédios e tratamentos de saúde sem antes estudar se isso proporcionará tratamento igualitário entre pessoas ricas e pobres, já que normalmente é concedido de forma liminar.

Para mais, sabe-se que os medicamentos distribuídos e fornecidos de forma gratuita são previstos pelo SUS através das políticas públicas de saúde. Com a judicialização do direito à saúde de um medicamento não disponibilizado pelo SUS, por exemplo, esse poder do gestor de decidir sobre o fornecimento acaba passando ao usuário sem ao menos uma licitação.

### **ESTUDO DO CASO – RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS N. 855.178 E N 566.471**

Com a omissão do poder público, o fenômeno da judicialização do direito fundamental à saúde vem sendo alcançado como uma alternativa mais plausível pelos indivíduos para a concessão de tratamentos ou medicamentos não disponíveis no SUS ou não previstos no rol da ANVISA.

Pontua-se que o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial são inerentes aos direitos fundamentais e indispensáveis a serem observados para constituir uma decisão racional que deve observar estritamente fundamentos jurídicos. Não obstante, surge a necessidade de estipular parâmetros jurisprudenciais para grosso modo, “peneirar” as demandas judiciais que visam sanar deficiências na implementação de políticas públicas de saúde.

Ou seja, em que pese o cidadão ter a prerrogativa de buscar a tutela jurisdicional para concessão de medicamentos ou tratamentos, verifica-se que é necessário que estejam presentes critérios jurisprudenciais para deferir o fornecimento dos fármacos através da via judicial para melhor avaliar a situação de gravidade de cada caso concreto objetivando equidade.

A partir desse ponto, foram estipulados os seguintes parâmetros jurisdicionais no Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE para a concessão de medicamentos e tratamentos:

a) registro do medicamento na ANVISA; b) existência de motivação para não fornecimento de medicamento ou tratamento no âmbito do SUS, com prioridade daquela alternativa disposta no sistema, salvo ineficiência comprovada; c) proibição de autorização de tratamentos experimentais; d) tratamentos eficazes e não incorporados ao SUS serão exigidos judicialmente somente se houver impugnação individual ou coletiva da omissão, com prova de efetividade daquilo pleiteado.

Não obstante, tais parâmetros supracitados não foram suficientes para elaborar decisões judiciais racionais para conceder ou não a tutela. Um exemplo disso está nos Recursos Extraordinários n. 855.178 e n. 566.471, que tiveram a repercussão geral reconhecida pelo STF.

Sobre o RE. n. 566.471, o ponto crucial debatido foi o fornecimento de medicamentos de alto custo não disponibilizados pelo SUS. Alegou-se que a administração pública não está condicionada a fornecer remédios que custam valores exorbitantes, exceto em situações excepcionais.

Para tanto, foi sustentando pelo Ministro Marco Aurélio o tema do mínimo existencial frente ao orçamento público. Aqui, debateu-se dois pontos a serem refletidos: se o medicamento de alto custo pleiteado era de fato importante para a vida digna do usuário, que seria comprovado mediante perícia médica e a sua hipossuficiência em arcar com os custos do medicamento.

A respeito da prova da carência do autor, ficou a cargo dele demonstrar a indispensabilidade daquele fármaco para sua sobrevivência, não havendo possibilidade de ser substituído, bem como demonstrar que não possui condições financeiras para adquirir o remédio e que também é inviável receber ajuda familiar para dividir os gastos.

Combatidos os pontos contrapostos, será permitida que o poder judiciário conceda o fármaco diante da omissão estatal conforme preenchidos os seguintes parâmetros (ALMEIDA, 2019, p. 213)“.

“i) incapacidade financeira do doente, sem estender a avaliação à família; ii) demonstração de que não existe decisão expressa dos órgãos competentes sobre a rejeição da incorporação do medicamento; iii) inexistência de alternativa terapêutica incorporada ao SUS; iv) comprovação da eficácia do fármaco com base na medicina fundada em evidências; v) competência da União para decidir a lide; vi) existência de diálogo interinstitucional entre Judiciário e demais Poderes ou pessoas com expertise técnica. Por fim, o Ministro Fachin considerou a priorização de demandas coletivas, com a propositura de cinco parâmetros: a) comprovação de requerimento prévio administrativo; b) caráter preferencial da prescrição por médico da rede pública; c) a designação preferencial do remédio pela Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, não havendo, pela Denominação Comum Internacional (DCI); d) justificação da inexistência ou da inadequação do medicamento ou tratamento dispensado na rede pública; e) em caso de negativa do SUS de fornecimento do bem ou serviço, sua necessidade deve ser amparada em laudo médico que a aponte, o qual deve ser confeccionado com indicação dos efeitos e ancorado em estudos de medicina baseada em evidências, com comparação das eventuais alternativas incorporadas ao SUS.

Como visto, era conclusivo que o poder público não arcaria com medicamentos de alto custo não previstos no rol da ANVISA, uma vez que, comprometem de forma coletiva o orçamento atribuído aos milhões de usuários do SUS, e promovem despesas que atingem outras importantes áreas de responsabilidade da administração pública, como a educação pública, saneamento básico etc.

Com o RE n. 566.471, foi possível obter a concessão de fármacos de alto custo não previstos na relação da ANVISA para

um caso isolado excepcional, dispensando-se o argumento da despesa orçamentária escassa.

Assim, a parte autora conseguiu demonstrar em juízo a necessidade do uso do fármaco diante da comprovação dos requisitos estipulados - prova documentada da necessidade do paciente; laudo pericial indicando a eficiência do tratamento; inexistência de substituto terapêutico no SUS; incapacidade financeira do paciente, e teve o amparo financeiro da administração pública concedido na decisão.

Outro caso polêmico na seara do direito sanitário foi o RE n. 855.178. Aqui, a discussão foi sobre a reafirmação da responsabilidade solidária dos entes federativos em custear com tratamentos ou medicamentos de saúde dos necessitados, sendo possível que o polo passivo seja figurado por todos ou por um só, isoladamente ou conjuntamente.

Sobre a responsabilidade dos entes, já era expresso que as ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem uma rede única de saúde assegurando atendimento integral, na forma do artigo 198, da CRFB/88, garantida pela União, Estados e Municípios.

Pode-se definir integralidade do atendimento como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema, nos termos do art. 7º, II, da Lei n. 8080/90. Para mais, a integralidade no SUS engloba não só oferecimento gratuito de tratamentos de saúde aos necessitados, mas uma rede assistencialista como um todo composta por um sistema complexo de construções de postos de atendimento distribuídos demograficamente, a depender de cada situação socioeconômica, geográfica e epidemiológica dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, para prestar serviços com qualidade e reduzir os riscos de doenças e de outros agravos e prestar os atendimentos com qualidade.

Com isso, infere-se que é de extrema necessidade a ajuda com os gastos do SUS através dos repasses de verbas federais

funcionando como incentivo aos Municípios e Estados, ao passo que uma ação movida em face de um município de pequeno porte para custear um medicamento de alto custo afetaria bruscamente o seu orçamento. Não obstante, segundo o mesmo entendimento, é fato que o juiz da causa determinará o ressarcimento do ente responsável pelo ônus do atendimento.

A Lei Federal n. 8080/90, assim como a CRFB/88, instituiu a participação dos entes federativos na promoção integral da prestação de serviços de assistência à saúde da população, incluindo a conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos – art. 7º, XI, da Lei Federal n. 8080/90.

Portanto, se outrora o constituinte olhou para sua realidade na qual pessoas morriam pois não tinham condições financeiras de arcar com tratamento ou internações em hospitais e percebeu a necessidade de instituir o direito à saúde a ser fornecida pelo Estado, hoje em dia é visível que o direito fundamental à saúde está notoriamente presente na legislação brasileira de maneira asseverada para fazer jus ao seu papel de destaque no cumprimento desse direito social.

## CONCLUSÃO

Prima facie, diante de uma dura realidade marcada por moléstias e fatalidades que acometiam pessoas de baixa renda que não podiam comprar medicamentos ou pagar por tratamentos de saúde, o constituinte se viu obrigado a tomar providências acerca da necessidade de formular meios para combater tais calamidades e garantir uma vida digna as pessoas que mais precisavam de sua promoção.

Com isso, surgiu a regulamentação da responsabilidade do direito à saúde a cargo do Estado e, conseqüentemente, a alta demanda de recursos orçamentários e planejamento das diretrizes do SUS, que não são ilimitados. Assim, visando um olhar para a coletividade, o Estado passou a se dedicar a causas que compreendem riscos mais amplos e que sejam menos onerosos

para os cofres públicos. Em contrapartida, aqueles que se encontram diante de uma necessidade não contemplada pelo SUS, veem nas demandas judiciais a possibilidade de um cumprimento forçado do direito à saúde pelo Estado que é concedido por decisões fundamentadas em parâmetros jurisprudenciais estipulados pelos tribunais superiores.

Este trabalho se baseou na previsão constitucional do direito à saúde presente no artigo 6º e artigo 196 a 198, da CRFB/88, na lei federal n. 8080/90, na doutrina pátria, em artigos científicos cujos links constam nas referências, na jurisprudência atual e nos Recursos Extraordinários n. 855.178 e n. 566.471.

O objetivo foi realizar uma análise prática da concessão do direito fundamental à saúde frente à limitação de atuação do poder judiciário em relação aos poderes legislativo e executivo e como são formuladas as decisões a partir dos parâmetros estipulados para a sua concessão.

O resultado obtido foi que para a jurisprudência atual a interferência do poder judiciário nas questões relacionadas à assistência à saúde é um ato de proteção constitucional, e, portanto, não ofende a divisão funcional do poder político do Estado, ou seja, as ações judiciais que concedem medicamentos ou tratamentos são tidos como a regra, em que pese existem exceções, como medicamentos de altos custo não disponibilizados pelo SUS, por exemplo.

Ademais, a respeito dos parâmetros jurisprudenciais estipulados para concessão dos medicamentos pela via judicial, o resultado obtido foi que não são suficientes para proporcionar decisões racionais tendo em vista tratar de ações individuais com peculiaridades próprias sem antes analisar questões extrajudiciais que são afetadas e que deveriam ser previamente estudadas.

Nesse sentido, foram apresentados normas e princípios que vão de encontro ao fenômeno da judicialização do direito à saúde, como o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, o princípio da separação dos poderes e a teoria da reserva do

possível, visando maior extensão da assistência à saúde de forma igualitária a todos as pessoas, com ressalva ao coletivo.

Outro resultado obtido foi que mesmo em casos excepcionais, como por exemplo a necessidade de um medicamento de alto custo não disponibilizado pelo SUS, deve ser concedido o uso do medicamento pelo Estado, se presentes requisitos como a prova documentada da necessidade do paciente, o laudo pericial indicando a eficiência do tratamento, a inexistência de substituto terapêutico no SUS e a incapacidade financeira do paciente.

Atentando-se aos resultados obtidos, é nítido que o direito à saúde é imprescindível a vida digna das pessoas e deve ser promovido de maneira eficiente e responsável pela administração pública, que, em sua ausência, caberá ao poder judiciário honrar com a garantia da assistência à saúde sem que isso interfira no seu limite de atuação frente aos poderes legislativo e executivo.

Não obstante, em que pese esse direito constitucional como dever do Estado, faz-se necessário estudar cada caso concreto e avaliar se estão presentes os parâmetros supracitados indispensáveis para sua concessão. Assim, ao conceder o uso de medicamento ou tratamento para uma pessoa isolada, o juiz deve reconhecer que poderá faltar recursos para outras pessoas que buscam serem assistidas pelo SUS pois o orçamento disponível é escasso e se concentra na coletividade.

É conclusivo que para a doutrina majoritária e para a jurisprudência os requisitos exigidos para fundamental as decisões judiciais devem ser seguidas a regra, mesmo que não tenha um entendimento consolidado a respeito.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. Direito à saúde no Brasil: parâmetros normativos para densificação de um conteúdo mínimo. *Periodicos.unoesc.edu.br*. 2020. Disponível em: <https://portal.periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico>. Acesso em: 05 nov. 2022

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. A tutela “ponderada” do direito à saúde: proporcionalidade e o seu uso na defesa contra a insuficiência de proteção estatal. Belo Horizonte: Fórum, 2021. ISBN 978-65-5518-170-8

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. A judicialização do direito à saúde e a norma de proporcionalidade: o problema dos medicamentos e serviços não incorporados ao Sistema Único de Saúde e dos medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Direito, Estado e Sociedade* n. 55, p. 197 a 230. 201.

AMARAL, T. C. do. Reflexões sobre a responsabilidade solidária e o ressarcimento no Sistema Único de Saúde a partir da tese fixada em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica ESMP-SP*, V.16, 2019: 46 – 65. Disponível em: [file:///C:/Users/camilamel0/Downloads/410-](file:///C:/Users/camilamel0/Downloads/410-Texto%20do%20Artigo340340619.pdf)

[Texto%20do%20Artigo340340619.pdf](file:///C:/Users/camilamel0/Downloads/410-Texto%20do%20Artigo340340619.pdf). Acesso em: 30 mar. 2023

ASENSI, PINHEIRO, Felipe Dutra, Roseni. *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Coordenadores - Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/02/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>. Acesso em: 07 set. 2022

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, 34/11, abr./jun. 2009

BASTOS, P.R. H. de O; *Judicialização da saúde: aspectos legais e impactos orçamentários*. , *Argum.*, Vitória, v. 10, n. 1, p. 102-117, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://10.18315/argumentum.v10i1.18659>. Acesso em: 05 nov. 2022

BITTENCOURT, Gabriel. A judicialização de políticas públicas: a razoabilidade e proporcionalidade como parâmetros de controle legal. *Revista Digital de Direito Administrativo*. vol. 6, n. 2, p. 163 - 181, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/156023/154900>. Acesso em: 05 nov. 2022

BRASIL. Lei 8080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a

organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. 1990

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 566471. Relator: Ministro Marco Aurélio. Sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 30 mar. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 855.178 Sergipe. Relator: Min. Luiz Fux. 25 de fevereiro de 2015b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 30 mar. 2023

CALDEIRA; ROCHA, Rafaela Aparecida Marinho, Islane Archanjo. O dever estatal à saúde: a desobrigação do fornecimento de medicamentos de alto custo à luz do RE n. 566.471. Revista Interfaces Científicas. Aracaju. Vol. 08, n. 02, p. 329-34. 2020. Disponível em: <https://periodicos.grupotiradentes.com/direito/article/view/9336/4222>. Acesso em: 03 abr. 2023

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

COSTA TS. A judicialização da saúde: as decisões do Supremo Tribunal Federal frente ao princípio da separação dos poderes. Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2017 jan./mar, 6(1):139-152

EHRlich, Emerson Luis. O ativismo judicial em face da judicialização de questões ligadas à saúde: uma ofensa ao princípio da separação dos poderes. 2018. 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, 2018. Disponível em: <http://tede.upf.br/jspui/bitstream/tede/1722/2/2018EmersonLuisEhrlich.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2023

FERREIRA DE SOUZA. Lucas Daniel. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 1: 205-226, jan./jun. 2013.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201934>. Acesso em: 05 nov. 2022

GALIL, João Victor Tavares. Cofinanciamento estatal do SUS – RE 855,178 ED/SE. *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*. 2020. Disponível em: <https://www.r dai.com.br/index.php/rdai/article/view/366/389>. Acesso em: 05 nov. 2022

GUERRA, EMERIQUE, Sidney, Lilian Marcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. *Revista Faculdade de Direito de Campo, Ano VII, No 9 – Dezembro de 2006*. Disponível em: <http://fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista09/artigos/sidney.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2023

LEITE, BASTOS, Ivan Corrêa, Paulo Roberto. Judicialização da saúde: aspectos legais e impactos orçamentários. *Argum., Vitória*, v. 10, n. 1, p. 102-117, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://10.18315/argumentum.v10i1.18659>. Acesso em: 05 nov. 2022.

MAINGUÉ NETO, Wilson. O mandado de segurança e o direito à assistência à saúde. – Curitiba, PR: J.M. Livraria Jurídica Editora, 2011.

MASTRODI, FULFULE, Josué, Elaine Cristina de Souza. O problema da judicialização da saúde no Brasil: sugestão de novos rumos. *Quaestio Iuris*, vol. 10, n.02, p. 593-614, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/22425>. Acesso em: 05 nov. 2022

MARIANO, MAIA, Cynara Monteiro, Isabelly Cysne Augusto. Possíveis contribuições do estado de coisas inconstitucionais para efetivação do serviço público de acesso a medicamento de alto custo: análise dos recursos extraordinários no 566.471/rn e nº 657.718/mg. *Revista de Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. 2018. Disponível em: [https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/35990/1/2018\\_art\\_cmmariano.pdf](https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/35990/1/2018_art_cmmariano.pdf). Acesso em: 05 nov. 2022

NASCIMENTO, Luane Silva. *Direito à saúde: a limitação do intervencionismo judicial – São Paulo: Almedina, 2022*

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito à Saúde: garantia e proteção pelo poder judiciário. Revista de direito sanitário, vol. 2,*

n. 3, novembro de 2001. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/82757/85739>. Acesso em: 23 mar. 2023

OLIVEIRA, Maykon Henrique. A judicialização da saúde face ao princípio da separação dos poderes. Jus.com.br. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77120/a-judicializacao-da-saude-face-ao-principio-da-separacao-dos-poderes>. Acesso em: 07 set. 2022

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista Direitos Fundamentais & Justiça, n. 1, outubro-dezembro de 2007. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>. Acesso em: 20 mai. 2023

SEVERO, STURZA, Silvana Luiz, Janaina Machado. Direito a saúde e seus princípios norteadores: igualdade, proporcionalidade e reserva do possível. Revista de Direito da Faculdade Dom Alberto, v. 5, n. 1, p. 01-23, 2016. Disponível em: <https://revista.domalberto.edu.br/revistadedireitodomalberto/article/view/626/608>. Acesso em: 05 nov. 2022

SOARES, Rogério Guilherme E. Interesse Público, Legalidade e Mérito. Dissertação de Doutorado em Ciências Político-Económicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1995

SARLET, Ingo Wolfgang, STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (part1). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>. Acesso em: 13 out. 2022

TALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ÀVILLA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8a ed. São Paulo: Malheiros, 2008

VIEIRA, Victor Augusto. A proporcionalidade como critério limitador da intervenção do poder judiciário nas políticas públicas de saúde. Revista Digital FAPAM, v. 6, n. 6, 355/370, dez. 2015 Disponível em: <https://periodicos.fapam.edu.br/index.php/synthesis/article/view/124/121>. Acesso em: 05 nov. 2022

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 539-568, julho- dezembro de 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/5ScHqNs657gS9gsNhYcmFbg/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 20 mai. 2023

# A PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS DE OBRAS CRIADAS PELA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Caio Marques de Oliveira Robaldo  
Raquel Domingues do Amaral  
Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil  
Fernando Coelho Mirault Pinto

## INTRODUÇÃO

A inteligência artificial (IA) destaca-se por ser uma tecnologia transformadora que está revolucionando muitas áreas de nossas vidas. Com essa revolução surgem inúmeras questões legais levantadas em relação aos avanços tecnológicos, como por exemplo, em relação as invenções da IA e a propriedade intelectual (PI), pode-se obter direitos autorais para um trabalho gerado por IA? Quem seria o dono? Por quanto tempo existiriam os direitos autorais? Poderia ser reconhecida uma personalidade jurídica adequada?

Até recentemente, essas questões eram basicamente acadêmicas porque não havia muito mercado para conteúdo gerado por IA, mas isso está mudando rapidamente em razão da velocidade com que a IA está melhorando. Estas são, ou serão em breve, questões comercialmente importantes. A IA não está apenas jogando<sup>5</sup>, pesquisando coisas<sup>6</sup> e nos vigiando. Ela está fazendo diversos tipos de atividades básicas que até recentemente só podiam ser feitas por uma pessoa. Isso varia desde realizar pedidos em um restaurante até auxiliar a direção de carro em uma rodovia pública, por exemplo.

---

<sup>5</sup> Disponível em <https://www.istoedinheiro.com.br/vinte-cinco-anos-depois-de-ven- cer-no-xadrez-o-computador-ainda-precisa-dos-humanos/>. Acesso em 11 set. 2022.

<sup>6</sup> Disponível em <https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2022/08/13/pes- quisa-usa-inteligencia-artificial-para-verificar-se-alimento-e-organico-ou-possui- agrototoxicos.ghtml> acessado em 11 set. 2022.

Atualmente, apesar de uma IA ainda não poder dirigir com segurança um veículo de forma totalmente autônoma, na maioria das vezes ela já é mais segura do que um motorista humano. É provável que muito em breve, a IA será uma motorista melhor do que a maioria das pessoas o tempo todo<sup>7</sup>. De acordo com pesquisa do Observatório Nacional de Segurança Viária (ONSV), 90% dos acidentes de trânsito no Brasil são causados por erros humanos e de acordo com o relatório da PRF<sup>8</sup> custaram mais de 5.000 (cinco mil) vidas somente nas rodovias brasileiras em 2021.

Se a IA, ou melhor dizendo, quando a IA, superar a média dos motoristas humanos da mesma forma que superou as pessoas nos jogos de tabuleiro, por exemplo, isso melhorará drasticamente a maneira como vivemos.

Deve-se pensar também na criatividade, que seria uma habilidade até então exclusiva do ser humano, principalmente por envolver características, e pode-se afirmar que a IA está adquirindo esse “talento” para a criação de obras no campo das artes, o que até então era inimaginável. Inclusive não é de hoje que IA cria obras. Na música, por exemplo, já existem álbuns inteiros criados 100% por esta tecnologia<sup>9</sup>.

À medida que a música gerada por IA melhora ela ganhará mais audiência e em algum momento, teremos IA que pode compor exatamente a música que pessoas quiserem ouvir, isso vai ser incrivelmente disruptivo, porque uma vez que se tem uma IA que pode fazer boas músicas, pode-se tê-la produzido uma quantidade ilimitada de músicas e com quase nenhum custo de

---

<sup>7</sup> Disponível em <https://techxplore.com/news/2021-12-ai-method-self-driving-vehicles-drivers.html>. Acesso em 11 set. 2022.

<sup>8</sup> Dados Abertos da PRF – Português (Brasil) ([www.gov.br](http://www.gov.br)) Acesso em 11 set. 2022. inventividade.

<sup>9</sup> O dicionário OxfordLanguage define a criatividade como “inteligência e talento, natos ou adquiridos, paracriar, inventar, inovar, quer no campo artístico [...]”. Disponível em <https://languages.oup.com/google-dictionary-pt/>

produção. As músicas<sup>10</sup> poderão ser personalizadas em tempo real, melhorando seu humor ou acompanhando seu treino na academia. Isso vai ser competição emblemática para os músicos humanos da mesma forma que UBERs autônomos são para motoristas.

Atualmente, ainda no âmbito artístico e cultural, pessoas estão pagando “tokens não fungíveis” (NFT) que são basicamente dados armazenados em um livro digital que podem representar coisas como uma fotografia ou uma pintura, por exemplo. Alguns dos NFTs estão sendo vendidos por enormes quantias e foram geradas pela IA<sup>11</sup>. A criação de arte com IA será socialmente e economicamente disruptiva, assim como a IA fazendo música, e conseqüentemente resultará em mais em questionamentos jurídicos principalmente em relação aos direitos autorais.

Outra ferramenta relacionada a IA muito comentado em 2023 é o ChatGPT<sup>12</sup>, que é capaz de compor ensaios, escrever e-mails, criar histórias criativas inventivas, gerar código de programação e até mesmo elaborar documentos jurídicos. O ChatGPT essencialmente coleta informações sobre uma grande variedade de tópicos de toda a web e fornece as respostas de maneira concisa e conversacional e em muitas vezes utilizando-se de característica humanas inimagináveis até então, como a criatividade.

Normalmente quando uma pessoa faz uma pintura digital, o trabalho automaticamente possui uma proteção de direitos autorais praticamente no mundo todo. Isso impede que outra pessoa copie ou venda o trabalho durante a vida do autor, mas e se esse autor for uma IA? basicamente é uma página na internet que utiliza IA para criar desenhos e fotografias inéditas baseado no texto inserido pelo usuário.

Diante do exposto, seria a máquina de Inteligência Artificial poderá ser titular de direito autoral? Deste modo deve-se pôr em

---

<sup>10</sup> Disponível em <https://www.sciencefocus.com/science/ai-music-future/> acessado em 11 set. 2022

<sup>11</sup> Disponível em <https://hypescience.com/album-inteligencia-artificial/>

<sup>12</sup> Disponível em <https://chat.openai.com>

discussão a possibilidade da proteção de direitos autorais a ser concedida a agentes artificiais para que tais obras não sejam falsamente atribuídas aos seres humanos e acabarem distorcendo o objetivo dos direitos autorais e introduzindo assim sérias deturpações em nosso sistema jurídico e econômico, pois as legislações têm poucas posições inclusivas em torno da possível autoria de uma inteligência artificial e, portanto, dar-lhe personalidade jurídica, sob uma qualificação de personalidade limitada ou secundária pode incentivar a inovação e garantir os direitos autorais.

A reflexão acerca da inteligência artificial e propriedade intelectual é um tema muito importante a ser tratado o quando antes. Um caso recente da Siemens<sup>10</sup> é um bom exemplo disso. Esta empresa desenvolveu uma nova suspensão de carro e, portanto, queria patentear, mas determinou que não era possível porque um inventor humano não pôde ser identificado para um pedido de patente. Em suma, os engenheiros<sup>13</sup> “humanos” envolvidos afirmaram que o projeto foi gerado por uma IA e que nenhum deles participou diretamente para se qualificar como inventor.

Qualificar o inventor é mais importante em alguns países do que em outros, mas nos Estados Unidos, onde ocorreu o caso especificado, é uma ofensa criminal grave autonegar-se como inventor. Além disso, deixar de identificar todos os inventores de boa-fé pode tornar inviabilizar uma patente, ou seja, sem um inventor uma invenção não poderá ser patenteada.

Nesse contexto, o presente artigo apresenta um estudo sobre o tema, citando alguns casos recentes que envolveram a propriedade intelectual e inteligência artificial, e como uma nova personalidade jurídica poderá ser uma solução deste problema.

Pesquisa a história do direito privado, sujeito de direito, direito subjetivo e a criação de personalidade jurídica buscando

---

<sup>13</sup> Disponível em [https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial\\_intelligence/call\\_for\\_comments/pdf/org\\_siemens.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/call_for_comments/pdf/org_siemens.pdf). Acesso em 11 set. 2022

embasamentos éticos e morais que fundamentem uma nova personalidade jurídica.

Ressalta-se a importância de levantar e analisar casos relacionados com invenções produzidas por inteligência artificial para conhecer as legislações que regulam os direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual.

Assim, ao buscar soluções para garantir o incentivo e a inovação de obras criadas por Inteligência Artificial deve-se analisar a possível necessidade de atualização das regulamentações atuais para acompanhar o desenvolvimento da inteligência artificial de modo a garantir maior competitividade e segurança jurídica dos titulares de invenções.

A metodologia utilizada foi uma pesquisa bibliográfica, para obtenção do conhecimento aprofundado sobre o problema, usando abordagem descritiva, baseado na Constituição Federal, Código Civil, e Leis específicas de Propriedade Intelectual no Brasil e em outros Países. Atualmente o tema representa uma inovação no âmbito jurídico e comercial, e portanto, não foram encontrados muitos artigos, estudos doutrinários e legislações relacionado a este assunto, cenários este que deve se modificar em breve.

O objetivo foi conceituar a legalidade. Bem como descrever os problemas relacionados a casos concretos e analisado com base nas legislações atuais relacionadas ao tema, incluindo, mas não se limitando a normas e conversões internacionais, e discutir a soluções com análise de terminologias legal.

## **PERSONALIDADE E O DIREITO PRIVADO**

A perspectiva universal reconhece que todos os indivíduos são seres humanos e, do ponto de vista jurídico, uma pessoa é definida como um ente com direitos, obrigações e responsabilidades. O conceito de personalidade jurídica é frequentemente objeto de debate, principalmente quando se trata de entidades coletivas, como corporações, que não podem ser atribuídas a um único indivíduo.

Neste sentido é importante citar o jurista alemão Friedrich Carl Von Savigny que foi responsável pela introdução do termo “Pessoa Jurídica” em seu livro “Sistema do Direito Romano atual” em 1840.

Segundo a teoria proposta de Savigny, denominada “da ficção”, a personalidade de uma corporação é diferente daquela de seus membros individuais. Assim, qualquer alteração na composição não afeta a existência da corporação sendo fundamental reconhecer claramente o elemento de ficção jurídica presente nesse contexto.

Ainda no sentido do pensamento de Von Savigny, a inclusão da noção de pessoa jurídica encontra sua justificação teórica na doutrina da ficção jurídica conhecida como “ficto iuris”, aplicada aos eventos cotidianos. A pessoa jurídica é uma criação fictícia dos legisladores destinada a representar certas situações ou necessidades que não podem ser definidas de forma precisa, uma vez que precisam de uma reflexão prática em relação aos eventos realistas.

Assim, obteve-se o conceito de uma entidade jurídica e distinta de seus acionistas ou sócios e assim, se a empresa enfrentasse falência seus membros individuais podem permanecer financeiramente independentes, no sentido da necessidade do desenvolvimento do capitalismo. Ainda no sentido histórico quanto a personalidade, é importante ressaltar a história do pensamento jurídico ocidental, muito bem contribuída pelo jurista e filósofo francês Michel Villey.

De acordo com VILLEY, o pensamento jurídico ocidental passou por duas grandes correntes: a da “teoria da vontade” e da “teoria do espírito”. A primeira teoria dá ênfase à ideia de que o direito se fundamenta na vontade racional e autônoma de cada indivíduo. Nessa perspectiva, o direito é visto como uma construção humana racional que deve ser aplicada de forma igualitária e imparcial, no sentido adotado do filósofo alemão Immanuel Kant.

Já a segunda teoria, sustentada pelo filósofo Hegel, diz que o direito é uma expressão do espírito humano e refletindo a cultura

e os valores de uma sociedade em particular. Assim, o direito não pode ser reduzido a uma mera construção lógica, mas é moldado por fatores culturais, sociais e históricos.

Em relação ao surgimento do sujeito de direito, ocorrido nos séculos XII e XIII, está relacionado ao desenvolvimento da ideia de pessoa como um ente capaz de possuir direitos e obrigações. Essa noção evoluiu ao longo dos séculos e foi moldada por diversos fatores, incluindo a filosofia, o direito romano e a evolução das instituições sociais e tanto Duns Escoto quanto Guilherme de Ockham tiveram influências significativas no pensamento nessa época.

Atualmente a noção de sujeito de direito refere-se tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica. Os direitos subjetivos conferem aos sujeitos de direito a capacidade de reivindicar e exercer seus interesses e a criação da pessoa jurídica é um importante aspecto do direito, permitindo que entidades coletivas sejam reconhecidas como sujeitos de direito, com personalidade jurídica e capacidade legal para participar plenamente no sistema jurídico.

O surgimento do sujeito de direito é um processo complexo que se desenvolveu ao longo da história, envolvendo influências filosóficas, jurídicas e sociais e essa discussão parece não ter acabado frente as inovações, como as da Inteligência Artificial, principalmente alavancado pelo capitalismo.

## **ÉTICA E MORAL NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL**

Considerando que a criação de uma pessoa jurídica é um ato de vontade, deve-se ponderar limites, visto que antes do direito está a ética. As questões legais e éticas que a sociedade enfrenta devido à IA incluem privacidade, vigilância e discriminação sendo potencialmente o desafio filosófico o papel do julgamento humano. Atualmente, não há regulamentações bem definidas para abordar as questões legais e éticas que podem surgir devido ao uso de inteligência artificial, e um dos principais pontos de discussão neste sentido é o aspecto da responsabilidade.

Por exemplo, quando uma entidade de IA autônoma causa danos ou comete atos ilícitos, é importante determinar quem é responsável por essas ações. Se uma entidade de IA é considerada uma pessoa jurídica, então a responsabilidade pode ser atribuída a ela e, potencialmente, a seus criadores, proprietários ou operadores. Além disso, a ética relacionada à personalidade jurídica e à IA envolve considerações sobre privacidade, segurança, equidade e distribuição de benefícios. As legislações e as diretrizes éticas ainda estão em desenvolvimento no mundo todo nesse campo e devem requer debates amplos e participativos envolvendo especialistas em ética, juristas, pesquisadores em IA e a sociedade em geral.

## **FUNDAMENTOS, DEFINIÇÕES E PILARES DA I.A.**

De acordo com Wachmowicz e Gonçalves (2019), os três elementos principais e fundamentais que regem o funcionamento de uma aplicação de IA são: “seu algoritmo, o hardware em que ele é executado e os dados e as informações utilizadas nele”.

Neste contexto é importante conceituar o algoritmo que pode ser definido como uma sequência de instruções matemáticas com capacidade de ter um raciocínio lógico artificial com o objetivo de ter um resultado para resolver um problema ou até mesmo executar tarefas a partir de um banco de dados existente (REIS, 2020). Machine Learning (ML), ou em português “aprendizado de máquina” está dentro de um conceito amplo de inteligência artificial. ML teve o início do seu desenvolvimento nos anos 80 e entra na história como sendo um dos primeiros passos para a viabilidade do uso da IA. Esta tecnologia pode ser definida como “aprendizado de máquina é um sistema que pode modificar seu comportamento autonomamente tendo como base a sua própria experiência.

Em suma, os algoritmos são alimentados com dados e aprendem a tomar decisões e previsões e podendo realizar ações autônomas que por muitas vezes seus resultados são imprevisíveis para o desenvolvedor. No presente artigo, faz-se referência às

criações de IA através dos algoritmos de Machine Learning e ao analisá-los sob o aspecto do funcionamento técnico dessa tecnologia e a incidência de intelecto humano nesses novos produtos pode-se determinar e definir em quais casos são criações de computadores suscetíveis a serem protegidas por direitos autorais e quais são criações de computadores que não constituem obras e podem ser protegidas por outros campos da lei. (RODRIGUES 2022; KAC, 2022).

## **PROTEÇÃO CONTRA PROPRIEDADE INTELECTUAL**

Para discutir sobre a proteção dos direitos autorais de obras criadas pela inteligência artificial no Brasil, é necessário passar pelos elementos e requisitos necessários para a proteção desses direitos de acordo com as legislações vigentes. Cumpre-se salientar que no Brasil existe a chamada Convenção de Berna, a Constituição Federal (5o, incisos XXVII, XXVIII), a Lei 9.609/98, que trata da proteção da propriedade e a comercialização do programa de computador e a Lei 9.610/98, conhecida como a Lei de Direitos Autorais (LDA), que determina os direitos autorais.

Quanto aos temas relacionados à IA, estes serão elaborados neste artigo e serão abordados na perspectiva dos Direitos Autorais, principalmente nos casos em que seus produtos são considerados de natureza artística e/ou literária. Porém nem sempre é assim porque a IA pode ser usada para resolver problemas de todos os tipos, até mesmo aqueles de natureza técnica e científica, e seus produtos podem ser projetos industriais, invenções, entre outros.

Nesse sentido, as invenções e produtos de IA têm potencial para serem implementados para proteção da propriedade industrial. Para apoiar isso, os campos de proteção da lei de patentes, tanto modelos de invenção quanto de utilidade, são abordados, determinando seus critérios de proteção de forma geral e possível conformidade por produtos de IA e posteriormente segredo comercial.

## OBRAS CRIADAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Ao questionar sobre o direito autoral e obras criadas por inteligência artificial a problemática se torna mais evidente quando se verifica as iniciativas criativas que ocorreram no passado. Uma das principais dificuldades para proteger obras geradas pela IA pode ser a falta de um criador humano. Esta questão foi explorada por um desenvolvedor de IA chamado Stephen Thaler através de seus esforços para patentear e criar direitos autorais geradas por um sistema de IA chamado DABUS. Neste caso a USPTO rejeitou os pedidos argumentando que não havia um humano que pudesse ser nomeado como inventor.

Em outro caso, no projeto chamado “THE NEXT REMBRANDT14”, por exemplo, por meio de um algoritmo inteligente, foram analisadas 346 obras de Rembrandt, que foi um pintor holandês famoso nascido no século XVII para identificar os padrões artísticos específicos das criações deste artista, como o rosto, a íris dos olhos, ângulos e até acessórios de cada pessoa retratada por ele. A partir da identificação do padrão das pinturas de Rembrandt, com a utilização da impressão 3D, a inteligência artificial produziu novas obras com traços característicos das obras originais, respeitando até mesmo os relevos das tintas utilizadas.

Há também uma interessante obra artística criada por IA que conhecida como “EDMOND DE BELAMY15”. Esta obra de arte foi leiloadada por \$432 mil dólares e foi criada por um grupo de arte da França que alimentaram o banco de dados da inteligência artificial com mais de 15 mil fotos dos séculos 14 a 20. Após isso, o algoritmo buscava diferenças entre as fotos produzidas pelo sistema e as artes originais, até que não fosse possível realizar a distinção entre elas.

Em 2020, um algoritmo<sup>16</sup> de machine learning ajudou os pesquisadores a desenvolver um antibiótico que funciona contra muitos patógenos. A inteligência artificial também está sendo usada para ajudar no desenvolvimento de vacinas, design de medicamentos, descoberta de materiais, tecnologia espacial e design de naves. Dentro de alguns anos, inúmeras invenções

poderiam envolver IA e isso está criando uma das maiores ameaças que os sistemas de patentes enfrentaram.

Nos exemplos citados, a tecnologia é utilizada apenas como meio, facilitando e melhorando o trabalho do autor, porém o poder de criação e direção pertencem ao ser humano. Todavia na perspectiva do direito autoral, o ponto central da questão são aquelas obras criadas autonomamente por softwares inteligentes não havendo intervenção humana no controle da criação.

## **O RECONHECIMENTO DE UMA PERSONALIDADE JURÍDICA ADEQUADA**

A concessão de personalidade jurídica para as IAs pode ser um tema polêmico, considerando que esta é habitualmente associada aos seres humanos e não a outras formas de entidades. De acordo com Anderson Schreiber, “a personalidade jurídica é a imagem e semelhança das pessoas naturais”. Neste sentido, ao reconhecer a personalidade aos seres vivos não humanos e no sentido da evolução tecnológica contemporânea, pode-se pensar também na possibilidade de outros tipos de personalidades.

No caso das IAs, isso implicaria em conceder-lhes uma espécie de "personalidade artificial" e assim poderia ser uma forma de disponibilizar direitos e obrigações, permitindo que possam ser reconhecidas como titulares de direitos autorais, por exemplo. No entanto, a questão é controversa e levanta muitas dúvidas em relação ao reconhecimento da autoria das obras produzidas por IAs, bem como a sua regulação e supervisão.

Há de se considerar também que no direito brasileiro, existe a possibilidade de personalidade limitada e capacidade civil reduzida para certas pessoas, como os menores de idade e as pessoas com deficiência mental ou intelectual. Essas pessoas possuem capacidade civil reduzida em relação aos adultos, o que significa que elas não podem exercer certos direitos e assumir algumas obrigações.

Neste sentido a personalidade da IA poderia ter personalidade jurídica, porém de forma mitigada, como o caso da Bélgica que aplicam um sistema legalista segundo o qual apenas a lei determina quais entidades são pessoas jurídicas e que, desde que certas condições sejam cumpridas, a IA pode adquirir uma personalidade jurídica.

Assim, algumas questões importantes deveriam ser debatidas como por exemplo as datas de início e término da personalidade jurídica da IA, a determinação de seus ativos e a possível responsabilização de outras pessoas pela IA. É importante ressaltar que na presente hipótese, não significaria que a nova personalidade seria semelhante a um ser humano, que teria um livre-arbítrio, consciência ou que deva gozar de todos os direitos concedidos aos seres humanos, pois teria limitações.

No entanto, também aqui há que ter presente que a personalidade jurídica é um conceito técnico e não um atributo humano e que a sua concessão não depende de qualquer juízo de valor, mas apenas do pressuposto de que promoverá em geral o bem-estar comum e, em particular, os objetivos prosseguidos pelo legislador.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A proteção de patentes deve estar disponível para trabalhos gerados por IA porque incentivará a inovação. A perspectiva de deter uma patente não motivará diretamente uma IA, mas incentivará algumas das pessoas que desenvolvem, possuem e usam IA. Permitir patentes sobre obras geradas por IA, portanto, pode promover o desenvolvimento de IA inventiva, o que resultará em mais inovação para a sociedade.

Além disso, as patentes podem promover a divulgação de informações e a comercialização de produtos com valor social. As patentes para trabalhos gerados por IA poderão cumprir esses objetivos, bem como quaisquer outras patentes. Por outro lado, não permitir a proteção de invenções geradas pela IA significaria que,

no futuro, as empresas podem não ser capazes de usar a IA para inventar, mesmo quando ela se torna mais eficaz do que as pessoas na resolução de certos problemas.

Listar uma IA como inventor não seria uma questão de fornecer direitos às máquinas, mas protegeria os direitos morais dos inventores humanos tradicionais e a integridade do sistema de patentes, até mesmo porque em muitas vezes o inventor de uma patente não é necessariamente seu proprietário.

Tanto na propriedade intelectual como em muitas outras áreas do direito, o fenômeno da IA entrando no lugar das pessoas promete ser profundamente disruptivo e esta tecnologia se comportando de maneira semelhante à humana desafiará os padrões legais existentes projetados para regular o comportamento das pessoas. O ponto chave para saber se a inteligência artificial pode se tornar um sujeito legal não é se a inteligência artificial pode receber direitos e pode assumir obrigações, mas se a inteligência artificial deve receber direitos e assumir obrigações.

Ao discutir esta última hipótese, a questão fundamental é se ela está alinhada com o objetivo final do interesse humano a longo prazo principalmente em relação ao valor central do ser humano como sujeito de direito.

Neste sentido, se a propriedade intelectual gerada pelo sistema de inteligência artificial não fosse atribuída a ninguém e se tornasse de domínio público, isso poderia reduzir os estímulos para os processos de desenvolvimento.

Devido às contínuas inovações tecnológicas e disruptivas da era digital, as criações desenvolvidas no campo da inteligência artificial enfrentam diversos desafios em relação à proteção legal, como mencionado anteriormente. No entanto, a criação de um regime jurídico especial ou de uma legislação conexa específica pode oferecer novas abordagens para proteger essas criações e permitir sua exploração econômica, em conformidade com os tratados internacionais e a legislação convencional que regem o assunto.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ana Catarina de. *Inteligência Artificial, Ética e Direito: Guia Prático para Entender o Novo Mundo*. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620339. Acesso em: 28 mai.2023.

\_\_\_\_\_. AI is about to shake up music forever – but not in the way you think | BBC Science Focus Magazine Acesso em 11 set. 2022.

\_\_\_\_\_. Artificial Intelligence and Intellectual Property: copyright and patents - GOV.UK ([www.gov.uk](http://www.gov.uk)). Disponível em <https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-ip-copyright-and-patents/artificial-intelligence-and-intellectual-property-copyright-and-patents>. Acesso em 11 set. 2022.

\_\_\_\_\_. Australia clarifies its position on AI inventorship ([allens.com.au](http://allens.com.au)). Disponível em <https://www.allens.com.au/insights-news/insights/2022/04/Australia-clarifies-its-position-on-AI-inventorship/>. Acesso em 12.09.2022.

AWSON, Alastair. Selfie de macaco vira alvo de disputa sobre direitos autorais. BBC News. Set., 2015. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150926\\_selfie\\_macaco\\_polemica\\_lgb](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150926_selfie_macaco_polemica_lgb). Acesso em 12 set. 2022

BARCAROLLO, Felipe. *Inteligência Artificial: Aspectos Ético-Jurídicos*: Grupo Almedina (Portugal), 2021. E-book. ISBN 9786556272801. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272801/>. Acesso em: 28 mai. 2023.

BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade Intelectual: direitos autorais, direitos conexos e software*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. Lei No 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Direito autorais.

BRASIL. Marco Civil da Internet. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. CHATGPT. [S. l.], 1 nov. 2022. Disponível em: <https://chat.openai.com/>. Acesso em: 21 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. ConJur - Rafaela Guerrante: IA e escritórios de propriedade intelectual. Disponível em <https://www.conjur.com>.

br/2022-jul-25/rafaela-guerrante-ia-escritorios-propriedade-intele  
ctual. Acesso em 12.09.2022.

\_\_\_\_\_. Dados Abertos da PRF – Português (Brasil)  
(www.gov.br) Acesso em 11 set. 2022 Vinte cinco anos depois de  
vencer no xadrez, o computador ainda precisa dos humanos -

\_\_\_\_\_. ISTOÉ DINHEIRO (istoedinheiro.com.br). Disponível em  
[https://www.istoedinheiro.com.br/vinte-cinco-anos-depois-de-ven-  
cer-no-xadrez-computador-ainda-precisa-dos-humanos/](https://www.istoedinheiro.com.br/vinte-cinco-anos-depois-de-ven-<br/>cer-no-xadrez-computador-ainda-precisa-dos-humanos/). Acesso  
em 11 set. 2022.

\_\_\_\_\_. \_New AI method makes self-driving vehicles better  
drivers (techxplore.com) Acesso em 11 set. 2022.

\_\_\_\_\_. \_Inteligência artificial compôs e produziu um álbum  
inteiro (hypescience.com) Acesso em 11 set. 2022.

IBM. Artificial Intelligence (AI). Disponível em  
<https://www.ibm.com/cloud/learn/what-is-artificial-intelligence>  
Acesso em 11 de maio de 2023

KANT Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes.  
Tradução: Paulo Quitela. Lisboa: Edições 70, 2005.

\_\_\_\_\_. \_Oxford Languages and Google - Portuguese | Oxford  
Languages (oup.com) Acesso em 11 set. 2022.

RODRIGUES, David F.; KAC, Larissa Andréa C.; ARRUDA,  
Vinicius Cervantes G. Propriedade intelectual e revolução  
tecnológica. Grupo Almedina (Portugal), 2022. E-book. ISBN  
9786556274973. Disponível em: [https://integrada.minhab  
iblioteca.com.br/#/books/9786556274973/](https://integrada.minhab<br/>iblioteca.com.br/#/books/9786556274973/). Acesso em: 15 set.2022.

REIS, Paulo Victor A. Algoritmos e o Direito. GrupoAlmedina  
(Portugal), 2020. E-book. ISBN 9788584935673. Disponível em:  
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935673/>.  
Acesso em: 06 nov.2022.

VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. São  
Paulo. Martins Fontes, 2005.

ZARYA of the Dawn: Registration # VAu001480196. San Antonio,  
TX, 21 fev. 2023. Disponível em: [https://copyright.gov/docs/zarya-  
of-the-dawn.pdf](https://copyright.gov/docs/zarya-<br/>of-the-dawn.pdf). Acesso em: 1 abr. 2023.



# AS CONQUISTAS LEGISLATIVAS EM TORNO DA PROTEÇÃO ANIMAL CONTRA MAUS TRATOS

Andréia Batista  
Raquel Domingues do Amaral  
Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil  
Fernando Coelho Mirault Pinto

## INTRODUÇÃO

Os animais sempre se fizeram presentes em nossa sociedade. Muitas pessoas os consideram como membros da família, respeitando, cuidando e zelando. No entanto, existem aquelas pessoas que por diversos motivos cometem crimes de maus-tratos contra esses seres, porque acreditam ser superiores a eles. É visível o aumento do número de casos de violência, principalmente contra os animais domésticos.

Porém, é visível o quanto o envolvimento dos seres humanos com os animais se faz presente e isso foi importante para a evolução das leis que tratam de sua proteção, denominando-os de seres vivos dotados de consciência. Atualmente, países como, por exemplo, a França, Portugal, Espanha, Suíça e Alemanha, mudaram seus Códigos Civis para retirar os animais da categoria jurídica de meras coisas (SOUZA; GOMES, 2020).

Em virtude disso, escolheu-se essa temática, pois se torna fundamental conhecer mais profundamente a legislação que protege os animais domésticos, domesticados e silvestres contra a violência e maus-tratos, compreendendo a importância das políticas públicas destinadas à proteção animal. Sendo assim, considerando as mudanças e o surgimento de novas legislações, que tratam dos direitos dos animais, bem como o aumento de casos de maus-tratos animais, a pesquisa teve como problema: Qual a legislação em vigor que trata sobre a proteção contra maus-tratos animais?

Como objetivo geral, investigou-se a legislação vigente em âmbito nacional em defesa da proteção de direitos aos animais, e a importância de um novo olhar, na busca de "descoisificar" esses seres por meio de propostas de leis que defendam os animais como sujeitos de direito.

A metodologia utilizada foi a pesquisa de natureza aplicada, com abordagem qualitativa e objetivos descritivos, assim como, procedimentos técnicos do tipo bibliográfico e documental. Já os materiais, foram de fonte impressa ou disponibilizado na internet, utilizando como coleta de dados o levantamento de informações, baseadas em livros, teses, dissertações e artigos de periódicos, bem como a legislação que trata sobre a temática.

A busca pela literatura utilizada se deu por meio de pesquisas realizadas em bases de dados das principais revistas científicas eletrônicas, entre elas: Scientific Electronic Library Online (SCIELO), Periódicos Capes, Banco de Teses e Dissertações (BDTD). O recorte temporal contemplou referências do período de 2004 a 2022, porém, referências anteriores a essa data foram utilizadas por se tratar de material relevante para a pesquisa.

A seguir é apresentado o desenvolvimento do trabalho, o qual está disposto em três tópicos, sendo que no primeiro é abordado a situação dos animais na sociedade, averiguando a possibilidade de serem tratados como sujeitos de direito. No segundo tópico, buscou-se debater sobre o sistema jurídico brasileiro da proteção contra maus-tratos animais; e no terceiro tópico refletiu-se sobre a aplicabilidade da Lei nº 9.605/1998 que trata sobre os crimes ambientais e as alterações trazidas na Lei nº 14.064/20.

## **OS ANIMAIS NA SOCIEDADE COMO SUJEITOS DE DIREITO**

Em primeiro lugar, para compreender melhor o tema, é necessário analisar o conceito da palavra direito na concepção de alguns doutrinadores. Reale (2002) aponta três aspectos importantes do significado da palavra direito, sendo: normativo,

fático e axiológico. O aspecto normativo refere-se à ciência, no qual o direito é visto como ordenamento. Já em relação ao aspecto fático, se relaciona ao contexto social e histórico, tendo o direito como um fato. E por fim, quanto ao aspecto axiológico, o direito assume o valor de justiça.

Portanto, a palavra direito assume um aspecto tridimensional, ou seja, para se ter um conceito completo, é necessário que os três aspectos estejam intrinsecamente ligados, no qual um sem o outro não tem valor. Isso quer dizer que, sempre que ocorrer um fenômeno jurídico, os três aspectos estarão incluídos, surgindo assim o direito.

Nesse contexto, é relevante citar Siqueira Júnior (2019, p. 25), no qual ele aponta em sua obra que:

Não existe dificuldades em estabelecer uma definição nominal da palavra direito. A palavra direito provém do latim *directum, rectum*, que significa direito, reto, aquilo que é conforme uma régua, e sucessivamente designando aquilo que é conforme a lei, a própria lei, conjunto de leis, ciências que têm por objeto as leis. O vocábulo do latim *directum* apresenta variações semânticas em quase todas as línguas – *Derecho* (espanhol), *Diritto* (italiano), *Droit* (francês), *Recht* (alemão), *Right* (inglês), *Dreptu* (romeno), *Drep* (catalão), *Ret* (dinamarquês), *Ratt* (sueco), *Rett* (norueguês) e *rétt* (islandês).

Rudolf Von Illhering define Direito em dois sentidos, sendo um objetivo (conjunto de princípios jurídicos aplicados pelo Estado para se manter a ordem legal) e o subjetivo (Direito concreto aplicado a cada pessoa). Da mesma forma Thomas Marky define Direito como duas normas, a norma *agendi* (direito objetivo) e a *facultas agendi* (direito subjetivo) e Paulo Dourado de Gusmão define em três sentidos: i) direito objetivo, como regra de conduta obrigatória; ii) ciência do direito, como sistemas de conhecimentos jurídicos; iii) direito subjetivo, como faculdades ou poderes da pessoa, sendo seus direitos por lei (CASSAN, 2018).

A partir do que foi apresentado, percebe-se que existem vários entendimentos sobre o que significa o direito, sendo que o foco que se tem aqui é sobre o direito subjetivo, tendo em vista que nosso

trabalho almeja apresentar a possibilidade de os animais serem reconhecidos como sujeitos de direitos. Por isso, as discussões atuais em torno da proteção animal, que buscam a criação de leis e normas, bem como alterações de outras já existentes, é muito importante, no intuito de protegê-los contra maus-tratos.

Doutrinadores clássicos trazem diversas definições de sujeitos de direitos. Beviláqua (1980, p.58), define sujeito de direito como sendo “o ser, a que a ordem jurídica assegura o poder de agir contido no direito”. Já para Monteiro (1988), quando se refere a pessoa, esta já é o sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica. Diniz (1993) teoriza como sendo, o ente físico ou coletivo que são suscetíveis de receber obrigações e direitos. Para Gomes (1998) os sujeitos de direito são pessoas a qual a lei classifica como aqueles que são seres pensantes e que agem, com capacidade para exercer poderes e cumprir deveres.

Os sujeitos de direito são considerados aqueles que podem se usufruir dos direitos e deveres, são pessoas naturais ou jurídicas, que são autorizadas, como realidades técnicas, a praticarem atos jurídicos de vida civil. Isso pode ser visto no código civil, o qual cita que toda pessoas têm a capacidade de ordem civil, com direitos e deveres, sendo estes constituídos aos nascituros, ou seja, desde que são concebidos (BRASIL, 2002).

Assim, compreende-se que sujeitos de direito são todos que têm reconhecidas a personalidade civil e a capacidade, sendo pessoas naturais, homens e mulheres nascidas com vidas; nascituros, seres humanos em gestação no útero e pessoas; jurídicas, empresas públicas e privadas, cooperativas, fundações, entre outros.

Beviláqua (1980) e Monteiro (1988) traz uma distinção entre o que é pessoa e o que é sujeito. Para estes doutrinadores, pessoa pode ser ativa ou passiva, enquanto sujeito de direito seria a pessoa em sua forma ativa, “sujeito de direito é o homem e, em razão dele e por causa dele, é que o direito se constitui” (BEVILÁQUA, 1980, p.58). Portanto, segundo a doutrina jurídica clássica, no qual afirma que os sujeitos de direito são pessoas, as coisas consideradas

inanimadas e os animais, considerados objetos, não se enquadram como sujeitos de direito.

No entanto, conforme Noirtin (2010) essa concepção clássica baseada no antropocentrismo e na ideia do ser humano como o único capaz de assumir os direitos e obrigações vem sendo muito discutida e está evoluindo no sentido de se reconhecer os animais como sujeitos de direito. Mesmo que exista a percepção por parte de alguns juristas de que os animais se enquadram em um direito especial de proteção, busca-se considerá-los não apenas como um bem móvel ou propriedade, mas sim como sujeitos de direitos, aos quais deve ser atribuído valor intrínseco não com base no falar e no pensar, mas também pelo fato de sofrerem e sentirem.

Portanto, atualmente existe uma discussão ética e jurídica em torno da elevação dos animais à categoria de sujeitos de direito. A Constituição Federal de 1988 trata os animais silvestres como bem de uso comum do povo (art.225) e para o Código Civil de 2002 os animais domésticos são considerados objetos (art.82). Desse modo, demonstra-se fundamental propor uma reflexão crítica sobre essa visão normativa antropocêntrica.

Autores, tais como Singer (2004) e Noirtin (2010) defendem a ideia de reconhecer os animais como sujeitos de direito, destacando que a categorização dos animais como objeto ou coisas é um preconceito indefensável, que se compara ao racismo, pois os considera como fora da consideração moral. Lourenço (2008), ao defender sua tese sobre o animal sujeito de direito, destaca que é importante diferenciar o que seria os sujeitos de direitos personificados e despersonificados, sendo que dentre o primeiro, cita-se as pessoas humanas e jurídicas, e os sujeitos de direitos despersonificados (não-personificados), são classificados em despersonificados humanos (embrião) e os não-humanos (os animais).

Amaral (2021) propõe a existência de uma dignidade biológica, que denomina de biodignidade, para sustentar o valor intrínseco e a personalidade jurídica dos animais. Defende a possibilidade de fundamentar o conceito jurídico de biodignidade,

do qual desdobra a personalidade jurídica dos animais, no princípio da harmonia com a natureza, implícito no art. 225 caput, da CF/88, atribuindo-lhe uma função integrativa do ordenamento jurídico, que possibilita o reconhecimento da personalidade jurídica dos seres não humanos e, assim, dos animais, sem enfraquecer os direitos humanos já conquistados.

O conceito de biodignidade defendido por Amaral (2021) tem suas bases filosóficas e éticas na Teoria da Evolução Criadora, de Henri Bergson, para o qual “o vegetal e o animal descendem de um antepassado em comum, que originalmente tinha as mesmas tendências, mas, não obstante, devido às diferentes formas de nutrição, seguiram caminhos evolutivos diversos” (AMARAL, 2021, p. 24).

Desse modo, a partir do conceito de biodignidade, como uma dignidade que não se fundamenta na linguagem e nem na racionalidade, como defendeu Kant, mas no próprio impulso para vida, propõe que se reconheça valor intrínseco aos animais e, por conseguinte, uma personalidade jurídica compatível com sua dignidade biológica. Só assim, destaca a autora, os animais não humanos poderão ter verdadeiramente seus direitos respeitados para gozarem de uma vida plena, que seja compatível com o princípio de harmonia com a natureza (AMARAL, 2021).

Em linha semelhante, Dias (2006, p.25) argumenta que:

[...] o fato de o homem ser juridicamente capaz de assumir deveres em contraposição a seus direitos, e inclusive de possuir deveres em relação aos animais, não pode servir de argumento para negar que os animais possam ser sujeitos de direito. É justamente o fato dos animais serem objeto de nossos deveres que os fazem sujeitos de direito, que devem ser tutelados pelos homens.

Portanto, por serem incapazes de exercer seus atos da vida civil e de se representar em juízo, os animais titulares de direitos não-humanos são protegidos na legislação brasileira, a qual já lhes conferem a proteção por meio de seus representantes legais, como uma decorrência da própria Constituição Federal de 1988.

Todavia, para a efetivação desses direitos é necessária a mudança do status jurídicos dos animais para sujeitos, pois tratar os animais como bem de uso comum do povo e como objetos, apenas reforça a condição de dominância que o ser humano acredita ter sobre eles. Isso pode ter vindo de várias circunstâncias, tais como o antropocentrismo, no qual se acredita que os homens, por serem racionais, são superiores aos demais seres vivos, em razão de sua hierarquia; bem como as crenças vinda do cristianismo que apoia essa visão, moldando as diversas culturas e sociedades pelo mundo (PASTOUREAU, 2010).

Definir animais como “coisas” para alguns pesquisadores é totalmente errado, visto que são seres que têm comprovado sua existência de vida não apenas no plano moral e psíquico, mas também nos aspectos biológico e mecânico, sendo considerados seres viventes e sencientes, e isso por comprovação científica (DIAS, 2006; RODRIGUES, 2012). Portanto, os animais devem ser reconhecidos como sujeitos de direitos não com base na inteligência e no raciocínio, mas pelo fato de serem dotados de consciência, pois sofrem dores e sentem alegrias, não como os humanos, mas conforme seu modo. Sendo assim, não devem ser considerados simples objetos conforme descrito no art. 82 do Código Civil, devendo ser protegidos contra qualquer tipo de violência.

Essa falta de adequada consideração ética e jurídica dos animais pelo antropocentrismo jurídico, tem trazido grandes impactos e discussões no ordenamento jurídico, levando a decisões judiciais e administrativas controversas sobre seus direitos, podendo ser até abatidos sem prévia autorização. Destaca-se que pela classificação, conforme os termos do art. 82 do Código Civil, os animais domésticos são meros bens semoventes passíveis de direitos reais, e os animais silvestres têm sua classificação como bem de uso comum (DIAS, 2006). Nessa linha, apesar de receberem a proteção das leis ambientais, continuam na posição ética de coisas.

Enquanto os animais forem tratados pelo ordenamento jurídico como coisas, com mero valor instrumental, não desfrutarão de uma relação ética com os seres humanos, uma vez que, como

destaca Amaral (2021), entre sujeito e objeto não existe relacionamento ético, mas apenas juízo de conveniência e oportunidade. Uma relação ética e respeitosa só é possível entre sujeitos, com valor intrínseco. Desse modo, se os animais continuarem a ser tratados como coisas, por mais que as leis ambientais os protejam, não estarão protegidos de fato pela comunidade dos humanos, tendo em vista que esta continuará os vendo apenas com valor instrumental (AMARAL, 2021) a serviço de seus caprichos.

Como se vê, a natureza jurídica dos animais se tornou um grande obstáculo para criar medidas mais específicas, pois a visão antropocêntrica e o senso popular ainda consideram os animais como bens inferiores, sem sentimentos, comandados pelo homem de acordo com suas vontades, sendo que os direitos conquistados contra maus-tratos são vistos como direitos indiretos, ou seja, como uma decorrência do direito de propriedade do ser humano.

Portanto, a discussão sobre o status jurídico dos animais passa pela superação dessa visão antropocêntrica, principalmente após descobertas científicas no sentido de que os animais são seres sencientes, ou seja, que percebem pelos sentidos (LOURENÇO, 2013). Mesmo que no ordenamento jurídico nacional a concepção antropocêntrica ainda se faça presente, existem propostas que defendem a titularidade de direitos pelos animais, com a redução dessa desigualdade jurídica entre humanos e os animais não humanos.

De acordo com a teoria da biodignidade, os animais tem sua personalidade biológica, além disso, apresentam sentimentos e emoções, que, segundo Amaral (2021), devem ser considerados, pois apresentam a capacidade de se expressar afetivamente, sendo algo complexo notado até na forma de se acasalarem, no amor materno e afetos familiares. “Essa capacidade de estabelecer vínculo afetivo denotada pelos animais deve ser reconhecida na conformação da sua personalidade e deve se refletir nos direitos que se desdobram da personalidade jurídica da pessoa biológica animal” (AMARAL, 2021, p. 299).

Apesar dos avanços, ainda há um grande caminho a percorrer, pois mesmo com a existência de diversos dispositivos legais que regulamentam a proteção animal, não existe no Brasil nenhuma legislação que trata os animais como sencientes e com direitos próprios, mas sim, regras jurídicas que trazem as formas de manejo e tratamento, com limitações e restrições, o que reforça ainda mais a ideia de que esses seres são propriedades, objetos, coisas ou bens.

## **MAUS-TRATOS CONTRA OS ANIMAIS**

Os maus-tratos contra animais são vistos como tudo aquilo que resulte em meios cruéis e abusivos, sendo todo ato de abandono, omissão, de forma dolosa ou culposa, em vias públicas ou particulares, trabalho excessivo, experimentação, cativeiros, prisões, mutilações, deixar de alimentar, entre outros meios nos quais cause sofrimento ao animal, e que não se tem justificativa para tais circunstância (MÓL; VENANCIO, 2010).

Existem diversas condutas que determinam a tipificação do crime de maus-tratos, tais como omissão, negligência, imprudência, falta de alimentação, de prestar auxílio médico e cuidados básicos, e não somente as vias de fato como violência física e mutilações. Todas essas condutas se sob somem em tipos penais passíveis de pena. Porém, ainda falta muito para alcançar as conquistas almejadas por aqueles que defendem a causa animal, pois a legislação puni de forma branda e está longe de ser cumprida da forma que se espera. Muitas vezes a falta de punição leva o criminoso a voltar a conviver em sociedade, praticando novamente tais crimes, pois saberá que ficará impune.

Mesmo que já existam leis que protejam os animais, a falta de caracterizar, definir e conceituar as violências ainda gera empecilhos para impedir que esses crimes aconteçam. Diante disso, o Conselho Federal de Medicina Veterinária criou em 26 de outubro de 2018 a Resolução nº 1.236, que pela primeira vez dá ênfase sobre quais condutas são consideradas como crime de maus-tratos contra animais.

A Resolução foi criada considerando a proibição contra animais expressa no art 225 da Constituição Federal de 1988; o art 32 da Lei Federal nº 9.605, de 1998, o art 29 do Decreto nº 6.514 de 2008; a Emenda Constitucional nº 96 de 2017; a Lei Federal nº 13.364 de 2016, dentre outros aspectos que tratam sobre a proteção animal. No art 5º da Resolução, considera crime de maus-tratos:

- executar procedimentos invasivos ou cirúrgicos sem os devidos cuidados anestésicos, analgésicos e higiênico-sanitários, tecnicamente recomendados;
- permitir ou autorizar a realização de procedimentos anestésicos, analgésicos, invasivos, cirúrgicos ou injuriantes por pessoa sem qualificação técnica profissional; III - agredir fisicamente ou agir para causar dor, sofrimento ou dano ao animal;
- abandonar animais; deixar o tutor ou responsável de buscar assistência medico- veterinária ou zootécnica quando necessária;
- deixar de orientar o tutor ou responsável a buscar assistência médico veterinária ou zootécnica quando necessária;
- não adotar medidas atenuantes a animais que estão em situação de clausura junto com outros da mesma espécie, ou de espécies diferentes, que o aterrorizem ou o agridam fisicamente;
- deixar de adotar medidas minimizadoras de desconforto e sofrimento para animais em situação de clausura isolada ou coletiva, inclusive nas situações transitórias de transporte, comercialização e exibição, enquanto responsável técnico ou equivalente;
- manter animal sem acesso adequado a água, alimentação e temperatura compatíveis com as suas necessidades e em local desprovido de ventilação e luminosidade adequadas, exceto por recomendação de médico veterinário ou zootecnista, respeitadas as respectivas áreas de atuação, observando-se critérios técnicos, princípios éticos e as normas vigentes para situações transitórias específicas como transporte e comercialização;
- manter animais de forma que não lhes permita acesso a abrigo contra intempéries, salvo condição natural que se sujeitaria;
- manter animais em número acima da capacidade de provimento de cuidados para assegurar boas condições de saúde e de bem-estar animal, exceto nas situações transitórias de transporte e comercialização;
- manter animal em local desprovido das condições mínimas de higiene e asseio; XII – impedir a movimentação ou o descanso de animais;
- manter animais em condições ambientais de modo a propiciar a proliferação de microrganismos nocivos;

- submeter ou obrigar animal a atividades excessivas, que ameacem sua condição física e/ou psicológica, para dele obter esforços ou comportamentos que não se observariam senão sob coerção;
- submeter animal, observada espécie, a trabalho ou a esforço físico por mais de quatro horas ininterruptas sem que lhe sejam oferecidos água, alimento e descanso; XVI – utilizar animal enfermo, cego, extenuado, sem proteção apropriada ou em condições fisiológicas inadequadas para realização de serviços;
- transportar animal em desrespeito às recomendações técnicas de órgãos competentes de trânsito, ambiental ou de saúde animal ou em condições que causem sofrimento, dor e/ou lesões físicas;
- adotar métodos não aprovados por autoridade competente ou sem embasamento técnico-científico para o abate de animais;
- mutilar animais, exceto quando houver indicação clínico-cirúrgica veterinária ou zootécnica;
- executar medidas de depopulação por métodos não aprovados pelos órgãos ou entidades oficiais, como utilizar afogamento ou outras formas cruéis;
- induzir a morte de animal utilizando método não aprovado ou não recomendado pelos órgãos ou entidades oficiais e sem profissional devidamente habilitado;
- utilizar de métodos punitivos, baseados em dor ou sofrimento com a finalidade de treinamento, exibição ou entretenimento;
- utilizar agentes ou equipamentos que inflinjam dor ou sofrimento com o intuito de induzir comportamentos desejados durante práticas esportivas, de entretenimento e de atividade laborativa, incluindo apresentações e eventos similares, exceto quando em situações de risco de morte para pessoas e/ou animais ou tolerados enquanto estas práticas forem legalmente permitidas;
- submeter animal a eventos, ações publicitárias, filmagens, exposições e/ou produções artísticas e/ou culturais para os quais não tenham sido devidamente preparados física e emocionalmente ou de forma a prevenir ou evitar dor, estresse e/ou sofrimento;
- fazer uso e/ou permitir o uso de agentes químicos e/ou físicos para inibir a dor ou que possibilitam modificar o desempenho fisiológico para fins de participação em competição, exposições, entretenimento e/ou atividades laborativas.
- utilizar alimentação forçada, exceto quando para fins de tratamento prescrito por médico veterinário;
- estimular, manter, criar, incentivar, utilizar animais da mesma espécie ou de espécies diferentes em lutas;

- estimular, manter, criar, incentivar, adestrar, utilizar animais para a prática de abuso sexual;
- realizar ou incentivar acasalamentos que tenham elevado risco de problemas congênitos e que afetem a saúde da prole e/ou progenitora, ou que perpetuem problemas de saúde pré-existentes dos progenitores (CFMV, 2018, p.3-5).

Essa resolução considera outras normativas que surgiram antes, para instituir normas que regulamentam de forma relativa à conduta do Médico Veterinário e Zootecnista em relação a constatação de crueldade, abuso e maus-tratos animais. Mesmo que explicativa e não taxativa, tal Resolução é mais uma base para que o judiciário possa julgar as condutas de maus tratos com uma maior facilidade e certeza, pois está bem-conceituado, apresentando 29 tipos de maus-tratos que podem ser cometidos contra os animais.

Como já mencionada, existem diversas condutas que se enquadram como maus-tratos contra os animais, desde práticas comissivas, omissivas, negligência até deixar de atender o animal em seus cuidados básicos (alimentação adequada, abrigo, auxílio médico, fornecimento de água limpa), também se enquadra como crime contra os animais. Nesse contexto, ainda pode-se citar aqueles que são mais recorrentes, sendo: tráfico de animais silvestres e exóticos; comércio de animais de forma irregular; Vivissecação, animais utilizados para experimentos laboratoriais; e abandono.

Neste mesmo sentido, Prado (2019, p.233) atribui os conceitos de maus-tratos contra os animais da seguinte forma:

As espécies de maus-tratos e sevícias aos animais podem ser físicas (violência gratuita de vários tipos, ocasional ou habitual, fome, sede, exageros no campo de trabalho, chicotadas, pesos, arreios, excesso de fadiga, emprego antifisiológico, meios dolorosos, atividade esportiva utilizando o animal como alvo ou objeto de diversão, etc.); genéticas ou mecânicas (seleção genética ou intervenção genética para obtenção de animal anômalo, constrição em período de aleitamento impedindo sua movimentação ou seu

desenvolvimento físico regular, forçar a ingestão de alimentos, etc.); ambientais (construção em desprazível situação de cativeiro).

Em abril de 2023, um dos maiores embates que surgiu, foi o episódio que envolveu a Justiça Federal e um homem morador do Amazonas, no qual este mantinha em sua propriedade uma capivara, sendo esta um animal silvestre. De acordo com o portal de notícias G1 do Amazonas, que publicou um artigo no dia 01 de maio de 2023, o acusado de violar as leis ambientais foi multado pelo IBAMA em 17 mil reais por suspeita de maus-tratos, abuso e exploração animal, foi ainda notificado a retirar todas as publicações feita com os animais de seus perfis em plataforma digitais.

Sobre ele, ainda recai outras acusações de abuso contra animais silvestres. Por fim, houve decisão judicial permitindo ao acusado ficar com a tutela provisória do animal. Em relação às multas, o IBAMA baseou-se na legislação brasileira, notificando o acusado com base no Decreto nº 6.514 de 2008, que regulamenta a Lei nº 9.605 de 1998, a Lei de Crimes Ambientais.

Nesse contexto, o IBAMA discute a forma como o repercuteiu nas redes sociais, que consideraram errática a atuação da Autarquia Ambiental. O analista Roberto Cabral – fiscal da Autarquia, diz que a forma como tudo ocorreu e a decisão de devolver a capivara ao acusado tem prejudicado o trabalho do Instituto e enfatiza que, estão procurando a melhor maneira para que a legislação seja cumprida e que se dê o destino correto ao animal, frisando que como se trata de um animal silvestre, este deve ser livre em seu habitat e junto ao seu grupo (PORTAL G1 AM, 2023).

O exemplo supracitado é uma forma de mostrar que, enquanto a Lei não cumprir seu papel, sendo mais rigorosa, os crimes de maus-tratos animais serão cada vez mais recorrentes. É necessário que toda a população conheça principalmente sobre a Lei de Crimes Ambientais, pois essa é maneira de ajudar os órgãos responsáveis pela fiscalização por meio de denúncias.

Frisa-se muito a questão sobre não ‘aplicar a lei de forma correta’, ou ‘beneficiar somente alguns’, porém é válido destacar que

as leis surgem pelas demandas que são oriundas de denúncias e de fiscalização, no qual, quando se percebe a necessidade de punições mais severas, o ordenamento jurídico busca alterá-las ou criar novos decretos, leis e normativas trazendo sanções mais rigorosas.

## **OS ANIMAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

A proteção animal no ordenamento jurídico tem sofrido mudanças ao longo dos tempos, principalmente em território brasileiro. A primeira lei de proteção animal surgiu na Grã-Bretanha em 1822, a qual protegia o direito da propriedade, proibindo maus-tratos aos animais que pertenciam a terceiros (REGIS; CORNELLI, 2017). No Brasil, a evolução das leis só se tornou constante nas últimas décadas, principalmente após a Constituição Federal de 1988, que em seu art. 225, prevê que toda a sociedade tem direito a um meio ambiente equilibrado, devendo defender a fauna e a flora para as gerações futuras.

Anterior à Constituição Federal, a primeira norma contra maus-tratos animais que surgiu no âmbito brasileiro foi o Decreto nº 16.590 de 1924, à qual trouxe a regulamentação das casas de diversões públicas, proibindo corrida de touros, novilhos, brigas de galos, pássaros silvestres, ou qualquer outro entretenimento que pudesse causar dor e sofrimento aos animais.

Outro Decreto, o de nº 24.645 de 1934 estabelece medidas preventivas para proteger os animais, tendo como punição multa e prisão para aqueles que maltratam os animais, mesmo que fossem proprietários ou não, sendo a pena dependente da gravidade do ato. O Decreto considerava todos os animais como sendo tutelados pelo Estado.

Esse Decreto previu os tipos de maus-tratos contra os animais descrito no Art. 3º considera-se maus tratos quando:

- praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal;
- manter animais em lugares anti-higiênicos ou que lhes impeçam a respiração, o movimento ou o descanso, ou os privem de ar ou luz;

- obrigar animais a trabalhos excessivos ou superiores às suas forças e a todo ato que resulte em sofrimento para deles obter esforços que, razoavelmente, não se lhes possam exigir senão com castigo; IV - golpear, ferir ou mutilar, voluntariamente, qualquer órgão ou tecido de economia, exceto a castração, só para animais domésticos, ou operações outras praticadas em benefício exclusivo do animal e as exigidas para defesa do homem, ou no interesse da ciência;

- abandonar animal doente, ferido, extenuado ou mutilado, bem como deixar de ministrar-lhe tudo o que humanitariamente se lhe possa prover, inclusive assistência veterinária;

- não dar morte rápida, livre de sofrimentos prolongados, a todo animal cujo extermínio seja necessário, parar consumo ou não;

- abater para o consumo ou fazer trabalhar os animais em período adiantado de gestação;

VIII. - atrelar, no mesmo veículo, instrumento agrícola ou industrial, bovinos com equinos, com muares ou com asininos, sendo somente permitido o trabalho em conjunto a animais da mesma espécie;

- atrelar animais a veículos sem os apetrechos indispensáveis, como sejam balancins, ganchos e lanças ou com arreios incompletos incômodos ou em mau estado, ou com acréscimo de acessórios que os molestem ou lhes perturbem o funcionamento do organismo;

- utilizar, em serviço, animal cego, ferido, enfermo, fraco, extenuado ou desferrado, sendo que este último caso somente se aplica a localidade com ruas calçadas; XI - açoitar, golpear ou castigar por qualquer forma um animal caído sob o veículo ou com ele, devendo o condutor desprendê-lo do tiro para levantar-se;

- descer ladeiras com veículos de tração animal sem utilização das respectivas travas, cujo uso é obrigatório;

- deixar de revestir com couro ou material com idêntica qualidade de proteção as correntes atreladas aos animais de tiro;

- conduzir veículo de tração animal, dirigido por condutor sentado, sem que o mesmo tenha bola é fixa e arreios apropriados, com tesouras, pontas de guia e retranca; XV - prender animais atrás dos veículos ou atados às caudas de outros;

fazer viajar um animal a pé, mais de 10 quilômetros, sem lhe dar descanso, ou trabalhar mais de 6 horas contínuas sem lhe dar água e alimento;

- conservar animais embarcados por mais da 12 horas, sem água e alimento, devendo as empresas de transportes providenciar, sobre as necessárias modificações no seu material, dentro de 12 meses a partir da publicação desta lei;

- conduzir animais, por qualquer meio de locomoção, colocados de cabeça para baixo, de mãos ou pés atados, ou de qualquer outro modo que lhes produza sofrimento;
- transportar animais em cestos, gaiolas ou veículos sem as proporções necessárias ao seu tamanho e número de cabeças, e sem que o meio de condução em que estão encerrados esteja protegido por uma rede metálica ou idêntica que impeça a saída de qualquer membro da animal;
- encerrar em curral ou outros lugares animais em úmero tal que não lhes seja possível moverem-se livremente, ou deixá-los sem água e alimento mais de 12 horas; XXI - deixar sem ordenhar as vacas por mais de 24 horas, quando utilizadas na explorado do leite;
- XXII - ter animais encerrados juntamente com outros que os aterrorizem ou molestem; XXIII - ter animais destinados á venda em locais que não reúnem as condições de higiene e comodidades relativas;
- XXIV - expor, nos mercados e outros locais de venda, por mais de 12 horas, aves em gaiolas; sem que se faça nestas a devida limpeza e renovação de água e alimento; XXV - engordar aves mecanicamente;
- XXVI - despelar ou depenar animais vivos ou entregá-los vivos á alimentação de outros;
- XXVII – ministrar ensino a animais com maus tratos físicos;
- XXVIII - exercitar tiro ao alvo sôbre patos ou qualquer animal selvagem exceto sôbre os pombos, nas sociedades, clubes de caça, inscritos no Serviço de Caça e Pesca;
- XXIX - realizar ou promover lutas entre animais da mesma espécie ou de espécie diferente, touradas e simulacros de touradas, ainda mesmo em lugar privado;
- arrojear aves e outros animais nas casas de espetáculo e exhibí-los, para tirar sortes ou realizar acrobacias;
- transportar, negociar ou caçar, em qualquer época do ano, aves insetívoras, pássaros canoros, beija-flôres e outras aves de pequeno porte, exceção feita das autorizações para fins científicos, consignadas em lei anterior (BRASIL, 1934, p.1)

Após, em 1941, surgiu o Decreto nº 3.688, denominado como Lei das Contravenções penais, trazendo uma proteção maior contra os maus-tratos animais, no qual consta no Art. 64 que aplica a prisão simples (de 10 a 30 dias) ou multa (cem a quinhentos mil réis) para aqueles que tratarem os animais de forma cruel ou submetê-los a trabalho excessivo. A mesma pena é aplicada para fins didáticos ou científicos, realizados em lugares públicos ou

expostos ao público, com experiências dolorosas ou cruéis destinadas aos animais vivos, sendo a pena aumentada para quando o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade em exibição ou espetáculo público.

Mesmo com punição simples e multa, tratada como não punível a tentativa de contravenção, o Decreto acima foi importante para provocar a conscientização sobre os animais como seres não humanos que precisavam ser protegidos. Dentro do ordenamento jurídico surgiu uma gama de legislação, dentre as quais cita-se: Lei nº 221 de 1997, Código de Pesca; Lei nº 5.197 de 1967, Lei de Proteção à Fauna; Lei nº 6.638 de 1979, Lei da Vivissecação de Animais; Lei nº 7.173 de 1983, Lei que determina o funcionamento de Jardins Zoológicos; Lei nº 7.643 de 1987, Lei dos Cetáceos; Lei nº 7.889 de 1989, Lei da Inspeção Sanitária e Industrial dos produtos de origem animal; Lei nº 9.605 de 1989, Lei de Condutas e atividades lesivas ao meio ambiente; Lei nº 5.197 de 1967, Lei de Proteção à Fauna; Lei nº 7.653 de 1988, Lei que traz alterações da Lei de Proteção à Fauna, tornando os crimes cometidos contra os animais silvestres como inafiançáveis.

Toda essa Legislação trouxe grandes contribuições. Assim, é na Constituição Federal de 1988 que se estabeleceu no capítulo VI do título VIII, art 225, a sua ênfase sobre o direito de todos à um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo de uso comum de todos e essencial a uma melhor qualidade vida, no qual tem que ser preservado pela coletividade e Poder Público para as futuras gerações (BRASIL, 1988). Nesse contexto, o Poder Público foi incumbido de proteger a fauna, vedando qualquer prática que coloque em risco sua função ecológica, que leve a extinção de espécies ou mesmo que os animais sejam submetidos a qualquer ato de crueldade.

A Constituição trouxe uma nova maneira de olhar o meio ambiente, em especial os animais, por meio de uma nova ordem política que deu ênfase à proteção aos direitos humanos à preocupação em preservar o meio ambiente, sendo direito e dever fundamental do cidadão usufruir do meio ambiente de forma

harmoniosa de modo a respeitar a legislação protetiva vigente para alcançar uma interação entre o ser humano e a natureza que atinja o verdadeiro equilíbrio ambiental.

No entanto, conforme Teixeira (2017), diante do art. 225 da Constituição Federal, mesmo que não de forma explícita, é visível que o legislador entendeu que a proteção animal é uma forma de proporcionar o bem-estar ao ser humano, para este conseguir a preservação ambiental, mantendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Percebe-se, assim, que tal visão antropocêntrica sempre se fez presente no ordenamento jurídico. Outro ponto que se destaca é o conceito de meio ambiente que foi elevado a uma amplitude que considera a necessidade de reserva legal, sendo necessário selecionar os bens jurídicos ambientais que são considerados tutelados.

Nessa linha de raciocínio, Ferreira e Ribeiro (2021, p. 26) atenta para o fato de se considerar o meio ambiente em sua acepção global, em que:

O ambiente – elevado à categoria de bem jurídico essencial à vida, à saúde e à felicidade do homem – integra-se, em verdade, em um conjunto de elementos naturais, culturais e artificiais, de modo que possibilite o seguinte detalhamento: meio ambiente natural (constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, a fauna, enfim, a biosfera); meio ambiente cultural (integrado pelo patrimônio artístico, cultural, paisagístico, arqueológico, espeleológico, etc.); e meio ambiente artificial (formado pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações e nos equipamentos públicos: ruas, praças, áreas verdes, ou seja, todos os logradouros, assentamentos e reflexos urbanísticos, caracterizados como tal).

A intervenção penal definida na Constituição é justificada em decorrência do direito fundamental que o cidadão brasileiro tem ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e uma boa qualidade de vida. Esses elementos citados acima, partem da ideia de que o meio ambiente é tudo aquilo que se vivencia e que os sujeitos se fazem presente, no qual não existe uma forma punitiva de criminalização, mas sim, o cumprimento da ordem prescrita, observando os

princípios que limitam o poder punitivo do Estado, no qual o instrumento que integra os direitos humanos e fundamentais, é o Direito Penal.

Conforme Teixeira (2017) quando se proíbe tal crueldade contra os animais, a Constituição legitima a possibilidade de reconhecer o valor intrínseco dos animais e bem assim o seu status de sujeito de direito com a respectiva proteção de sua integridade, cuidados e liberdade. No entanto, ainda enfrenta grandes resistências, pois o ordenamento jurídico brasileiro ainda se mantém enraizado em uma cultura que apresenta tradições ultrapassadas, causando dificuldades na reflexão das mudanças que favoreçam os animais, pois muitas vezes seus tutores querem que prevaleça seus desejos.

Quanto ao Direito Civil, destaca-se que este não define os animais como sujeitos de direito, mas sim como bens semoventes passíveis de apropriação. Os animais são categorizados no art.82 do Código Civil de 2002, como “são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico- social” (BRASIL, 2002). Assim, entende-se que persiste uma cultura de disposição livre dos atos que os proprietários podem realizar sobre os seus bens semoventes, dificultando a avaliação sobre o dolo eventual que envolve maus-tratos, em uma visão antropocêntrica.

O rompimento dessa visão tem vindo de alguns doutrinadores, trazendo um novo campo dentro do cenário jurídico, denominado ‘Direitos dos Animais’. Assim, com o surgimento da proteção animal em termos de legislação, surgiu uma nova dimensão relacionada ao direito à vida, sendo este um direito fundamental. Mesmo que a Constituição Federal não fosse a primeira normativa brasileira de proteção, ela se tornou um marco para criar possibilidades e pensar na vida dos animais que sofrem constantemente com a crueldade e maus tratos.

Castro (2006, apud TEIXEIRA, 2017, p.374-375) entende que:

Os animais podem até ter valor econômico, mas não são coisas ou bens, nos termos do Direito Civil, para que os proprietários os utilizem como bem entenderem, visto que a ideia de propriedade privada já não confere ao proprietário poderes absolutos, pois sofrem, atualmente, inúmeras restrições de ordem legal e social. A partir desse raciocínio, o dono de um animal não seria nada além de um simples detentor, guardião e responsável pela manutenção desses seres, não podendo abandoná-los ou maltratá-los.

O surgimento de novos pensamentos de doutrinadores é importante, pois volta-se os olhares para os animais como seres sencientes. Mesmo que no ordenamento jurídico, mais especificamente dentro da Constituição Federal e no Código Civil, isto está longe de acontecer, principalmente pela forma antropocêntrica no qual as leis são tratadas, é necessário continuar na busca do reconhecimento dos animais como sujeitos de direito e por uma legislação que trate com mais rigor os crimes de maus-tratos contra animais.

Mesmo assim, na era contemporânea, o Direito Civil brasileiro tem sido cada vez mais necessário na proteção do meio ambiente, pois a legislação que trata sobre os maus-tratos animais ainda é muito fraca e insuficientes para que se ponha fim a essa prática. Quando o Direito Civil entre em cena para garantir que os animais sejam respeitados e tratados com dignidade, busca-se uma forma de proteger efetivamente a fauna por meio da proteção do meio ambiente. Vale ressaltar que à proteção animal tem sido bastante discutida nos últimos anos, no qual suas pautas estão ligadas ao meio ambiente, pois as relações entre os seres humanos e os animais têm experimentado diversas formas de interações e intensidades.

## **A APLICABILIDADE DA LEI Nº 9.605/98 E AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 14.064/20**

A Lei considerada a mais importante na proteção animal é a Lei nº 9.605 de 1998, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais ou Lei

da Natureza. O capítulo V trata sobre os crimes contra o meio ambiente, sendo que a seção I aborda os Crimes contra a Fauna.

Do art. 29 até o art 37 são apresentados vários crimes cometidos contra o meio ambiente e suas possíveis sanções, sendo agressões cometidas contra a fauna silvestre, nativa ou em rota migratória; exportação para o exterior de peles e couros de anfíbios e répteis; introdução de espécimes animais no País; praticar abuso e maus-tratos contra animais; provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática; pesca em períodos proibidos e com a utilização de objetos não autorizados, podendo acarretar em detenção e multa.

Em relação ao crime de maus-tratos contra animais, considerada a proteção judicial e legislativa mais recente e que tem sido importante para garantir os direitos dos animais, a Lei de Crimes Ambientais ainda prevê em seu art. 32 multa e sanções para aqueles que praticar ato de abuso contra qualquer animal, sendo pena – detenção, de três meses a um ano, e multa. A mesma lei é aplicada para quem realiza experimentos dolorosos ou cruéis em animal vivo quando se existe recursos alternativos, sendo a pena aumentada de um sexto a um terço se o animal vier a óbito. Assim, será tratado de forma específica neste tópico, o art. 32 da referida lei.

Conforme Prado (2019, p.204) são considerados crimes contra os animais, de acordo com o art. 32 da Lei de Crimes Ambientais:

praticar ações de abuso (utilizar mal ou de modo inconveniente) sujeitar o animal a trabalho excessivo, ultrapassando limites do próprio; maus-tratos, que consistiram em ultraje ou lesões; ferir(cortar, ofender, causar danos ao animal); mutilar (lacerar alguma parte do corpo do animal); realizar (executar) experiências cruéis e dolorosas em animais vivos, mesmo que para finalidades científicas ou didáticas, na existência de meios alternativos.

Para aplicar a penalidade, a autoridade deverá observar alguns critérios, tais como: a gravidade do fato; os antecedentes criminais de interesse ambiental do infrator; e a situação econômica, quando se é aplicado multa. A pena restritiva é considerada uma opção em alguns casos. De acordo com o art. 8,

penas restritivas são aquelas direcionadas ao cumprimento da Lei, no qual o infrator pode prestar serviços comunitários, ser interditado temporariamente de seus direitos, ser suspenso de forma parcial ou total de suas atividades; pagamento em dinheiro e recolhimento domiciliar (BRASIL, 1998).

No art. 6 da Lei dos Crimes Ambientais, as sanções referentes as penas restritivas de direitos são autônomas e podem substituir as privativas de liberdade quando se tratar de crime culposo, ou a aplicação de pena privativa inferior a quatro anos; bem como a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade dos condenados, os motivos e as circunstâncias do crime (BRASIL, 1998).

Quando isso acontece, aplica-se a Lei nº 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em seu art. 76 que determina a possível aplicação de pena restritiva de direitos ou multas a serem especificados na proposta e podendo ser reduzido pela metade se o Juiz estipular que a pena de multa a única aplicável. As punições são brandas quando se trata de crimes de maus-tratos contra animais, destacando ainda que as sanções da Lei para prevenir condutas ilícitas não são hábeis, o que permite essa flexibilidade e transação, estimulando os atos de maus-tratos animais.

Gomes (2013) acredita que a contribuição para que os maus-tratos no Brasil permanecer ainda sem controle vêm da falta de uma legislação mais rigorosa para aqueles que cometem crimes contra os animais. Muitos tutores maltratam seus animais pois sabem que irá ocorrer a transação penal, sua pena será convertida na prestação de serviços, pagamentos de cestas básicas e outros, pois mesmo com todas as buscas por leis mais rigorosas, os maus-tratos são considerados de baixo potencial ofensivo, conforme a Lei Federal nº 9.099/95.

Ainda se destaca que o art. 32 com as sanções estabelecidas na referida Lei, com aporte de outras leis e decretos que se refere ao Direito Ambiental, o que chama atenção é o fato de que o criminoso é colocado como um infrator, pois os animais são vistos como patrimônio comum, que pertence a coletividade, sendo um sujeito passivo que se faz presente na composição do meio ambiente.

Assim, tem sua pena diminuída, dando a opção de penas restritivas, geralmente na prestação de serviços à comunidade e pagamento de multa, sem ficar privado de sua liberdade.

Conforme Lima (2015, p.24):

Nos crimes previstos na Lei nº 9.605/98, a ação penal é pública e incondicionada, ou seja, qualquer cidadão poderá recorrer ao Ministério Público que é o titular da ação penal. Dessa forma, o Ministério Público ingressará com ação judicial em defesa do animal e a punição se dará com base no art. 32 da Lei dos Crimes Ambientais. Ocorre que, a pena por ser inferior a dois anos de prisão, o Poder Judiciário fornece penas alternativas, por exemplo, quando o infrator recupera o dano ou paga seu crédito para com a sociedade.

O emprego desse tipo de pena se encontra em desarmonia com o objetivo da sanção, a qual se deve relacionar a tornar inviável e, por consequência, extinguir as execuções de maus-tratos contra os animais. Ao prever penas insignificantes, que não atingem a própria finalidade, que é a punição para que estes crimes não sejam praticados de forma recorrente, há a perda do caráter dissuasório do Direito Penal. É necessário penas mais endurecidas, que levem ao encarceramento, para que se impeça ações de delinquentes (KUMEGAWA, 2016).

Outra lei que ganhou grande notoriedade, porém mais pelo seu simbolismo do que pelo caráter punitivo, foi a Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020, que altera dispositivos da Lei de crimes ambientais, aumentando as penas cominadas ao crime de maus-tratos contra os animais quando se trata de cão ou gato.

A alteração da Lei sofreu a influência da pressão social causada pelas notícias na imprensa de vários crimes cometidos contra cachorros e gatos. Um desses crimes de maus-tratos a animais foi sofrido por um cachorro da raça Pit Bull em 2019 em uma cidade de Minas Gerais. Na ocasião, um homem decepou as patas traseiras do animal, o que levantou diversas discussões sobre a importância de tornar as penas mais brandas. Iniciou-se através do projeto de Lei nº 1095 de 2019, que previa o aumento da pena

também para animais nativos, exóticos e silvestres, com pena de 1 a 4 anos de reclusão e multa.

Porém, não se sabe os motivos, mas a Lei sofreu alterações e passou a ser específica para cães e gatos. Conforme Silva (2022) essa perda não foi somente pela restrição, também houve prejuízos para a causa animal num todo, pois suprimiu dispositivos que estabeleciam pena aos estabelecimentos comerciais ou rurais que concorrem para a prática de crime de maus-tratos animais.

A referida Lei trouxe a tipificação de maus-tratos cometidos contra cães e gatos, redigida o art 32 da Lei de Crimes Ambientais, da seguinte forma:

Art. 32. Pratica ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: §1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiências dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. §1-A – Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será a reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda (Incluído pela Lei nº 14.064, de 2020, grifo do autor). §2º - A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal (BRASIL, 2020).

Na teoria, é visível as alterações trazendo pontos positivos, sendo eles: aumento da pena de detenção de 3 meses a um ano e multa para reclusão de 2 a 5 anos, mais multa e proibição de guarda; a denúncia deixou de ser por meio do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) e passou a ser por flagrante delito (inquérito policial) e sem flagrante delito (Boletim de ocorrência). Quanto ao regime de cumprimento de pena, mudou do regime aberto para fechado (dependendo da pena). No que concerne ao pagamento de fiança, que era concedido para autoridade policial, passou a ser autorizado somente pelo juiz. Além disso, não é mais possível a transação penal; e o infrator perde a guarda do animal, antes ainda tinha a opção de requerer tal guarda.

Esse acréscimo, mesmo com as modificações no ordenamento jurídico, possíveis de uma penalização maior, ainda se apresenta como suscetível a penas restritivas, bem como a limitação direcionada apenas aos cães e gatos, excluindo qualquer outro animal doméstico ou mesmo aqueles silvestres.

De acordo com Ferreira e Ribeiro (2021) a Lei 14.064/20 tem alto grau de simbolismo, pois restringiu a qualificadora aos crimes praticados aos cães e gatos, sendo contrária a proteção à fauna que está na Constituição Federal. Foi uma maneira do legislador atender o grande anseio da população diante de casos, que tiveram grande repercussão a nível midiáticos. Isso tornou necessário um maior recrudescimento de pena, justificável para aprovar a Lei; e também porque após a sua publicação, foi noticiado a primeira prisão decorrente da referida lei, sendo um dos indícios de prestação de contas para a população ficar mais satisfeita. Assim, percebe-se que teve um caráter simbólico e que não visava somente a proteção contra maus-tratos animais.

Mesmo com toda uma legislação criada para combater os crimes de maus-tratos contra animais, para Ferreira (2011), a defesa em torno da proteção animal requer um novo paradigma, no qual estes sejam olhados não como 'coisas' de acordo com o ordenamento jurídico atual, mas sim registrá-los como sujeitos de direito, respeitando suas vidas, seus sentimentos, dores e principalmente sua liberdade. Devem ser considerados como seres não humanos, com direitos, deixando a visão antropocêntrica, assumindo o conceito jurídico da bio dignidade, pois não se tratam de propriedade ou bem, que quando passível de cumprimento de leis, não sejam mais tratados como crimes de menor potencial ofensivo.

Diante disso, nota-se que a legislação em torno da proteção animal é algo que exige ainda muitas batalhas para se consolidar, visto que animais têm sido brutalmente violentados e seus tutores ou quaisquer que sejam os criminosos que cometeram tais atos, na maioria das vezes, ficam impunes, conseguindo até requerer a guarda do animal. Diante dessa realidade, é mais que urgente a busca de uma legislação que seja específica para os animais e que

tenha punições mais severas, pois ao contrário, os maus-tratos continuaram ocorrendo e de forma descontrolada.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme o que foi discutido nesta pesquisa, pode-se compreender a importância no avanço da legislação protetiva que trata sobre os direitos dos animais contra maus-tratos. Ao longo do desenvolvimento, compreendeu-se um pouco das normas que foram impostas e outras criadas para que os animais tivessem seus direitos garantidos.

O maior marco que surgiu em proteção aos direitos dos animais foi a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, em 1978 pela Unesco, que trouxe a reflexão sobre a importância de proteger e respeitar, proibindo qualquer tipo de crueldade e violência a estes seres, bem como a proibição de seu uso em experiências científicas, exploração e abandono.

Destacou-se o surgimento de normas que protegem os animais, buscando reconhecer seus direitos para criar mecanismos de defesa, nos quais cita-se a Lei de Crimes Ambientais, importante instrumento no ordenamento jurídico que passou a punir e criminalizar os abusos, maus-tratos, mutilações, violências e quaisquer atos que levem ao sofrimento animal. Abordou-se a visão antropocêntrica e de forma breve o conceito de bio dignidade, respeitando o princípio da harmonia.

A criação de leis ambientais, tais como a Lei nº 9.605/98 e as alterações trazidas pela Lei nº 14.064/20 foi outro assunto abordado. No que concerne a legislação na qual os animais são considerados como 'coisas', mesmo que a Lei nº 14.064/20 traga um novo dispositivo, qualificando os crimes de maus-tratos contra animais não humanos, ainda se torna necessário a modificação da visão antropocêntrica, para se considerar os animais como sujeitos de direito, relacionados aos deveres morais da sociedade, pois se trata de vidas, e toda vida deve ser protegida, sendo dever do Estado adequar o sistema para o senso de justiça para com todos.

Foi possível atender aos objetivos e responder a problemática da pesquisa, em que se destacou os avanços em torno da legislação ambiental e a importância das alterações no ordenamento jurídico, pois são, essenciais para se adequarem às novas posturas advindas da sociedade moderna, e não apenas se direcionar a situações específicas e generalizadas. A sociedade tem a responsabilidade de exigir maior rigor no cumprimento das leis e mesmo na criação de novos dispositivos legais para ‘descoisificar’ os animais.

Por fim, conclui-se que enquanto os animais forem tratados pelo ordenamento jurídico como coisas, com simples valor instrumental, não desfrutarão de uma relação ética com os seres humanos, uma vez que, entre sujeito e objeto não é possível existir um relacionamento pautado por princípios éticos. De fato, entre sujeito de direito, hoje apenas os humanos, e os animais, tidos como coisas, tem existido apenas uma relação orientada pelos interesses econômicos dos seres humanos. Uma relação ética e respeitosa só é possível entre sujeitos, com valor intrínseco. Dessa forma, enquanto os animais forem tratados como coisas, as leis ambientais que os protegem continuarão a ter apenas valor simbólico.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, R. D. O princípio da harmonia com a natureza: uma proposta para a consideração ética e jurídica dos seres vivos não humanos e ecossistemas. 346 f. 2021. Tese (Doutorado – Programa de Pós Graduação em Direito do Estado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde21072022104845/publico/10894111DIO.pdf>. Acesso em: 16 jun. 202
- BEVILÁQUA, C. Teoria Geral do Direito Civil. 3ª ed, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1980.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, 1988. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/comstituicao1988>. Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASIL. Decreto nº 16.590, de 10 de setembro de 1924. Aprova o regulamento das casas de diversões públicas. 1924. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=16590&ano=1924&ato=fcc0TUE1UNRpWTda7>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934. Estabelece medidas de proteção aos animais. 1934. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24645-10-julho-1934-516837-publicacao-original-1-pe.html>. Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. Decreto nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm). Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 1998. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm). Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Diário Oficial da União. Brasília, 1998. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm). Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Resolução nº 1.236 de 26 de outubro de 2018. Define e caracteriza crueldade, abuso e maus-tratos contra animais vertebrados, dispõe sobre a conduta de médicos veterinários e zootecnistas e dá outras providências. Diário Oficial da União.

Brasília, 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/114064.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114064.htm). Acesso em: 30 mai. 2023.

CASSAN, D. F. Maus-tratos contra animais e a proteção jurídica na legislação brasileira, 60f, 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito), Centro Universitário Toledo: Araçatuba, 2018.

DIAS, E. C. Os animais como sujeito de direitos. *Revista Animal Brasileira de Direito*, vol.1, ano 1, 2006. Disponível em: <https://www.animallaw.info/policy/revista-brasileira-de-direito-animal-brazilian-animal-rights-review>. Acesso em: 30 abr. 2023.

DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

FERREIRA, M. L. B. G.; RIBEIRO, L. G. G. R. Do crime de maus-tratos contra os animais e o direito penal simbólico: análise do simbolismo penal na criação da Lei nº 14.064 de 2020. *CONPEDI LAW REVIEW*, Evento Virtual, v.7, n.1, 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/download/7617/pdf>., Acesso em: 01 mai. 2023.

GOMES, N. S. C. Um estudo sobre a responsabilidade civil dos proprietários e a entrega de cães e gatos na Diretoria de Vigilância Ambiental do Distrito Federal. 71 f., 2013. Monografia (Doutorado em Direito) Universidade de Brasília, DF, 2013.

GOMES, O. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

KUMEGAWA, P. T. A ineficácia das medidas de combate aos maus-tratos animais e a participação do Estado mediante políticas públicas. 76f, 2016. Tese (Especialização em Direito Penal), Universidade Federal do Paraná, 2016.

LIMA, J. L. A. de. Um estudo acerca da legislação sobre os maus-tratos com animais. 112 f. 2015. Dissertação (Mestrado em Ambiente, Tecnologia e Sociedade), Universidade Federal do Semiárido – Ufersa, Mossoró - RN, 2015.

LOURENÇO, D. B. A “Textura Aberta” da Linguagem e o Conceito Jurídico Animal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, vol.2, nº4, 2013.

MONTEIRO, W. De B. Curso de Direito Civil. Parte Geral, vol. 1, ed 27. São Paulo: Saraiva, 1988.

MÓL, S.; VENANCIO, R. A proteção jurídica aos animais no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2014.

NOIRTIN, C. R. F. F. Animais não humanos: sujeitos de direitos, despersonalizados. Revista Brasileira de Direito Animal, ano 5, vol 6, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11075/7989>. Acesso em: 28 abr. 2023.

PASTOUREAU, M. Os animais célebres. São Paulo: Martins Fontes; 2015.

PORTAL G1 AM. O que se sabe sobre o caso da capivara 'Filó', criada por influencer multado pelo IBAMA no AM. 01/05/2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2023/05/01/o-que-se-sabe-sobre-o-caso-da-capivara-filo-criada-por-influencer-multado-pelo-ibama-no-am.ghtml>. Acesso em: 03 mai. 2023.

PRADO, L. R. Direito Penal do Ambiente: crimes ambientais (Lei nº 9.605 de 1988), 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE, Miguel, Lições Preliminares de direito, 27ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

REGIS, A. H. de P.; CORNELLI, G. Situação Jurídica dos animais e propostas de alterações no Congresso Nacional. Rev. bioét. (Impr.). 2017; 25 (1): 191-7. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/Y8rCY3gVCSspPkydMzgdzzB/?format=pdf&la=pt>. Acesso em: 12 abr. 2023.

RODRIGUES, D. T. O direito e os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SIQUEIRA JUNIOR, P. H. Teoria do Direito, 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. SINGER, P. Libertação Animal. 4ª ed. São Paulo: Lugano, 2004.

SILVA, J. M. R. P. B. de. Direito Animal 2ª ed. Revista Ampliada e Atualizada, Natal: RN, 2022.

SOUZA, J. K. De; GOMES, F. C. Os animais como sujeitos de direitos: uma discussão acerca do Direito Constitucional Contemporâneo. Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito da França, v. 5, n. 1, dez de 2020. Disponível

em: <http://revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/1108>. Acesso em: 18 jun. 2023.

TEIXEIRA, K. Maus-tratos de animais: uma proteção simbólica na lei de crimes ambientais. *Justiça e Sociedade*, v. 2, n. 1, 2017.



# ADOÇÃO HOMOAFETIVA. A ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS PAIS ADOTIVOS INFLUÊNCIA NO DESENVOLVIMENTO PSICOLÓGICO OU SOCIAL DOS ADOTANDOS?

Julia Fonseca Gomes  
Cid Eduardo Brown da Silva

## INTRODUÇÃO

Para a presente pesquisa, irei tratar de um ramo específico do direito civil, área extremamente interessante e que é de relevância máxima para a sociedade, que é o direito de família e por possuir muitas vertentes, irei abordar de uma forma específica e aprofundada, a adoção, se o ordenamento jurídico está amplamente preparado para resguardar os direitos das crianças e dos adolescentes, irei tratar da adoção no âmbito familiar de pais que possuem uma relação homoafetiva, se há algum tipo de dificuldade nos trâmites legais, única e exclusivamente por conta da orientação sexual dos pais ou mães que desejam adotar.

Portanto, a pesquisa foi iniciada para entender como funciona o processo de adoção, quais são os artigos que resguardam esse direito, quais são as normas e regras que devem ser seguidas para que seja efetivada uma adoção de forma correta e como prosseguir depois que a adoção já ocorreu. A adoção por casais homoafetivos é um tema bastante controverso na sociedade brasileira, levantando debates acalorados em diferentes setores. De um lado, há aqueles que defendem o direito desses casais de adotarem crianças e formarem uma família, garantindo a proteção e o bem-estar dos menores.

Por outro lado, existem aqueles que se opõem a essa prática, argumentando que a formação de uma família por casais do mesmo sexo seria contrária aos valores tradicionais e prejudiciais para a formação das crianças adotadas. Diante desse cenário,

levamos para debate a pergunta problema “A orientação sexual dos pais adotivos influencia no desenvolvimento psicológico ou social dos adotados?”.

Que nos leva a uma reflexão, se é possível que alguém seja influenciado pela orientação sexual de um outro indivíduo. Para a apresentação da monografia, foi necessário realizar a divisão dos capítulos dos seguintes modos: introdução, um conceito histórico de família, as formas de família após a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana e o interesse do menor, o princípio fundamental da igualdade, o conceito de adoção e seus desdobramentos, e a relação e as dificuldades que os pais podem enfrentar, por mim, minhas considerações finais.

O estudo teve como objetivo responder a essa pergunta, por meio de uma revisão bibliográfica e análise crítica de estudos já realizados sobre o tema. Além disso, serão discutidos os possíveis mecanismos que podem ser utilizados pelos pais adotivos para promover um ambiente saudável e acolhedor para as crianças, independentemente de sua orientação sexual. Por fim, espera-se contribuir para o debate sobre adoção homoafetiva e desmistificar os argumentos que têm sido utilizados para negar o direito de adoção a casais do mesmo sexo.

Nesse contexto, a pesquisa visa analisar a adoção homoafetiva à luz da legislação brasileira, da jurisprudência dos tribunais e da literatura especializada, buscando compreender os argumentos utilizados pelos dois lados do debate e avaliar a viabilidade jurídica e social da adoção por casais homoafetivos no Brasil.

Apesar dos avanços sociais e jurídicos das últimas décadas, a adoção por casais homoafetivos ainda é um tema controverso, que divide opiniões e gera polêmicas. De um lado, há aqueles que defendem que todos os indivíduos, independentemente de sua orientação sexual tem o direito de formar uma família e de adotar uma criança, desde que preenchidos os requisitos legais.

Neste contexto, existe aqueles que se opõem a essa possibilidade, argumentando que a adoção por casais homoafetivos seria prejudicial à formação da criança, ferindo

valores morais e religiosos. Serão destacadas as dificuldades que os pais homossexuais e filhos adotados por esses casais podem enfrentar na conjuntura de família, preconceitos vividos no dia a dia, que nem deveriam ser uma pauta de discussão, porém ao se tratar de um reflexo da nossa atual sociedade, onde infelizmente ainda existem inúmeras formas de discriminação, onde pessoas LGBTQIA+ precisam enfrentar ao realizar práticas que casais heteroafetivos fazem no cotidiano, que é a formação de uma família sem sofrer qualquer tipo de discriminação.

## **CONCEITO HISTÓRICO DE FAMÍLIA**

Para o direito de família, de antemão precisamos frisar que não existe um conceito específico e único, que deverá ser considerado como uma regra para definição de família, levando em consideração até mesmo a variação na forma de conceituar da doutrina, por isso família pode ser considerada uma alteração de formas e jeitos.

Haja vista que o conceito mais antigo, podemos acentuar que para essa definição família era entendido como uma unidade básica de sobrevivência do ser humano, nos quais os indivíduos de uma mesma espécie se uniam para garantir a sobrevivência sua e dos seus e principalmente para a reprodução da sua linhagem. Com o passar do tempo, a evolução de família tem sido influenciado fortemente por inúmeros fatores, entre elas está às mudanças sociais, biológicas, culturais e até mesmo economicamente, baseando-se nisso, novos modelos de famílias estão surgindo, desde a família tradicional até nos encontrarmos com a família monoparental, família que foram reconstruídas, e para presente pesquisa, de grande relevância, a homoparental.

Portanto, a evolução dos modelos de família, ainda sim está ligada ao conceito que foi dado nos primórdios, mas também deve ser formada por indivíduos que são unidos por laços de sangue e por laços sociais e tem a função de fornecer suporte emocional,

financeiro e até mesmo social para as pessoas que fazem parte dessa família.

Mesmo com essa evolução, não podemos classificar e definir família de uma maneira clara e objetiva, pois ainda continua a evoluir em consequência das mudanças sociais, culturais e biológicas que estão por vir na sociedade contemporânea, nos dias atuais, existem incontáveis modelos de família e toda e qualquer família tem o potencial de fornecer amor e zelo aos membros.

Uma definição que não iremos encontrar em nenhuma jurisprudência, é a definição que enquadra as relações em primeiro lugar, família se trata de amor, carinho, zelo, responsabilidades, entre outros jeitos de afeto. São esses os sentimentos que me remetem a família, desse modo, crianças e adolescentes que são adotadas e acolhidas em uma nova família precisam encontrar esse tipo de sentimento, pois muitos já conhecem o sentimento de abandono, ausência de carinho e também de afeto.

Tendo em vista, a ausência de definição única, é de suma importância os conceitos dos doutrinadores, e para os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Mário Veiga (2012, p.35) definem família como “conceito de família reveste-se de alta significação psicológica, jurídica e social, impondo-nos um cuidado redobrado em sua delimitação teórica”.

Para algumas pessoas, a constituição de uma família é um sonho, para outros é um dos pilares mais importantes da sociedade, de todo modo, é possível destacar que existe uma redação na constituição federal, também redação no código civil e inúmeros doutrinadores e autores renomados que utilizam de suas obras para compartilhar seus conhecimentos.

Para JACQUES LACAN, um importante psicanalista francês, expressa que “Entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua

acertadamente chamada de materna” e por fim, conclui que “Ela estabelece desse modo, entre as gerações, uma continuidade psíquica cuja causalidade é de ordem mental”.

No ano de 1969, foi celebrada a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, que entrou em vigor somente no ano de 1992, que possui um artigo referente a proteção de família, que tem por redação que “família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”

Uma definição que vem através da jurisprudência, que merece um destaque maior, é a da Constituição Federal de 1988, que expressa em seus artigos e incisos, conceito, direitos e deveres da família, porém de forma específica, o artigo 226 expressa que:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1o – O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2o – O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3o – Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4o – Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5o – Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6o - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional no 66, de 2010). § 7o – Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8o – O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Observa-se que a citação da Constituição Federal destaca de forma clara e objetiva, o conceito de família, talvez somente posterior a isso que os conceitos vieram ser mais subjetivos, levando em consideração a evolução das pessoas como sociedade em si. Portanto, justamente para isso que para o autor Paulo Lôbo expõe a seguinte escrita: “Os tipos de entidades familiares explicitadas nos parágrafos do art. 226 da Constituição são

meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa.

As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade”.

Já para Maria Helena Diniz, a família compreende todas as pessoas descendentes de ancestral comum, unidos pelos laços do parentesco, as quais se ajudam os afins. Abrangem, além dos cônjuges e da prole, os parentes colaterais até certo grau, como tio, sobrinho, primo e os parentes por afinidade, sogro, sogra, genro, nora, cunhado. Limitasse aos cônjuges e seus descendentes, englobando os cônjuges dos filhos (2007; p. 9).

Para analisarmos uma evolução dos termos para definir uma família, primeiro precisamos entender como era definida o conceito de família segundo o código civil de 1916, que na redação do artigo 233, expressava que família era constituída pelo casamento, que era definido como a união voluntária e indivisível de um homem e uma mulher.

Desse modo, a família que era baseada no código civil era exclusivamente composta por um homem e uma mulher, que eram casados e somente assim era uma família legítima, outros modos de família não eram reconhecidos como entidade familiar de forma legal.

Foi a partir da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, que tivemos o reconhecimento da diversidade familiar e passou a trazer uma garantia de direitos e também de proteção para toda e qualquer forma de família. Portanto par o Código Civil de 2002, ainda não existe uma definição clara e objetiva de família, porém podemos considerar que por ser mais atual, está enquadrado de uma forma melhor na evolução da sociedade como um geral, diferentemente da Constituição Federal que estipula de maneira objetiva e nos temos atuais de uma forma obsoleta.

No artigo 1.723 do Código Civil declara “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, pode-se considerar que não é um conceito tão ultrapassado como o da constituição federal mas ainda sim, faz a menção ao homem e mulher, dando o destaque somente para essa possibilidade de constituição de família (BRASIL, 2002).

Para o Código Civil vigente, mesmo que em sua redação que classifica uma família, ou entidade familiar, que cita homem e mulher, seja um pouco ultrapassada, é somente na jurisprudência mais atualizada no âmbito que engloba um casal de pessoas do mesmo sexo, reconhecendo de maneira legal que é considerada também como entidade familiar, ou seja, a família homoafetiva está inclusa como uma composição de família legítima como os mesmos direitos e obrigações de uma família heterossexual (BRASIL, 2002)

## **FORMAS DE FAMÍLIA APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

Na Constituição Federal de 1988, teve um capítulo totalmente voltado para o direito e dever da família, que é a partir do capítulo VII, que tem o título da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, tendo início no artigo 226 e se encerrando no artigo 230. Vale destacar que no caput do artigo 226, expressa que a família, é base da sociedade e possui proteção de forma especial do Estado. Foi somente a partir da Constituição Federal de 1988 que começou a ser reconhecida de maneira legal, a união estável como entidade familiar, tendo os mesmos efeitos do casamento civil, ou seja, mesmo que um casal que estavam vivendo uma união estável sem que tivessem um casamento realizado formalmente, passaram a ter os mesmos direitos e deveres de uns casais casados civilmente.

Logo em seguida, no artigo 227, da Constituição Federal de 1988 temos de uma maneira expressa e completa qual seriam os deveres da família na seguinte redação:

O art. 227. É dever da Família, da sociedade, e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Como para o conceito de família, seria de forma exclusiva considerada família somente após o matrimônio, isso foi alterado graças a Constituição Federal, um exemplo que é de suma importância a ser destacado do contexto supracitado, é a união estável, pois ela passa a ganhar reconhecimento e também suporte jurídico, sendo acrescentada como uma espécie nova de família. (BRASIL, 1988)

Entretanto, para ser considerada união estável, são necessários alguns requisitos específicos para que seja possível ser configurada como união estável e são eles: apresente provas de que a convivência é pública, ou seja, que é conhecida pelas pessoas ao seu redor, que é contínua, que não se trata de um relacionamento eventual, e que é duradoura, ou seja, que já existe há algum tempo.

Além disso, é possível que o casal registre a união estável em cartório, por meio da lavratura de uma escritura pública. Isso pode ser feito a qualquer momento, desde que os dois estejam de acordo. É importante ressaltar que a união estável pode ocorrer entre pessoas de diferentes sexos ou do mesmo sexo, sendo reconhecida a união estável homoafetiva. Desde 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar, garantindo os mesmos direitos e deveres aos casais homoafetivos.

Por fim, é fundamental que o reconhecimento da união estável seja visto como um avanço na luta pelos direitos civis e pela igualdade de direitos de todas as pessoas, independentemente da orientação sexual ou identidade de gênero.

## FAMÍLIA MATRIMONIAL

Com base no direito, a família matrimonial é uma das primeiras formas de organização familiar reconhecidas, tendo o casamento como base. De acordo com o Código Civil brasileiro, o casamento é um contrato civil e solene que estabelece a união entre um homem e uma mulher com o objetivo de formar uma família. Essa forma de família é uma das mais antigas e tradicionais da sociedade, considerada por muito tempo como a única forma legítima de constituir uma família. Ainda hoje, muitas pessoas buscam o casamento como uma forma de estabelecer uma relação estável e duradoura.(BRASIL, 2002)

De acordo com a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves (2020), a família matrimonial é uma comunidade formada pela união do homem e da mulher em casamento, baseada na afetividade e solidariedade recíprocas, e que tem como finalidade a realização pessoal dos cônjuges, bem como a procriação e educação de filhos, se for essa a vontade do casal. A família matrimonial é regulamentada pelo Código Civil, sendo que pode ser formada pela união estável ou pelo casamento civil.

É importante ressaltar que, atualmente, o casamento não é mais a única forma de se estabelecer uma família. A legislação e a sociedade evoluíram ao longo dos anos, e outras formas de união, como a união estável e a família monoparental, passaram a ser reconhecidas e protegidas pelo direito. Isso não significa, no entanto, que a família matrimonial tenha perdido sua importância e relevância.

A Constituição Federal de 1988 reconhece o casamento como base da família, conforme estabelecido no artigo 226, §1o. No entanto, outras formas de família também são reconhecidas pela legislação, garantindo que todas as formas de união sejam protegidas e tenham seus direitos respeitados.

Assim, embora a família matrimonial ainda seja uma forma importante de constituição da família, ela não é mais a única e exclusiva forma reconhecida pela legislação brasileira. O

importante é garantir a proteção e os direitos de todos os membros, independentemente da forma de união estabelecida.

De acordo com o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, a família matrimonial é “uma comunidade formada pela união do homem e da mulher em casamento, que tem por base a afetividade e a solidariedade recíprocas e que tem por finalidade a realização pessoal dos cônjuges e a procriação e educação de filhos, se for essa a vontade do casal” (GONÇALVES, 2020, p. 311).

Dentro da família matrimonial, os cônjuges assumem papéis e responsabilidades específicas, como parceiros e pais. O casamento é considerado uma instituição que estabelece uma base sólida para a criação de uma família, com uma estrutura socialmente reconhecida.

Com a vigência da Constituição Federal de 1988, foi estabelecida pelo legislador uma proteção para os novos modelos de família, como faz referência a redação de ambos os parágrafos respectivamente §3º e §4º do artigo 226 da constituição federal de 1988. A família que se deu a partir do matrimônio teve uma adaptação rápida mediante as regras da sociedade.

Para uma curiosidade interessante e para um momento de descontração, de acordo com autor VENOSA (2008), a celebração religiosa romana era denominada como *confarreatio* e se dava, pois existia o costume de dividir uma torta de cevada entre os noivos, que fazia referência a uma vida em comum. Essa tradição deu origem ao bolo dos casamentos atuais.

## **FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS**

Observa-se no decorrer da redação, já não existe somente um conceito ou modelo de família, com isso, um dos modelos que em minha opinião merecem um destaque, é a família reconstruída, pois é um modelo de família que já existe a muito tempo e é muito comum, mas existe ainda um preconceito por parte de algumas pessoas em relação a esse modelo de família. Inicialmente precisamos esclarecer que uma família reconstruída, é onde a

estrutura familiar é composta por pessoas que iniciam uma relação amorosa e constituem família, após o falecimento do cônjuge anterior, uma separação ou até mesmo um divórcio.

Para esse modelo de família, podem incluir os filhos de seu relacionamento anterior e do mesmo modo se o casal tiver filhos da relação atual, se dá quando possuía uma estrutura familiar de um modo, e por algum motivo deixou de existir e posterior a isso, teve a reconstituição de uma nova família, mas dessa vez com membros novos, por ter essa formação de família, existem desafios, como algumas famílias passam por conta do julgamento da sociedade em que vivemos.

Para a terapeuta familiar e também psicóloga Ana Cristina Dias, que tem uma vasta experiência com esse tipo de família, vem através de seus estudos, elaborar questões tanto emocionais como psicológicas que derivam da família reconstruída e conseqüentemente modelos estratégicos para lidar com a formação da família. Ainda segundo Ana, esse modelo luta contra um desafio referente e com a nova formação da relação entre os membros da própria família, podendo levar a conseqüências como discordâncias e conflitos entre essas pessoas.

Já para a jurista Maria Berenice Dias, que é especialista em direito das famílias, e um dos modelos que a mesma tem artigos publicados e suas obras voltadas, é a família reconstruída, para ela, essa modalidade de família é uma realidade que está cada vez mais presente na sociedade e merece respeito e reconhecimento como qualquer família.

Destacando sempre que a formação dessa família, pode ser considerada complexa em alguns casos, de uma maneira específica para crianças que podem ficar ansiosas e não saberem lidar com a mudança e a nova formação de família a qual estão inseridas e para os pais que precisam ter esse cuidado e responsabilidade para saber lidar com essa situação.

Ainda para Maria Berenice, cada caso precisa ser analisado de uma forma única e específica para que se tenha uma resposta para a questão a qual enfrenta, pois cada família enfrenta uma

peculiaridade, ela busca sempre forma de solucionar os conflitos de uma forma consensual, podendo ser por meio de uma forma de negociação ou mediação entre os membros da família.

Como também possui o título de advogada, a doutora Maria defende que é preciso uma forma de adequação do legislador para as realidades de família que existem, para que sejam protegidas e tenham um bem estar como as demais famílias que são reconhecidas pelo nosso ordenamento jurídico.

Um aspecto importante é a cooperação e a comunicação entre os pais biológicos e seus ex-parceiros. É essencial que esses adultos consigam trabalhar juntos em prol do bem-estar das crianças, evitando conflitos e mantendo um ambiente harmonioso. A negociação de questões como guarda compartilhada, visitas e responsabilidades financeiras devem ser feitas de forma amigável e focada no melhor interesse das crianças.

Apesar dos desafios, muitas famílias reconstituídas são capazes de construir relacionamentos fortes e afetuosos. Com o tempo, os membros da família podem se tornar uma fonte de apoio e amor uns para os outros, superando as dificuldades e criando um ambiente familiar positivo e acolhedor.

## **FAMÍLIA HOMOAFETIVA**

É de extrema importância ressaltar que para o escopo para a pesquisa, uma vez que somente é possível a discussão a adoção por casais do mesmo sexo, desse modo a análise dessa modalidade de família é essencial para que seja compreendido que algumas questões jurídicas, psicológicas e até mesmo sociais que englobam casais e adoção homoafetiva, possuem implicações, podemos considerar que sofrem mais que as demais formas de família, por outros motivos.

A família homoafetiva é a modalidade de família que é composta por casais do mesmo sexo, que estabelecem um casamento ou uma união estável, onde tem a responsabilidade de assumir um compromisso de ambas as parte de amor, zelo e

carinho, levando em consideração que a construção de uma vida a dois é de muita importância.

Não seria justo destacar ou relatar que casais homoafetivos vindo sendo uma maior realidade na sociedade, pois está totalmente equivocado, pois esses casais existem há muitos e muitos anos atrás, o que vale destacar é que mesmo que ainda exista o preconceito da sociedade, essa questão vem sendo melhorada no passar dos anos, porém é preciso entender que existem infinitas coisas que precisam ser melhoradas para que possamos alcançar uma sociedade com menos preconceito.

Com o passar dos anos, a luta pelos direitos dessas famílias tem sido uma pauta que é recorrentemente citada e discutida em vários países do mundo, com o foco de lutar para uma igualdade de direitos e na luta contra o preconceito. Um exemplo que precisamos destacar, é que no Brasil foi reconhecida somente em 2011 e 2013 a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo, após inúmeras batalhas na justiça para que isso acontecesse, mesmo que fazem mais de uma década após o primeiro reconhecimento, é considerada como uma decisão recente.

Porém não é porque foi reconhecimento a união estável e casamento desses casais e a possibilidade de constituição de uma família, que a luta pelos direitos básicos iriam para, muito pelo contrário, a luta ainda continua para que os direitos sejam iguais, pois existem inúmeras questões consideradas como pendentes em alguns aspectos, para que essa pessoas tenham os mesmos tratamentos que a sociedade dá para casais heterossexuais e um desses atos que precisam de atenção e uma melhoria, é a adoção por casais homoafetivos.

Para muitos, esse tema é ainda é considerado um assunto polêmico e até mesmo controverso, tendo como argumento principal o questionamento de que as crianças e adolescente precisam estar em uma família considerada como tradicional para que não tenham a sua sexualidade ou criação afetadas, pois nesse ambiente não irão crescer saudáveis e não serão bem sucedidos.

Para entendermos esse contexto, é preciso frisar que algumas pessoas que possuem qualquer tipo de preconceito com essa modalidade de família, precisam tentar abrir os olhos para entender que do mesmo modo que existem peculiaridades em outras famílias, existem na formação de uma família homoafetiva, até mesmo preconceitos e medos que essas pessoas precisam enfrentar, precisam ter o respeito das pessoas como sociedade e também do poder jurídico, e assim, somente assim, será possível ter uma discussão mais aprofundada sobre as questões que estão ligadas a adoção por casais homoafetivos e as implicações que se tem na sociedade atual.

Levando em consideração esse preconceito que as pessoas têm contra os homossexuais, alguns usam até mesmo o termo “homossexualismo” para se referir as pessoas dessa comunidade, tendo em vista, que foi alterada para homossexualidade, pois para o sufixo “ismo” se remete a doença, já o sufixo “dade” é definido no modo de viver e ser. (DIAS, 2006, P, 174).

Para a doutrina brasileira, temos a jurista Maria Berenice Dias que possui um nome de peso que representa bem os direitos dessa modalidade de família, sendo uma das referências no Brasil quando se fala nos direitos da comunidade LGBTQIA+.

Daremos um destaque maior sobre a sua obra “Manual das famílias”, ela apresenta um conceito que família homoafetiva, que significa a união de duas pessoas do mesmo sexo, que foram uma família com a sua base no afeto e na solidariedade.

Para ela, a família homoafetiva pode e deve ser reconhecida como entidade familiar, convivência, como as demais famílias, independentemente da ligação biológicas ou jurídicas.

A autora destaca que, assim como as demais formas de família, a homoafetiva também possui o direito de ser protegida pelo ordenamento jurídico, garantindo os direitos iguais às demais, como por exemplo, a de convivência familiar, a herança, alimentos e também a adoção.

Ela levanta o argumento de que a família homoafetiva não deve ser vista, de maneira nenhuma, como uma ameaça à

instituição familiar, levando em consideração que a existência não altera ou implica em qualquer diminuição do valor ou importância da família considerada tradicional. Muito pelo contrário, se essa modalidade foi totalmente reconhecida, contribui para a consolidação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do mesmo modo, efetiva a igualdade e a diversidade na sociedade.

Ainda para Dias (2009, p 88), de uma maneira precisa, destaca que o casamento homossexual não existe um impedimento, pois na Constituição Federal (BRASIL, 1988) não se faz referência quanto a diversidade do sexo do parceiro. Já em relação a construção de uma família homoafetiva, entendemos que essa união pode ser construída como qualquer outra forma de relacionar, com os mesmos elementos fundamentais, como o amor e a comunhão de vida, todavia, não é regida pelo direito das famílias.

Observa-se que negar e excluir essa modalidade de família existe, é ir totalmente contra a dignidade humana e a liberdade, os valores soberanos do Estado que tem como objetivo ser uma sociedade livre de preconceitos, de uma forma igualitária para todos, mas também seja pluralista.

As famílias homoafetivas desempenham um papel significativo na sociedade, contribuindo para a formação de indivíduos amorosos, compassivos e empáticos. Elas oferecem um exemplo de respeito, aceitação e amor incondicional, mostrando que o mais importante em uma família é o vínculo afetivo e o apoio mútuo. É importante ressaltar que as famílias homoafetivas não são diferentes em sua essência das famílias heterossexuais. Elas compartilham os mesmos desafios, alegrias e responsabilidades na criação de seus filhos. A orientação sexual dos pais não é um fator determinante para a qualidade da parentalidade. O que realmente importa é o amor, o comprometimento e a dedicação dos pais em oferecer um ambiente seguro e afetivo para seus filhos.

## **FAMÍLIA MONOPARENTAL**

Essa modalidade de família é uma das formas mais comum dentre as entidades familiares, nos dias atuais, ela é composta por um dos genitores que vai exercer a função de pai ou mãe, tendo a responsabilidade por todas as decisões e também obrigações que estão relacionadas a criação e educação dos filhos.

Essa formação de família pode ser consequência de vários fatores, como o divórcio, o falecimento do outro genitor, por motivos pessoais ou até mesmo por uma gravidez solitária, além desses, podem ter inúmeras situações que levaram a essa formação de família. Neste contexto, é de suma importância que exista políticas públicas e medidas legais que estabeleçam uma rede de proteção e que tenha todos os direitos garantidos para essa modalidade de família.

Para essa formação de família, basta que um dos genitores ou de um descendente para que seja caracterizado como uma família monoparental e por reflexos da sociedade atual, onde está cada vez mais rotineiro as pessoas se divorciarem, essa modalidade está ganhando cada vez mais espaço no âmbito social.

Além disso, a sociedade tem se conscientizado sobre a importância de oferecer apoio e recursos para famílias monoparentais. Programas governamentais, organizações não governamentais e comunidades têm se mobilizado para fornecer assistência financeira, orientação jurídica, suporte emocional e serviços de cuidado infantil acessíveis para essas famílias.

## **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PROTEÇÃO DO INTERESSE DO MENOR**

O princípio da dignidade humana faz parte dos princípios básicos e classificados como fundamental, que está presente na Constituição Federal de 1988, que é devidamente expresso logo em seu primeiro artigo que expressa no artigo 1º, inciso III: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel

dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: \*...+ III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL,1988).

Com isso, é preciso destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana é denominado como um princípio máximo, podemos dizer que está englobado entre os princípios mais importantes que temos no nosso ordenamento jurídico e também assume um papel de suma importância na promoção dos direitos fundamentais do indivíduo. "A ideia de pessoa humana, a ideia de que cada homem tem uma individualidade racional que como tal deve ser respeitada, eis o valor por excelência, aquele que podemos chamar valor-fonte" (REALE, 1998).

Considerando que por tratar do interesse do menor, com a total proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que não faria sentido deixar de incluir o princípio da dignidade humana em suas redações, e por isso, tem de forma expressa em seu artigo 6º: Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (BRASIL, 1990 ).

Conforme supracitado o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, porém em seu artigo 227, vai esclarecer que é dever da família e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente, com total prioridade, os direitos básicos, são eles: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1988)

Por tratarmos especialmente do interesse do menor no âmbito da adoção, é precisamos entender e dar uma visibilidade melhor para que esses direitos sejam resguardados de modo que proteja esses menores, até porque no momento de acolhimento, busca-se a garantia desses direitos fundamentais que destinados a todas as pessoas, mesmo que às vezes não seja possível garantir de forma

integral que todos os direitos serão cumpridos de uma maneira completa, mas é preciso ressaltar que precisa ser resguardado a todo custo, é o princípio da dignidade da pessoa humana. “Onde tendo em vista, que deverá atender o princípio do melhor

interesse, e toda e qualquer decisão que vier a primar no resguardo dos direitos fundamentais, sem quaisquer subjetivismos do intérprete.” (MORAIS, 2006).

Já na legislação específica que protege a criança e o adolescente, o ECA vem trazer uma complementação essa proteção à dignidade da pessoa humana mas focada nos menos, que tem a seguinte redação no artigo 3o “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”. (ECA, 1990)

A proteção integral do menor prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como a prioridade absoluta de seus direitos estabelecidos na CF, são fundamentais para garantir que o interesse do menor seja sempre colocado em primeiro lugar em qualquer situação. Isso significa que a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada em todas as ações que envolvem crianças e adolescentes, inclusive em questões de guarda, adoção, tutela, acolhimento institucional, entre outras.

É de extrema necessidade que o Estado e a sociedade entrem em um consenso e trabalhem em uma comunhão para que seja garantido a proteção integral dos menores e a promoção de seus direitos, onde sempre mantém o mesmo objetivo, que é o respeito da sua dignidade dos seres humanos em desenvolvimento e sempre de forma que respeite os limites dos envolvidos.

## PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE

Ao falar do princípio da igualdade é preciso entender e destacar que existem inúmeros núcleos que buscam uma igualdade entre os demais, que é uma busca incessante para que a realidade seja outra, que as pessoas realmente sejam iguais socialmente e não somente conforme a lei, pois na prática as coisas são diferentes.

O princípio da igualdade está no roll dos princípios que são fundamentais expressos na Constituição Federal, e possui a garantia que todas as pessoas são iguais perante a lei, onde não existe qualquer tipo de distinção, de nenhuma natureza, ele é essencial para que seja promovida a justiça social e para que seja garantido os direitos humanos dos cidadãos. (BRASIL, 1988)

A igualdade faz parte daqueles temas que possuem por si só, um cuidado maior com os indivíduos, como nos ensina Nery Junior (1999, p. 42) “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”.

É importante destacar que o princípio da igualdade não implica em negar as diferenças individuais ou a diversidade humana. Pelo contrário, reconhece que as pessoas são diferentes em muitos aspectos, mas defende que essas diferenças não devem ser a base para tratar alguém de forma injusta ou discriminatória. A igualdade busca garantir que todas as pessoas sejam valorizadas e tenham seus direitos e dignidade respeitados, independentemente de suas características individuais.

Para a doutrina, existem dois modelos em que a igualdade pode ser entendida, o sentido formal e o material. A formal é classificada como aquela que vai tratar todas as pessoas de maneira igual perante a lei, onde não existe o melhor e o pior, já a igualdade material vai buscar uma garantia que fazem referência às desigualdades socioeconômicas, culturais e políticas sejam minimizadas, com o objetivo de garantir que a vida seja vivida de uma forma digna pelas pessoas.

Agora, para falar dos casais que são o foco da pesquisa, é preciso entender que o princípio da igualdade é de uma necessidade absurda, pois mesmo que exista o preconceito, perante o Estado, não exista a distinção de um casal homossexual para o casal heterossexual e que possuam os mesmo deveres e principalmente os mesmos direitos. Para isso, a constituição federal brasileira, garante em seu artigo 3º, inciso IV a seguinte redação “é vedada qualquer discriminação em razão de sexo, raça, cor, etnia, religião ou qualquer outra forma”. (BRASIL, 1988).

Pois para tratarmos do princípio da igualdade, precisamos entender que para existir uma igualdade entre as pessoas, precisa aceitar a diferença, ao nos referirmos a casais homoafetivos, é preciso dar um destaque que antes mesmo da decisão imprescindível do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.277, que passou a reconhecer a união homoafetiva como uma forma de família.

Para os professores Paulo e Alexandrino a igualdade possui um objetivo claro, segundo eles:

O princípio da igualdade determina que seja dado tratamento igual aos que se encontram em situação equivalente e que sejam tratados de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades. Ele obriga tanto o legislador quanto o aplicador da lei (igualdade na lei e igualdade perante a lei). (2017, p.117)

Além disso, é fundamental que a sociedade respeite a diversidade sexual e combata o preconceito e a discriminação em todas as suas formas. Existe expressão aristotélica interessante e que se analisada a fundo, faz sentido e expressa o seguinte: “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

E também expressa Boaventura de Souza Santos, “Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça

as diferenças e, de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades” (2006. P.44).

O princípio da igualdade é uma base ética e moral importante na busca por uma sociedade mais justa e inclusiva, onde todas as pessoas possam viver com dignidade, igualdade de oportunidades e liberdade de expressão, independentemente de suas diferenças.

## CONCEITO DE ADOÇÃO

Dessa vez não iniciaremos com o conceito e sim com a importância desse ato que geram impactos inimagináveis na vida das pessoas, principalmente para aquela criança ou adolescente que não possui um lar, ou que sofreu um abandono de seus parentes biológicos, para isso, o artigo 3o do Estatuto da Criança e do Adolescente, expressa que os jovens dispõem de todos os direitos que são considerados fundamentais e inerentes à pessoa humana, que possui garantia de um desenvolvimento saudável e o acesso à cidadania, liberdade e também a dignidade (BRASIL, 1990)

Para Maria Berenice Dias, a adoção é um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. A adoção cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica `` (2010, p. 476)

Com a vigência do ECA, se deu início a uma orientação que precisava de um destaque maior, que seria atender os interesses das crianças e dos adolescentes, diferentemente das legislações que estavam em vigor anteriormente, que priorizavam os desejos daqueles casais que não poderiam ter filhos. Vale destacar que a adoção não se trata de um direito que os adotantes possuem e sim um direito que as crianças e adolescentes precisam para que tenham um lar digno, que tenha afeto e principalmente amor.

Por contarmos com inúmeros conceitos variados sobre adoção, é impossível citar todos aqui, mas abrangendo a maioria dos conceitos, Maria Helena Diniz (2002, p. 416) expressa que:

A adoção vem a ser um ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. Dá origem, portanto, a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau na linha reta.

Neste sentido, além da ênfase em conceituar a adoção, é possível considerar o destaque no entendimento de Luciano Rossato e Paulo Eduardo Lépore, que compreendem a definição de adoção como “sob a ótica do Estatuto, adoção é uma medida protetiva de colocação em família substituta que estabelece o parentesco civil entre adotante e adotado.” (2009, p.42)

Já Maria Berenice Dias, conceitua adoção como a “modalidade de filiação constituída no amor, gerando vínculo de parentesco por opção”. (2009, p.434). Enquanto, para um dos juristas de maior nome no século XIX, Clóvis Beviláqua traz o conceito de adoção como “o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho”. A adoção é um ato que tem por objetivo fornecer às crianças e adolescentes que não possuem uma família biológica e oportunidade se serem acolhidos em uma família e receberem todos os cuidados necessários para a formação de uma pessoa com ideais corretos e serem uma pessoa digna, tudo isso, derivado de amor, cuidado, zelo e proteção.

Para a lei 8.069/90 publicada no dia 13 de julho de 1990 (ECA), traz em seu artigo 41º a redação “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

Maria Helena Diniz (2009, p.05), afirma que a adoção é um ato de humanidade onde se busca dar proteção àquele que está sem família e conforto ao que a natureza lhe negou o privilégio de ter filhos consanguíneos.

## ADOÇÃO NA ANTIGUIDADE

A adoção é uma prática que existe desde a antiguidade e se mantém até os dias atuais. Na antiguidade, as sociedades possuíam diversos motivos para adotar crianças e estabeleciam diferentes procedimentos e regras para efetuar a adoção. Na Grécia Antiga, a adoção era um processo muito comum e importante para assegurar a continuidade da família, a sucessão dos bens e a proteção dos filhos em caso de morte dos pais. A adoção era realizada através de um ritual religioso e envolvia a participação de testemunhas, além de um contrato formal que definia os direitos e deveres do adotante e do adotado. Na Grécia, era comum a adoção de meninos, mas também existiam casos de adoção de meninas.

Na Roma Antiga, a adoção também era uma prática comum e muito valorizada. Na época, a adoção era vista como uma forma de honrar o adotante, que assim poderia ter um herdeiro para os seus bens e títulos. A adoção era realizada através de um processo legal que envolvia a autorização do Senado e a aceitação do adotado e dos seus parentes. A adoção era, em geral, feita para meninos e, muitas vezes, envolvia a troca de dinheiro ou bens entre as famílias. Na Índia Antiga, a adoção era uma prática bastante comum e tinha como objetivo principal garantir a continuidade da linhagem familiar. Na época, a adoção era considerada um ato religioso e tinha um forte componente ritualístico. A adoção era realizada através da cerimônia de *prāyaścitta*, que envolvia a transferência da criança para a família adotante e a realização de oferendas aos deuses.

Na China Antiga, a adoção era uma prática bastante comum e tinha como objetivo garantir a continuidade da linhagem familiar e a sucessão dos bens. Na época, a adoção era realizada através de um processo legal que envolvia a autorização do imperador e a aceitação do adotado e dos seus parentes. A adoção era, em geral, feita para meninos e, muitas vezes, envolvia a troca de dinheiro ou bens entre as famílias.

Em resumo, pode-se afirmar que a adoção era uma prática comum na antiguidade e tinha diferentes objetivos e procedimentos em cada sociedade. No entanto, a ideia de garantir a continuidade da família e a sucessão dos bens era um dos principais motivos para a adoção em diversas culturas antigas.

## **ADOÇÃO NO BRASIL**

Para retratarmos sobre adoção, é preciso destacar que adotar é uma decisão que requer muita responsabilidade, empatia e amor com o próximo, pois irá incluir a criança ou adolescente em uma entidade familiar, com pessoas que não tem uma ligação de sangue ou grau de parentesco, e é de suma importância que essa criança realmente se sinta parte da família e não como uma desconhecida que não se encaixa dentro do seio familiar. Em reflexo a essa prática, é necessário entender que a adoção no Brasil é de competência da justiça estadual, de uma maneira mais específica, a vara da infância e juventude.

Para a aplicação do direito nesse âmbito, que do mesmo modo que os demais, também fazem parte do direito de família, muitos autores renomados tem literatura específica, um exemplo seria a classificação de Antunes Varela, que expressa:

É muito controvertida entre os autores a natureza jurídica da adoção. Enquanto a adoção constitui assunto de foro particular das pessoas interessadas, a doutrina inclinou-se abertamente para o carácter negocial do acto. A adoção tinha como elemento fundamental a declaração de vontade do adotante, sendo os seus efeitos determinados por lei de acordo com o fim essencial que o declarante se propunha alcançar (...)

E após essa breve explicação de como era o trâmite legal para a adoção, ele finaliza com o relato de como ocorre nos dias atuais. “Logo, porém, que os sistemas jurídicos modernos passaram a exigir a intervenção dos tribunais, não para homologarem, mas para concederem a adoção, a requerimento do adoptante, quando entendessem, pela apreciação das circunstâncias concretas do caso

que o vínculo requerido serviam capazmente o interesse da criação e educação do adoptando, a concepção dominante na doutrina quanto à natureza jurídica do acto mudou de sinal. Passou a ver-se de preferência na adoção um ato de natureza publicística (um ato judicial) ou um acto complexo, de natureza mista”.

Posterior a essa explicação, conseguimos destacar um conceito aproximado de adoção, que será classificado como um ato jurídico em sentido estrito, na obra de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Novo curso de direito civil – Direito de Família, trazem uma classificação interesse sobre adoção que temos uma junção do Estatuto da Criança e do adolescente e a literatura de Paulo Lobo que expressa o seguinte conceito de adoção “um ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, excepcional, irrevogável 397 e personalíssimo 398, que firma a relação paterno ou materno-filial com o adotando, em perspectiva constitucional isonômica em face da filiação biológica”. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2021).

Entretanto, para a aplicação no direito brasileiro, temos duas jurisprudências que resguardam a adoção, que é o Código Civil de 2002 e o Estatuto de Criança e do Adolescente, lei que entrou em vigor em 1990, anteriormente, a adoção tinha sua distinção de redação e aplicação, que é basicamente, a adoção de maiores de 18 anos eram expressa no código civil e a de crianças e adolescentes, era no Estatuto da criança e do adolescente, que nos dias de hoje, é responsável por ambos os núcleos.

Porém desde a constituição de 1988, a adoção tem o reconhecimento de forma de proteção para o bem-estar da criança, por isso que é preciso priorizar o interesse da criança, esse interesse vai além do que os adultos querem ou de suas decisões, o processo todo visa garantir a proteção do direito fundamental que a criança e o adolescente precisam, para que não sofram maus tratos e abusos durante o processo e até mesmo após a adoção realizada de forma permanente.

Para tratar de casos de adoção, o magistrado precisa considerar pontos de extrema importância, um deles é garantir

oportunidades para o desenvolvimento total da criança e do adolescente, seja ele físico, psicológico e até mesmo social da criança. Os trâmites legais de uma adoção, vai incluir visitas que são realizadas por assistentes sociais, para analisar qual será o ambiente em que essa criança será parte de uma família, esse tipo de avaliação tem o objetivo classificar se o ambiente é seguro e saudável para receber uma criança e adolescente, que precisa de acolhimento em todos os âmbitos da vida.

É interessante frisar que para o filho adotado, após a finalização do processo e onde os pais possuem a guarda definitiva do filho, ele possui todos os direitos e deveres como filho que um filho biológico teria, o Estatuto da Criança e dos adolescentes não faz distinção entre os filhos e ainda expressa em seus artigos, a seguinte redação.

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. § 1.º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino 418 do adotante e os respectivos parentes. § 2.º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4.º grau, observada a ordem de vocação hereditária. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990)

Podemos dizer que essa redação é um grande acerto quanto às consequências de uma adoção, pois está para dar proteção ao adotando, que não existirão diferenças quanto à relação com os pais, de um irmão que é filho biológico, por exemplo. Quando tratamos sobre adoção, é preciso dar destaque as principais características deste lindo ato, que é a adoção, dando início, é preciso entendermos que a adoção é um ato irrevogável, assegurada no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente no §1º do artigo 39, que expressa a irrevogabilidade do ato de adotar.

Iremos utilizar do mesmo artigo e parágrafo para citarmos mais uma característica, ou seja, a adoção é excepcional, que

somente irá acontecer, que não houver mais recursos para manter a criança ou adolescente no seu seio familiar natural ou até mesmo uma extensão dela. Para além do entendimento do artigo 39, lei 8.069/1990, assegura em seu artigo 19o a seguinte redação “é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”. (BRASIL, 1990).

Por último, adoção também é plena, pois esse fato vai se dar pelo filho adotado ter os mesmos direitos e direitos que um filho biológico tem, até mesmo o direito a sucessão e temos redação que assegura esses direitos na Constituição Federal, no §6o, artigo 227 que expressa “§ 6o Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

## **ADOÇÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL**

Podemos considerar que a adoção homoafetiva tem avançado sim, mas de passos singelos, temos inúmeros pontos que precisam ser apreciados e precisam de melhorias básicas, é um tema que possui uma vasta discussão e vem aumentando cada vez no decorrer dos anos no Brasil e é preciso dar uma ênfase que teve um avanço significativo com o reconhecimento de união estável de casais homoafetivos pelo Supremo Tribunal Federal, que somente após isso, esses casais passaram a ter legitimidade de entidade familiar.

Como o crescimento avassalador da diversidade dessa comunidade, onde cada vez mais as pessoas estão se sentindo mais à vontade para assumir essa orientação, talvez podemos ligar esse fato com a lentidão que vem da legislação brasileira a respeito do resguardo dos direitos dessas pessoas, mas a conquista é de um significado sem medidas para que esses passos sejam seguidos cada vez mais, conquista que atingiu até mesmo as crianças que

muitas vezes precisam de um lar e que se encontram em situação de abandono pela sua família biológica e possam finalmente ter um lar acolhedor.

Porém como foi dito, esses passos são lentos e recentes, ainda possuem brechas que são facilmente encontradas e que as pessoas preconceituosas conseguem se aproveitar da fragilidade dessas pessoas, pois ainda se tem muito debate em vários âmbitos que possam incluir a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos.

Na efetivação da possibilidade de adoção por casais homoafetivos, foi julgado favorável pelo Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 615.261, origem ac – 5299761 com a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 615.261 (608) ORIGEM : AC - 5299761 - TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL PROCED : PARANÁ .-RELATOR :MIN. MARCO AURÉLIO .-RECTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ PROC(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ .-RECDO : ANTONIO LUIZ MARTINS DOS REIS .- RECDO : DAVID IAN HARRAD ADV: GIANNA CARLA ANDREATTA ROSSI .-DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RAZÕES - DESCOMPASSO COM O ACÓRDÃO IMPUGNADO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. Contra a sentença proferida pelo Juízo, houve a interposição de recurso somente pelos autores. Pleitearam a reforma do decidido a fim de que fosse afastada a limitação imposta quanto ao sexo e à idade das crianças a serem adotadas. A apelação foi provida, declarando-se terem os recorrentes direito a adotarem crianças de ambos os sexos e menores de 10 anos. Eis o teor da emenda contida à folha 257: [...] 2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculo biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento. 2. Há flagrante descompasso entre o que foi decidido pela Corte de origem e as razões do recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná. O Tribunal local limitou-se a apreciar a questão relativa à idade e ao sexo das crianças a serem adotadas. No extraordinário, o recorrente aponta violado o artigo 226 da Constituição Federal, alegando a impossibilidade de configuração de união estável entre pessoas do mesmo sexo, questão não debatida pela Corte de origem. 3. Nego

seguimento ao extraordinário. 4. Publiquem. Brasília, 16 de agosto de 2010.  
Ministro MARCO AURÉLIO – RELATOR.

Considerando todos os requisitos mencionados anteriormente, é de extrema importância que o adotante proporcione um ambiente familiar adequado e tenha uma motivação legítima ao buscar a adoção. Além disso, é fundamental que esteja psicologicamente preparado para assumir plenamente o papel de pai e/ou mãe de uma criança ou adolescente.

É preciso destacar que a vasta maioria dos preconceitos que essas pessoas sofrem, tem por origem o argumento de que vai contra algumas religiões, pois de acordo com a sua fé e religião, não é aceitável o união de um casal homoafetivo, onde muitos líderes religiosos e igrejas se manifestam de forma totalmente contrária e por muitas vezes preconceituosas, por conta dessa união familiar.

Muitas pessoas se opõem a esse fato, pois precisamos destacar que não é porque existe preconceito ou pessoas contras, que a entidade familiar e a possibilidade de adoção por casais homoafetivos deixam de ser um fato, independentemente desses fatos, a existência de pessoas que possuem um casamento ou uma união homoafetiva deixa de ser um fato e deixam de existir, muito pelo contrário, o preconceito dessas pessoas que deveriam acabar e entender que todos têm o direito de serem felizes da forma como querem viver a vida, claro que sem ofender o outro.

## **RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL**

Quando se trata do reconhecimento da união homoafetiva no Brasil, é preciso destacar como foi tardio, mas não deixou de ser um enorme marco para a comunidade LGBTQ+ e também pela igualdade de gênero do país. Infelizmente muito antes que ocorresse o reconhecimento, às pessoas homossexuais sofriam muito e precisavam enfrentar inúmeros obstáculos para que o reconhecimento realmente acontecesse, precisavam lutar para ter

as mesmas garantias e direitos que os casais heterossexuais já possuíam.

Precisamos relatar que antes do reconhecimento, a união de pessoas do mesmo sexo foi muito discriminada e considerada algo imoral em incontáveis sociedades ao redor do mundo, e é preciso destacar que o Brasil não foi diferente e ao relatar que foi um reconhecimento tardio, estamos sendo realistas, pois até o início do século XXI, não existia nenhum tipo de legislação específica para que fossem reconhecidas as uniões homoafetivas no Brasil.

Somente no ano de 2013, que foi emitida uma resolução pelo Conselho Nacional de Justiça, que passou a obrigar que todos os cartórios do país realizasse a celebração do casamento civil de pessoas do mesmo sexo e um fato curioso é que mesmo sendo tardia, essa decisão, o Brasil foi um dos primeiros países da América Latina a legalizar o casamento de pessoas do mesmo sexo para uma nação de forma integral.

Foi julgado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, julgaram e decidiram de forma unanime a ADIn 4277 e a ADPF 132 a união estável para os casais do mesmo sexo, foram julgadas no ano de 2011 e 2019. Para a ADIn 4722 teve um questionamento apresentado por um partido político, referente a formulação do artigo 1.723 do Código Civil que expressa em sua redação que a união estável era permitida somente entre homem e mulher, teve a sua apresentação realizada no ano de 2008 mas somente no ano de 2011 que o STF julgou a ação e deu precedente reconhecendo a união estável de casais de pessoas do mesmo sexo e possuem os mesmos efeitos jurídicos que a união estável entre um homem e uma mulher, a partir dessa decisão passou a se tornar um termo constitucional.

Para o ADPF 132 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), foi ajuizada pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) foi realizado em 2011 o questionamento a omissão por parte do Congresso Nacional para que fosse regulamentado o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Foi julgado somente em 2019, o Supremo Tribunal

Federal jogou procedente o pedido, de forma unânime que pode ser realizado o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo em todo o Brasil.

Segundo o Ministro Ayres Britto, em relação à união homoafetiva e entidade familiar, não há impedimentos para que a união entre pessoas do mesmo sexo seja reconhecida como entidade familiar merecedora de proteção estatal. Ele enfatizou que essa união deve seguir as mesmas regras e ter as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Para isso, é necessário aplicar uma interpretação conforme o art. 1.723 do Código Civil, de forma a excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida como sinônimo de família.

É de uma forma lamentável que o Brasil tenha demorado tanto para decidir sobre a união desses casais, pois durante anos e anos eles foram impedidos de se casarem de uma maneira legítima, não tendo os mesmos direitos que os casais heterossexuais e mesmo com essa decisão favorável para a comunidade, precisamos melhorar e muito em aspectos para que os direitos desses casais sejam protegidos. Justamente pelo preconceito das pessoas que a partir de 2019, após uma importante decisão do Supremo Tribunal Federal, o STF equiparou a homofobia ao crime de racismo.

Somente em junho de 2019, entrou em vigor a alteração, que teve o objetivo de que fez a inclusão de homofobia e transfobia na legislação penal da nossa nação de número 7.716/1989. Com essa alteração, os crimes agora são as discriminações por raça, cor, etnia, religião, nacionalidade e por fim, homofobia e transfobia. Assim, a partir dessa lei, é crime qualquer ato discriminatório ou preconceituoso em razão da orientação sexual ou identidade de gênero de uma pessoa, seja ela LGBTQ+ ou não. A pena para esses crimes varia de um a cinco anos de reclusão, além de multa. Essa lei é importante, pois garante a proteção jurídica das pessoas LGBTQIA+ contra a homofobia e transfobia, além de representar

um avanço na luta pela igualdade de direitos e pelo fim da discriminação e do preconceito.

## **RELAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA ADOÇÃO**

Anteriormente, a lei fazia uma distinção entre filhos legítimos e adotados, além de diferenciar os nascidos dentro ou fora do matrimônio. Essa distinção só foi encerrada com a Constituição de 1988, que determinou que filhos, independentemente de terem sido concebidos dentro ou fora do casamento, ou por meio da adoção, possuem os mesmos direitos e qualificações, proibindo qualquer tipo de discriminação em relação à filiação.

No artigo 4º, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem a seguinte redação:

Art 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990)

A nova Constituição também estabeleceu a diretriz para que o poder público supervisione os processos de adoção, de acordo com a lei, inclusive em casos de adotantes estrangeiros. Foi a primeira vez que o interesse do menor foi priorizado nos processos de adoção, reforçado com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/1990), que adotou a doutrina jurídica da "proteção integral".

As novas regras procuravam simplificar o processo de adoção, modificando, entre outros critérios, a idade máxima para ser adotado (de 7 para 18 anos) e a idade mínima para adotar (21 anos, e não mais 30), além de abrir a possibilidade de adoção por qualquer pessoa, casada ou não, desde que obedecidos os requisitos. A prova da estabilidade da família é fundamental para garantir que a criança seja acolhida em um ambiente seguro e

amoroso, independentemente do formato familiar. Essa comprovação geralmente envolve demonstrar uma convivência duradoura, apoio mútuo e um ambiente propício para o desenvolvimento saudável do adotado.

A alteração que ocorreu no ECA foi exclusivamente para a redação do inciso XV do artigo 24 da Constituição Federal de 1988, onde foi um marco para que o direito da criança e dos adolescente fosse consolidado, conforme o pensamento (Rossato; Lépole; Cunha 2014), foi determinado que seria classificado como estatuto e não código, pois ligamos a idade de código como uma forma de punir e o estatuto tem ligação com os direitos, justamente por isso, é denominado como Estatuto da Criança e do Adolescente, pois é uma garantia dos direitos.

Sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, (DIGIÁCOMO, 2010, p.9) explica que:

“Tem por objetivo fornecer subsídios para que todos os operadores do Direito da Criança e do Adolescente, pertencentes ou não à área jurídica, possam cumprir e fazer cumprir as normas e princípios instituídos em benefício da população infanto-juvenil, assegurando-lhes o efetivo exercício de seus direitos e, por via de consequência, o acesso à cidadania plena que há tanto lhes foi prometida”.

A adoção tem como objetivo principal zelar pelo bem-estar da criança e desempenhar um papel social de proteção ao menor, assegurando-lhe o direito de conhecer sua família biológica. Na adoção, é fundamental que o respeito, o carinho e o afeto sejam os elementos dominantes, tanto na relação entre os pais adotivos e a criança, quanto no ambiente familiar como um todo. Nesse sentido, a formação da família adotiva tornou-se irrelevante em relação ao sexo do casal adotante.

## **ALGUMAS DECISÕES SOBRE O TEMA**

Desde então, diversos tribunais brasileiros têm reconhecido o direito de casais homoafetivos à união estável e à conversão dessa

união em casamento, com os mesmos direitos e deveres previstos para casais heteroafetivos. Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução no 175, que obrigou todos os cartórios do país a celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Além disso, em 2019, o STF decidiu, por unanimidade, que a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero deve ser enquadrada como crime de racismo, até que uma lei específica seja criada. Essa decisão reforça a proteção jurídica aos direitos das pessoas LGBT+ e, conseqüentemente, fortalece o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

"O direito apresenta lacunas, porém é, concomitante, sem lacunas, o que poderia parecer paradoxal se captasse o direito estaticamente" (DINIZ,2004, p.69). Vale destacar que a jurisprudência sobre o tema tem evoluído ao longo dos anos, consolidando a proteção jurídica aos direitos das pessoas LGBT+ e reconhecendo a união homoafetiva como uma forma legítima de constituição de família. "O direito é lacunoso, sob o prisma dinâmico, já que se encontra em constante mutação, pois vive com a sociedade, sofre com ela, recebendo a

cada momento o influxo de novos fatos; não há possibilidade lógica de conter, em si, prescrições normativas para todos os casos"

Assim, diante da omissão da lei em relação ao casamento civil homoafetivo, é necessário verificar se a regulamentação existente para o casamento civil heteroafetivo pode ser aplicada a essa situação. Para tanto, é preciso realizar uma interpretação teleológica, a fim de determinar se o elemento valorativo protegido pela norma expressamente citada se aplica também ao fato não regulamentado.

Nos dias atuais, ainda existem muitos debates quanto a adoção por casais homoafetivos e a formação de uma família juntamente com a adoção, porém por ausência de uma regulamentação sobre o assunto, temos a infelicidade de atrasos no julgamento de recursos após a interposição. Inúmeros casos de adoção por casais homoafetivos são julgados, onde é levado em consideração os

princípios de interesses do menor e a busca incessante de igualdade para garantia desses direitos.

Porém a ideia de adotar é somente uma consequência, pois existem milhares de crianças e adolescentes que aguardam um lar e esse número tem um aumento em relação a casais que desejam adotar, o número é consideravelmente maior de casais, para crianças que precisam de um lar, vale destacar que poderíamos ter uma maior efetividade nesses processos e uma diminuição de espera para ambos, se fosse um processo mais ágil e também tivesse uma regulamentação que vai permitir que as crianças e adolescentes finalmente tenham um lar que mais se adequem a essa necessidade. Como por exemplo a (TJSC, Apelação Cível n.

2015.024925-1, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Domingos Paludo, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 28-05-2015)

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. LEGALIDADE, DESDE QUE CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO ECA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. CÔNJUGE QUE, EM UM PRIMEIRO MOMENTO, POSTULOU SOZINHO A SUA INSCRIÇÃO NO CADASTRO CUIDA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ, PORQUE DESDE O PRIMEIRO ESTUDO SOCIAL DECLAROU QUE VIVE EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. CINCO ESTUDOS SOCIAIS QUE AFIRMAM QUE O CASAL TEM CONDIÇÕES DE GARANTIR O DESENVOLVIMENTO SAUDÁVEL DO INFANTE, TENDO O MAIS RECENTE, INCLUSIVE, ASSEGURADO QUE O SEGUNDO CÔNJUGE EXERCE A PARENTALIDADE EM RELAÇÃO AO MENOR, COM LAÇOS DE AFETO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE DEVE PREPONDERAR SOBRE FORMALIDADES, APARÊNCIAS E PRECONCEITOS. RECURSO DESPROVIDO.

Portanto, nessa decisão citada acima, podemos destacar que nessa decisão foi possível a realização de adoção por um casal homoafetivo, porém foi expressamente solicitado o cumprimento das exigências que estão redigidas no Estatuto da criança e do adolescente e para finalizar foram realizados estudos para garantir o desenvolvimento integral dessas crianças. E existem inúmeras

decisões que são favoráveis aos casais ou pessoas solteiras que desejam adotar uma criança ou um adolescente.

Por muitas vezes, é questionado a capacidade de pais homossexuais, questionamentos que os casais heterossexuais não passam, não precisam provar nada para ninguém. Se um casal homoafetivo possui todos os requisitos necessários para que a adoção seja efetiva, não tem o porque ser negado judicialmente, e para isso temos o entendimento do Supremo Tribunal Federal que nos trouxe a análise da RESP 889852 / RS RECURSO ESPECIAL:

Ementa: Direito civil. Família. Adoção de menores por casal homossexual. Situação já consolidada. Estabilidade da família. Presença de fortes vínculos afetivos entre os menores e a requerente. Imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores. Relatório da assistente social favorável ao pedido. Reais vantagens para os adotandos. Artigos 1o da lei 12.010/09 e 43 do estatuto da criança e do adolescente. Deferimento da medida.

É preciso pensar de um modo otimista que já não é mais necessário em que as pessoas precisem entrar com recursos, em instâncias superiores para que sejam deferidos os pedidos realizados por pais, isso pode ser considerado um bom sinal e que estamos evoluindo como sociedade, na luta e proteção dos direitos de casais homoafetivos e para que cada vez menos, sofram preconceito.

## **RELAÇÃO E DIFICULDADE QUE OS PAIS HOMOSSEXUAIS PODEM ENFRENTAR**

Dizer que a orientação sexual de uma pessoa serve como um tipo de requisito para que ser possível adotar ou se a pessoa está em uma união estável ou casada, uma pessoa do mesmo sexo, não tem legitimidade para adotar, é de um preconceito e ignorância tremenda, todavia, ainda não existe uma formulação que protege essas pessoas de uma forma integral, protegendo de qualquer preconceito que possa vir a sofrer.

Porém existem incontáveis decisões judiciais que irão servir de modelo e amparo para quando se tem a necessidade de uma aplicação de recurso quando se entende de uma decisão negativa que prejudique pessoas que estão em uma união homoafetiva. Quando uma criança tem seus direitos violados, a adoção é uma alternativa de cidadania que permite que ela recupere todos esses direitos, incluindo afeto, educação, cultura, lazer e muito mais. Ao ser colocado em uma família substituta, a criança recupera sua dignidade como pessoa humana, que muitas vezes é perdida em abrigos, onde não há convivência familiar adequada.

A adoção por casais homoafetivos tem o mesmo efeito, pois permite que a criança recupere sua cidadania. Garantir aos casais homoafetivos o direito de adotar significa oferecer a muitas crianças o direito a um lar, a afeto no seio de uma família e, acima de tudo, a dignidade, liberdade e cidadania, direitos fundamentais que toda criança merece e não pode encontrar em uma fila de espera por um lar ou em um abrigo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao prever que qualquer cidadão maior de 18 anos, independentemente do estado civil, pode adotar, está em conformidade com a Constituição Federal, que proíbe qualquer tipo de distinção, seja ela de raça, sexo, cor ou qualquer outra. Portanto, não há justificativa para fazer distinção entre casais heteroafetivos e homoafetivos em caso de adoção, uma vez que o objetivo da adoção é garantir o melhor interesse da criança e sua inserção no seio familiar.

No meu ponto de vista, um requisito que é indispensável para que seja possível a adoção de casais homoafetivos e até mesmo por casais heteroafetivos, seja que ao tomar a decisão de adotar uma criança ou um adolescente, tenha em mente que será para sempre filho, mesmo que não compartilhem do mesmo sangue, pois família não é só aquelas pessoas que compartilham laços sanguíneos.

Desse modo, se comprometa a dar um lar digno, com tudo que uma pessoa, especialmente pessoas que estão em formação, tanto física como intelectual, para mostrar que existem pessoas diferentes

no mundo e que todas, independentes de qual seria a diferença, precisa ser respeitado, mesmo que você não concorde com as decisões das pessoas, todas sem exceção, precisam ser respeitadas.

A pergunta problema da presente pesquisa se refere se de alguma forma, a orientação dos pais podem influenciar no desenvolvimento psicológico ou social das crianças adotadas, pode ser considerada como polêmica para algumas pessoas, que acreditam que a orientação sexual de alguém pode interferir na vida do outro. Embora a adoção por casais homoafetivos tenha sido legalizada em diversos países, incluindo o Brasil, ainda existem alguns desafios e dificuldades enfrentados por pais homossexuais ao adotar.

Uma das principais dificuldades é o preconceito e a discriminação por parte de alguns profissionais envolvidos no processo de adoção, como assistentes sociais e juizes, que podem questionar a capacidade dos pais homossexuais em cuidar da criança ou até mesmo se recusar a autorizar a adoção.

Outra dificuldade é que os pais podem sofrer na seleção e avaliação do processo de adoção, não sendo necessariamente uma regra, mas nem sempre podemos garantir de forma integral a integridade dos servidores públicos que prestam esse serviço, fazendo com que o processo possa ser mais rigoroso para casais homossexuais, incluindo a exigência de apresentar declarações e laudos de profissionais que atestem a capacidade dos pais em cuidar da criança e oferecer um ambiente familiar seguro e saudável.

Além disso, muitos pais homossexuais enfrentam dificuldades em encontrar uma criança para adotar, já que muitas vezes são discriminados por pais biológicos ou instituições de adoção, que preferem colocar a criança em uma família tradicional. Apesar desses desafios, muitos casais homossexuais têm sucesso em adotar uma criança e oferecer a ela um lar amoroso e acolhedor. É importante que a sociedade se torne mais inclusiva e respeitosa em relação à diversidade familiar e reconheça que o que importa é o

amor e a capacidade dos pais em cuidar da criança, independentemente de sua orientação sexual.

Um dos lados mais críticos que podemos observar quanto a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos é a parcela de religiosos que vão contra e usam as suas crenças para justificar esse preconceito e discriminação que disseminam contra as pessoas LGBT+, ao meu ver, não é possível caracterizar essa parcela como uma minoria ou maioria, mas é totalmente plausível pontuar esse fato. Infelizmente, uma das minorias que mais sofrem preconceito no Brasil, é a pessoa LGBT+, essa discriminação não seria direito no âmbito familiar, para certas pessoas, as crianças ou adolescentes que forem adotadas por pais homossexuais podem sofrer algum tipo de influência por conta da orientação sexual, como se fosse possível dizermos que as pessoas poderiam escolher sobre o que gostar ou não.

Outra discussão que é levantada seria quanto a nomenclatura que as pessoas usam para se dirigir a pessoas LGBT+, muitos alegam que o correto seria uma „opção sexual“, nomenclatura que não faz sentido, se levarmos em consideração que as pessoas não escolheriam passar pelas dificuldades e preconceitos que sofrem todos os dias. A meu ver, a denominação correta seria „orientação sexual“, pois desse modo, podemos concluir que orientação não é algo escolhido.

É preciso destacar, que nós como uma sociedade desenvolvida, precisa criar meios de combater o preconceito contra as pessoas LGBT+ e lutar do mesmo modo pela igualdade de gênero, pois não são mais aceitáveis algumas atitudes e discriminações que essas pessoas sofrem simplesmente pela forma de amar o outro, onde nada interfere na vida de terceiros.

É de responsabilidade da sociedade, que precisam se adaptar a esse novo modelo de família, onde os casais homoafetivos somente desejam ter a oportunidade de formar uma família que é baseada no amor, dignidade dos membros e respeito, as famílias não pedem nada além do que já é de direito, que sofram

discriminação e preconceito no dia a dia, que tenham seus relacionamentos reconhecidos e respeitados por todos.

É importante compreender que a busca por igualdade e respeito não implica em solicitar aprovação de terceiros, mas sim em exigir que sejam tratados com dignidade e consideração, assim como qualquer outra família. As relações afetivas e familiares são construídas sobre o amor e a conexão emocional, independentemente da orientação sexual dos envolvidos.

É preciso dar um destaque que por muitas vezes, casais homoafetivos possuem o desejo de adotar para a constituição de uma família, óbvio, mas também para dar amor e fazer com que as crianças que sofreram com o abandono de seus pais, tenham uma nova chance de ter uma família estruturada, pois sabemos que o convívio em uma família sem estrutura, pode trazer traumas que marcam a vida toda de qualquer indivíduo.

Podemos ressaltar que adotar é um grande ato de nobreza e generosidade, onde dá chance a uma criança que não tem lar, que muitas vezes foram abandonadas por seus pais biológicos, terem a chance de conhecer o amor, o afeto, o respeito às suas vontades, o acolhimento, por isso podemos definir que a adoção é um ato que transforma vidas, tanto da criança ou do adolescente, quanto do pai ou mãe que está adotando, que possuem a linda oportunidade de amar como um filho, a criança que não possuem nem mesmo ligação sanguínea e sim uma ligação com amor.

É dar a oportunidade para a criança de construir laços familiares sólidos, baseados no amor incondicional e na dedicação mútua. Através da adoção, proporciona-se às crianças a chance de ter uma infância feliz e um futuro promissor, independentemente das configurações familiares.

Esse ato não deveria ser, de maneira nenhuma, um problema para as pessoas, pois por muitas vezes, antes da adoção ou até mesmo com suas família biológicas, não possuem uma perspectiva de vida e somente com a possibilidade da adoção, essa criança terá laços afetivos e poderá ter uma oportunidade de evolução, tanto em seu pessoal, como na sociedade.

Para Oliveira (2001, p 336), “Desde então tem se tornado mais nítida a perda do valor do Estado e da Igreja como instância legitimadora da comunhão de vida e nota-se uma crescente rejeição das tabelas de valores e dos „deveres conjugais” predeterminados por qualquer entidade externa aos conviventes”. Entende-se que a ampliação do leque de famílias, incluindo as uniões homoafetivas, deve ser vista como uma forma de priorizar o interesse da criança e do adolescente. A cidadania da criança e do adolescente deve ser uma preocupação coletiva, para que a sociedade possa se tornar efetivamente democrática e inclusiva. Nesse sentido, é importante desenvolver e aprimorar teorias, procedimentos e programas relativos à adoção, para que a adoção homoafetiva possa ser uma realidade cada vez mais presente e bem-sucedida.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Para a conclusão da monografia apresentada, da questão problema elaborada, em meu ponto de vista, não existe uma influência negativa por conta da orientação sexual dos pais adotivos, muito pelo contrário, entendo que pela vivência dos pais ou mães, por já terem enfrentado preconceitos por conta de um motivo tão fútil, que é a orientação sexual do outro, vai ensinar os filhos a respeitar as demais pessoas, independente de qualquer diferença, seja física, intelectual ou até mesmo religiosa.

Dessa forma, entende-se que a adoção homoafetiva ainda tem uma pauta que levanta a questão cada vez mais presente e importante no cenário jurídico e social contemporâneo. A adoção deve ser sempre pautada no melhor interesse da criança e do adolescente, e a orientação sexual dos pais adotivos não deve ser um fator impeditivo ou determinante na análise desse interesse. É necessário destacar que a busca por direitos pelos casais homossexuais tem como objetivo garantir a dignidade e cidadania dessas crianças que aguardam por um lar.

Embora haja avanços na conquista de direitos para os casais homossexuais, ainda é necessário lidar com o preconceito de parte

da sociedade e da religião mais tradicional. É fundamental que haja uma imposição legal para garantir esses direitos e diminuir as brechas de discriminação. Além disso, a educação é um grande aliado para que, no futuro, essas conquistas sejam respeitadas.

Infelizmente ainda existem inúmeros quesitos e áreas que precisamos melhorar para vivermos melhor em sociedade, mas para isso, precisamos iniciar com o básico de todo ser humano, o respeito e a educação com o próximo, se conseguirmos respeitar o básico, já é mais um passo para a nossa evolução como sociedade, para entendermos que existem pessoas diferentes e todas, independente de qualquer coisa, precisam ser respeitadas.

Considera-se que independentemente das normas que são estipuladas para a formalização da adoção, é preciso entender que a orientação sexual dos pais não precisa ser levada em consideração, pois até mesmo pessoas solteiras que desejam adotar, ou casais heterossexuais, precisam colocar em primeiro plano, o bem estar da criança ou do adolescente.

## REFERÊNCIAS

- ANTUNES VARELA, **Direito de Família**, ob. cit., p. 146-147.
- BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. **Os Direitos Humanos como Utopia Realista**. Editora Cortez, 2006.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 10 maio 2023.
- BRASIL. Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-563409-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em:[http://www.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Resolução reconhece há nove anos casamento entre pessoas homoafetivas. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/resolucao-reconhece-ha-nove-anos-casamento-entre-pessoas-homoafetivas/>. Acesso em: 30 maio 2023.

DIAS, Ana Cristina. Famílias Reconstituídas: Desafios e possibilidades. **Revista Psicologia em Foco**, v. 2, n. 2, p. 27-36, jul./dez. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual, o Preconceito e a Justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIGIÁCOMO, Murillo José. Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná/Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.5.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Direito de Família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 236.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: volume 6: direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 19a Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Guilherme de , **Temas de Direito da Família**, 2. ed., Portugal: Coimbra Editora, 2001, p. 336.

NERY JÚNIOR, Néilson. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado** I. Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. São Paulo: MÉTODO, 2017

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27a ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 304-305.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional de Adoção: Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009 e outras disposições legais: Lei 12.003 e Lei 12.004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 42.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. Editora Atlas, 2008, p. 78

# ADOÇÃO HOMOAFETIVA – SURGIMENTO DE UMA NOVA FAMÍLIA E OS DESAFIOS DESTA NOVA CONCEPÇÃO FAMILIAR

Haniely Magalhães Mancilha dos Santos

Cid Eduardo Brown da Silva

José Luiz Rodrigues

Raquel Domingues do Amaral

## INTRODUÇÃO

Na atualidade, há vários estudos e debates sobre sexualidade e gênero, gerando com isto questionamentos sobre as diversidades dos gêneros, não limitando-se apenas a masculino e feminino. O Judiciário permanece utilizando o termo de forma binária. Conforme em Reis (2018, n.p), até pouco tempo atrás, qualquer expressão sexual que não seguisse os padrões de

comportamento definido para homem e mulher era considerado anormal.

O hábito de adotar sempre esteve presente nas histórias das famílias, entretanto, o processo de reconhecimento social foi sendo transformado com as modificações legais e sociais. Nos dias atuais, não pode haver distinção entre os filhos, sejam eles adotados, biológicos, ou vindos de fora do casamento, pelo fato de todos serem filhos, sendo eles os titulares dos direitos por conta do vínculo jurídico de filiação.

Conforme Diniz (2002, p 423) a adoção no Brasil configura como:

[...] ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para a sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

Constituindo assim, uma filiação baseada na relação afetiva. Outrora no Brasil a adoção era constituída através de escritura pública, onde havia equiparação com o filho sanguíneo/legítimo, conforme Código Civil Brasileiro de 1916. Na questão da homossexualidade, mesmo com os LGBTQIAP + obtendo muitos direitos, é notável que ainda passem por obstáculos bem maiores, do que as pessoas do padrão heteronormativo. Mesmo com uma diversidade de Jurisprudências favoráveis, boa parte da sociedade é conservadora e são contra as famílias formadas por pessoas LGBTQIAP +.

A justificativa do presente trabalho ocorre devido à importância do tema e os aspectos relacionados aos vínculos de paternidade e filiação, pois estas relações envolvem escolhas, legislações e acima de tudo, decisões que farão o contexto na vida dos envolvidos.

O objetivo deste trabalho é estudar a adoção realizada por família homo parental (pessoas do mesmo gênero). Analisar a conceituação do que é família, adoção, e o entendimento da homossexualidade. Salienta-se que, os termos usados nos dias de hoje para se referir a alguns grupos sociais, poderão não ser o mais adequado para se referir futuramente.

O presente estudo foi realizado através de Revisão Integrativa (RI), a qual se caracteriza como forma de sistematizar a Revisão de Literatura (RL). Método este reconhecido como ferramenta de pesquisa desde a década de 1980. A RI visa reunir e integrar achados de trabalhos empíricos e teóricos, permitindo sintetizar resultados e aprofundar a compreensão sobre um fenômeno específico, com respeito à filiação epistemológica dos trabalhos incluídos (CASARIN et al, 2020).

## **FAMÍLIA EM SEUS DIFERENTES CONTEXTOS HISTÓRICOS**

Quando se trata de estudar temas em Direito de Família, não é possível se for ignorada toda a sua evolução histórica e a inserção social. Em Direito de Família, diferentemente das demais áreas, as

normas surgem de mudanças sociais, a historiadora Michele Perrot pontua que “a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”. (PEREIRA, 2001,

p 75) A humanidade, desde o início, se organizou em grupos, tornando a família a instituição presente em diversas culturas desde a antiguidade. Entretanto, a forma de organizar, seus componentes e sua finalidade não são elementos estatísticos nas diversas culturas e momentos históricos.

Conforme Scalquette (2009, p 15) o conceito de família não é uma tarefa fácil, pois a mesma sempre existiu decorrente do casamento. A família oriunda da relação homoafetiva, não é vista como entidade familiar, embora tenha ocorrido alteração na legislação, nos artigos que tratam o Direito da Família na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil Brasileiro/2002.

O conceito de família foi praticamente conceituado no Concílio de Trento no Século XVI, onde esse se tornou sacramento da igreja. Com isso delegou-se direitos:

O Direito de Família se preocupa com o status ocupado pela pessoa dentro do quadro familiar, defendendo os interesses não apenas do indivíduo, mas também do grupo. Como dependem do status da pessoa, pode tal estado na família ser modificado, ou adquirido, seja por um fato jurídico (nascimento), seja por ato jurídico (adoção, casamento) (2004, p. 6)

Com isso o papel do homem e da mulher se perpetuaram através de costumes, tradições e culturas. Porém ao longo dos séculos ocorreram mudanças. Entretanto, elas não aconteceram de forma progressiva e ou linear, como foi analisado por Michelle Perrot (1993, p 75). Se denota que as famílias na contemporaneidade foram se evoluindo de acordo com as culturas e comportamentos da sociedade ao longo do tempo.

No mesmo período, existem contextos históricos de várias culturas que se organizam de formas variadas. Até na mesma região, é notável que as relações familiares, sejam interferidas, por fatores como classe social, origem, raça entre outros. (PEREIRA, 2001, p 77)

Em todas as culturas, é notória que o grupo de pessoas estabeleça laços profundos entre si, uma ligação profunda entre os indivíduos daquele lugar, o que proporciona a alteridade, relação um com o outro, construindo sua personalidade. Segundo Maluf (2010), o conceito de família ao longo do tempo vem se transformando em face do novo redimensionamento da sociedade.

Em relação aos familiares, historicamente, não é caracterizado apenas pelo apoio material e as promessas de segurança em meio ao mundo hostil, vale ressaltar o afeto que se produz, com as trocas do mesmo. É assim que as distinções entre as pessoas são determinadas, umas com relações mais próximas do que com outras. Assim, surgem os laços familiares, que antes de tudo, são relações construídas em determinados momentos de uma época, lugar, e sob determinados valores, que sempre estarão em reconstrução.

Segundo Dias (2000), vínculos afetivos sempre existiram independentes das regras e tabus. A existência da família antecede o Estado e a Igreja, e não cabe a estes delimitar ou definir o que seja família, ao Estado caberia apenas tutelar e reconhecer essa instituição. A formação da família pelo laço biológico tem uma elaboração, seja por afeto, por cultura ou por necessidades. Para Lévi – Strauss, a família vai além da natureza perpassa pela cultura.

O que diferencia verdadeiramente o mundo humano do mundo animal é que, na humanidade, uma família, não poderia existir sem existir a sociedade. Isto é, uma pluralidade de famílias dispostas a reconhecer que existem outros laços para além dos consanguíneos e que o processo natural de descendência só pode levar-se á através do processo social da afinidade. (LÉVI-STRAUSS, 1980, p 34)

Na época primitiva as famílias eram formadas pela luta da sobrevivência, unidos em grupos se tornavam mais fortes e mais preparados, para enfrentar as adversidades, além da proteção e garantia da sobrevivência do grupo. Analisando antropológicamente, o parentesco

É uma construção social e não um fato determinado pela biologia ou de consequência natural.

Nesse mesmo sentido, leciona Vieira referente à família. É enquanto uma construção social, portanto, fruto do engenho humano, capaz de assegurar a cada homem e mulher um lugar no mundo e influir de modo decisivo na formação da identidade dos indivíduos, que o parentesco torna-se uma temática tão fascinante e promissora para a Antropologia (VIEIRA, 2004, p 7)

Com o passar dos anos, os indivíduos começaram a se relacionar de forma exclusiva e monogâmica indo de acordo com os valores vigentes do Ocidente judaico - cristão. Isto ocasionou que os filhos comessem a conhecer a origem paterna e criar vínculos com seus genitores. A partir deste fortalecimento vinculado à figura paterna, iniciou-se a mudança do reconhecimento da família, caminhando cada dia mais, a família patriarcal conhecida mais nos dias de hoje. Conforme Nantes (2018, p 28) o sistema patriarcal traz traços semelhantes ao Deus Pai, migrando do texto bíblico para o imaginário ocidental, onde a figura paterna representa autoridade sobre a família.

Atualmente há uma diversidade de modelos de famílias: a matrimonial decorrente do casamento civil entre um homem e uma mulher e a não matrimonial, resultante da união estável, constituída apenas por um dos genitores e sua prole, contudo os direitos são devidamente reconhecidos, conforme o art. 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1998).

## **A FAMÍLIA NA GRÉCIA E ROMA ANTIGA**

A família no Direito Romano tinha seu poder concentrado no Pater Família designava família aqueles que estavam sob o poder do pater famílias, que no caso era o chefe do lar, o mentor, poder máximo. As mulheres nesta época não tinham uma posição tão elevada, sendo que no direito romano as mesmas eram relativamente consideradas incapazes. O poder que o pai recebia

era ilimitado, que foi entregue pela religião, estava presente nas leis gregas e romanas (ROMANO, 2017).

No Direito Romano, no tempo de Gaio, era-se permitido que os homens que já possuíam filhos biológicos, também pudessem seguir para uma adoção. A adoção era reconhecida e possível. Esse processo recebe o nome de *deadoptio*, este ato tornava - se possível a inserção em família que não era a de origem biológica. E a partir do *adoptio* é reconhecido o parentesco entre os homens e seus filhos que foram adotados.

Conforme Alexandre (2008) para os Romanos a adoção configurava um meio de perpetuar o nome da família que não havia gerado filhos e também como garantia de cultuar os deuses domésticos.

Conforme Nader (2016) na organização greco-romana os fundamentos da família não eram nos princípios da solidariedade, mas religiosos e de culto a família patriarcal. Na Grécia, o direito de adoção era assegurado ao casal que tivesse filhos, entretanto unicamente aos homens era conferido a condição de adotante, e havia nítida distinção entre o filho natural e o adotivo. Na cidade de Esparta, as crianças eram assumidas pelo governo com o fim de prepará-las militarmente, sendo que eram lançadas do alto do Monte Tarjeto as que não perfazem a essa condição (ALEXANDRE, 2008)

## **IDADE MÉDIA**

Com a chegada do Cristianismo, a concepção da família como algo sagrado foi sendo instaurado. O instituto do casamento se tornou mais sagrado, sendo instituído como sacramento. A única família reconhecida pela igreja era e é até hoje formada pelo casamento monogâmico e heterossexual. O casal e a sua prole. Quanto ao homossexualismo, era visto como o mais grave dos crimes e incorreu em severas punições, de acordo com o III Concílio de Latrão de 1179. (ALEXANDRE, 2008, n.p)

Demais valores começaram a ser inseridos nesse período, tendo como base principalmente a religião católica. O amor e a afetividade começaram a aparecer e serem ligados às questões relacionadas à família. Contudo, estes valores eram fortemente controlados pela Igreja e pelo Direito Canônico, os quais eram contrários à adoção, pois competia à família a transmissão da vida, dos bens e dos nomes (ALEXANDRE, 2008).

## **IDADE MODERNA: INDUSTRIALIZAÇÃO E O REFLEXO NA FAMÍLIA**

O marco da Idade Moderna foi o Renascimento Cultural (1300 - 1600), através da Reforma Protestante e pelo Iluminismo, não deixando de fora também a maior elaboração do capitalismo mercantil. Nesta mesma época ocorreu um grande êxodo rural e conseqüentemente o aumento na população urbana, com isto os membros das famílias começaram a ingressar no trabalho industrial.

De acordo com Engels (1997, s/p.), a família passou por diversas modificações, assim como a sociedade que foi marcada pelas formas de produção, Engels também destaca que a desigualdade que permanece entre o homem e a mulher na sociedade, se vê refletida nas relações matrimoniais. In verbi:

A única coisa que se pode responder é que a família deve progredir na medida em que progrida a sociedade, que deve modificar - se na medida em que a sociedade que se modifique; como sucedeu até agora. A família é produto do sistema social e reflete o estado de cultura desse sistema. Tendo a família monogâmica melhorado a partir dos começos da civilização e, de uma maneira muito notável nos tempos modernos, é lícito pelo menos supor que seja capaz de continuar seu aperfeiçoamento até que cheguem à igualdade entre os dois sexos. Se, num futuro remoto, a família monogâmica não mais atender às exigências sociais, é impossível prever a natureza da família que se sucederá.

A separação entre Igreja e Estado, além do fortalecimento de novas religiões também influenciou nas mudanças do casamento. Surge então o casamento no civil já que não havia mais religião oficial reconhecida pelo estado. Com a evolução da religião Protestante em alguns países o divórcio começa a ser aceito, com as possibilidades de divórcio as uniões começaram a se basear na convivência e principalmente no sentimento, sendo assim surgem as famílias que se diferenciam do que antes era visto como o tradicional. As configurações familiares se alteram diante do divórcio e as famílias se adaptam à nova realidade que vem surgindo.

Conforme Mendes (2011, n.p) foi através do Código Napoleônico em 1804 que a adoção renasceu, com novos fundamentos e regulamentações, a princípio no interesse do próprio Imperador Francês, que não tinha filhos e desejava adotar um dos seus sobrinhos. Portugal muito influenciou ao Brasil, em relação às características do direito português, sendo primeiramente judicializado e competia aos juizes da primeira instância, os quais expediam a Carta de perfilhamento. Contudo em 1916 que o código civil brasileiro sistematizou a adoção, através dos artigos 368 a 378. Um dos requisitos era se o homem e a mulher fossem casados e o consentimento do tutor da guarda para se efetivar a escritura pública.

## **PERÍODO CONTEMPORÂNEO**

O período contemporâneo, em meados do século XX em diante, foi marcado por mudanças contínuas e rápidas. Os avanços tecnológicos, a liberdade das mulheres, os métodos anticoncepcionais, o divórcio, a reprodução assistida e vários outros fatores, transformaram completamente a sociedade.

A família contemporânea se caracteriza pelas relações internas no cerne da família, menos hierarquizada tanto entre o casal, quanto em relação aos filhos. Conforme Cichelli et al. (2000), os casamentos arranjados por interesse cedem, emergindo o amor

desinteressado, a defesa dos interesses sociais. Nesse panorama surge a divisão do trabalho entre os sexos e as técnicas modernas de controle de nascimentos.

## **CONCEITO DE FAMÍLIA E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

A família brasileira acompanhou as modificações ocorridas na estrutura familiar da cultura ocidental. Salienta-se que o correto a ser reconhecido como família tradicional brasileira é a família indígena, que não segue os mesmos padrões europeus que nos dias atuais leva-se como tradicional.

A família no Código Civil de 1916 era moldada por uma característica mais patrimonial: manteve o patriarcalismo, o pátrio poder e a mulher na condição de relativamente incapaz. Paulo Lôbo (2011, p 34-35) diz que 290 artigos tinham como destinatário o direito de família. Destes artigos 151 tratavam sobre as relações patrimoniais e os demais faziam referência às relações pessoais. A família que se considerava legítima era a que se iniciava no casamento, de acordo com o art. 229 do Código Civil de 1916. O casamento era a vinculação entre a mulher e o homem para que a constituição da sua família fosse considerada uma família legítima.

Os filhos eram divididos entre legítimos e ilegítimos. No Código Civil de 1916, havia um capítulo destinado à filiação legítima. Ou seja, os filhos concebidos fora do casamento não possuíam os mesmos direitos dos filhos concebidos dentro do casamento. A Constituição de 1988 trouxe as maiores modificações, foi a partir dela que se tornou vedada a discriminação entre os filhos, não cabendo usar nenhum adjetivo para que seja definido filho, não tendo mais qualquer diferenciação entre filhos legítimos, ilegítimos, adotivos, incestuosos, sendo agora apenas filho.

Para Dias (2004, p 34-35) o artigo 358 era discriminatório em referência aos filhos ilegítimos, quanto a sua legitimação:

A negativa de reconhecer os filhos fora do casamento possuía nítida finalidade sancionatória, visando a impedir a procriação fora dos “sagrados

laços do matrimônio”. Igualmente afirmar a lei que o casamento era indissolúvel servia como verdadeira advertência aos cônjuges de que não se separassem. Também negar a existência de vínculos afetivos extramatrimoniais não almeja outro propósito senão o de inibir o surgimento de novas uniões. O desquite – estranha figura que rompia, mas não dissolvia o casamento – tentava manter a todos no seio das famílias originalmente constituídas. Desatendida a recomendação legal, mesmo assim era proibida a formação de outra família.

Apenas na Constituição de 1934, que ocorreu a dedicação de um capítulo a família, pois até então não havia preocupação com o bem-estar da criança.

## PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios consagrados constitucionalmente têm a finalidade de servir de interpretação constitucional e como norteador para a atividade interpretativa, a fim de garantir um processo efetivamente justo. Possuem a força vinculante desde o início de qualquer atividade judicante. Segundo Câmara (2007, p 20-33):

É preciso antes de tudo deixar claro que não coincidem exatamente os conceitos de princípios gerais de direito e de princípios constitucionais. Basta ver o seguinte: estabelece o art 126 do CPC que, diante de uma lacuna da lei, deverá o juiz se valer da analogia, não havendo norma que possa ser aplicada analogicamente, o julgador se valerá dos costumes e, por &m, não havendo costume que se aplique ao caso, será a decisão baseada nos princípios gerais do Direito. Ora, a se aceitar a ideia de que esse princípios gerais são os princípios constitucionais, ter-se-ia de admitir que os princípios constitucionais são aplicados em último lugar, depois da lei e das demais fontes de integração das lacunas. Isto, porém, não corresponde à verdade. Os princípios constitucionais devem ser aplicados em primeiro lugar (e não em último), o que decorre da supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas jurídicas. Entende-se por princípios gerais de direito aquelas regras que, embora não se encontrem escritas, encontram-se presentes em todo o sistema, informando-o.

Dentre os princípios constitucionais de grande valor têm-se o da dignidade da pessoa humana, o qual reconhece o indivíduo como aquele que merece ser amparado de forma a ter uma vida digna e não ser classificado como coisa.

## **A DIGNIDADE HUMANA**

Dignidade da pessoa humana “é qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”. Está ligada a Dignidade Humana o direito que cada um tem de exercer livremente a sua sexualidade e a sua identidade de gênero “pois diz respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender do fato de estar ou não prevista, de modo expresso, na Constituição” Andrade (2008, s/p)

Negar direitos baseados na orientação sexual ou na identidade de gênero é flagrante desrespeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, principalmente aos que estão ligados à sua personalidade e felicidade, como por exemplo, o direito de casar, de ter filhos e o de adotar.

Segundo Andrade (2008), a dignidade humana se fundamenta na autonomia da vontade, dispensando a autoconsciência ou a compreensão da própria existência e abarca um conjunto de direitos existenciais pertencentes aos homens em igualdade de proporção. Dessa forma, a dignidade pressupõe a igualdade de interesse, sem distinção de características individuais.

## **PRINCÍPIO DA LIBERDADE**

A liberdade é um direito fundamental da entidade familiar e deve ser garantida para a formação da família. Isto quer dizer que é dever do Estado garantir a qualquer um escolher com quem casar, manter uma união estável e a que tipo de entidade familiar será formada. O princípio da liberdade está respaldado juntamente com os direitos de privacidade, intimidade e vida privada. Flávio

Tartuce (2021) leciona que a liberdade em um âmbito familiar possui relação direta com o princípio da autonomia privada do Direito Civil, sendo assim quando se escolhe com quem deseja casar, namorar, estas escolhas feitas no âmbito do afeto, está sendo exercido a liberdade e o princípio da autonomia privada.

O Estado, não pode interferir na família de forma coercitiva e repressiva, no entanto deve oferecer proteção a família, assim como está previsto nos artigos 226 e 227 da Constituição, portanto é responsabilidade do Estado incentivar o controle de natalidade e o planejamento familiar. Em torno da justiça e em concordância com os princípios democráticos e jurídicos, além do princípio da dignidade humana, a liberdade traz o debate atual na questão do direito natural e assegurado na Constituinte.

## **IGUALDADE**

Conforme a obra literária “Oração aos moços” de Rui Barbosa (2019, n.p), o qual refere que “tratar a iguais com desigualdade ou a desiguais com igualdade não é a igualdade real, mas flagrante desigualdade”. Esta frase exemplifica que os tratamentos dados pela lei devem ser igualitários, contudo deve levar em consideração as desigualdades materiais, os sujeitos de uma mesma categoria devem ser tratados de forma igual perante a lei.

O princípio da igualdade vincula o legislador com seu intérprete, ou seja, as leis não podem conter normas que seja atribuído privilégios, juntamente com esse posicionamento o juiz não pode aplicar as normas da mesma forma que sejam geradas desigualdades. O princípio da Igualdade tem eficácia plena, e prevê que seus jurisdicionados sejam tratados com isonomia.

Em nome do princípio da igualdade, é necessário que assegure direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar também o juiz a se calar. Imperioso que, em nome da isonomia, atribua direitos a todas as situações merecedoras de tutela. O grande

exemplo são as uniões homoafetivas, que, ignoradas pela lei, foram reconhecidas pelos tribunais. (DIAS, 2007)

A justiça precisa assumir o seu papel de criadora e mantenedora dos direitos, sem posturas de preconceitos e ou posturas discriminatórias.

## **PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E AFETIVIDADE**

A solidariedade além do objetivo a ser alcançado é o princípio que torna a realização da dignidade humana, sendo tão fundamental na busca de uma sociedade mais justa, quanto os princípios de liberdade e igualdade. Na legislação, o princípio da solidariedade familiar se mostra aparente quando a família é colocada como o principal responsável pela proteção da criança e do adolescente, muito além do afeto os integrantes de uma família têm deveres uns com os outros.

Conforme Lôbo (2013), a solidariedade ultrapassa os princípios gerais da família tem como parâmetro a solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que impõe a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras. A solidariedade cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social. Sendo assim, o princípio jurídico da solidariedade não é apenas o dever do Estado, às corresponde também a reciprocidade entre os indivíduos.

Enquanto, a afetividade não necessariamente é entendida como princípio, mas é confundida com o afeto/fator psicológico. A afetividade pode ser imposta a pais e filhos, até quando haja desamor nos casos. Esse princípio está diretamente relacionado ao âmbito familiar, implícito na constituição e no código civil brasileiro.

Segundo Tartuce (2013, n.p), não é possível aos juristas abstrair a afetividade de documentos, embora muitas vezes os

intérpretes procurarem condizer com os princípios jurídicos, principalmente em relação homoafetivas, como por exemplo a primeira consequência, a afetividade contribui para o reconhecimento jurídico da união homoafetiva, expressão cunhada por Maria Berenice Dias, como entidade familiar. Após um longo trajeto -, que se iniciou pela negação absoluta de direitos, passou pelo tratamento como sociedade de fato e chegou ao enquadramento como família -, o Direito Brasileiro passou a tratar a união entre pessoas do mesmo sexo como comunidade equiparada à união estável.

Sendo assim, é importante que a afetividade seja considerada, para não ocorrer a exclusão de vínculos nos âmbitos familiares, princípio esse que contribui para efetivar os laços afetivos, o cuidado e a garantia de se constituir um espaço familiar capaz de acolher a criança e ou adolescente desamparado.

## **DIREITO LEGAL À ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS**

A família é uma das instituições mais antigas existentes na sociedade e ao longo dos anos, passou por diversas mudanças desde a sua composição de família nuclear, no âmbito social e econômico, que resultaram em novas configurações familiares. Entre os novos arranjos familiares encontra-se a família constituída por laços afetivos, que compartilham o mesmo espaço, formada por casais do mesmo sexo, cuja relação transcende o propósito sexual (LÔBO, 2011).

Diante desse panorama, é importante salientar que o Brasil precisa se renovar, se enquadrar na idealização de um país civilizado e culto, onde os casais homoafetivos seja compreendidos com o poder e o dever de construção familiar, no qual possam ter filhos afetivos por meio da adoção, se fundamentado nas vantagens preconizadas no artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual refere que a adoção pode ser deferida, quando há motivos legítimos para tal.

Embora consolidado entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito do reconhecimento da união estável de casais homoafetivos, ainda que predomina, não é suficiente para prestigiar os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Se faz necessário instituir um novo ramo no direito, que assegure e estabeleça princípios que regule o andamento do processo de adoção, se conectando a outros ramos do direito, dando ênfase ao direito homoafetivo (DIAS, 2014)

O Superior Tribunal Federal (STF) ao julgar a Auditoria de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) no 132- RJ, pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no 4.277-DF em 2011, reconhece a união homoafetiva, fornecendo materialidade a Constituição Federal de 1988, entretanto ressalta-se que houve apenas reconhecimento da união homoafetiva como família e não abrangeu o direito à adoção. Portanto, não há na legislação brasileira lei específica quanto a adoção por casais homoafetivos, o que resulta em julgamentos e entendimentos do STF. Até hoje ocorrem julgamentos contrários à adoção por casais homoafetivos, culminado na interposição de recursos a fim de garantir o direito que lhes é negado.

O ato de adotar prevê requisitos legalmente determinados e no caso de adoção conjunta, o artigo 42, parágrafo 2 da Lei no 8.069/1990, refere que os adotantes sejam casados e/ou mantenham união estável, com comprovada estabilidade familiar. Entretanto, o empecilho inerente aos direitos entre pessoas do mesmo sexo, paira sobre preconceitos da sociedade conservadora em detrimento as uniões estruturadas pela homoafetividade, resultando em abandono das instâncias regionais e chegando as esferas dos tribunais superiores.

A união homoafetiva embora não esteja assegurada na diplomacia civil brasileira, a mesma através do STF foi reconhecida e propiciou a ser considerada estrutura para realização de núcleo familiar. Neste sentido, colocar obstáculos para adoção por casais homoafetivos é trilhar o caminho adverso na igualdade de direitos. Negar, sobretudo o direito de uma criança e ou adolescente de ser

adotado, de receber os cuidados de uma família, como afeto e segurança.

## RESOLUÇÃO NO 175/2013 – CNJ

A Resolução no 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça-CNJ - abarca a habilitação, celebração e a conversão de união estável de casais homoafetivos em casamento civil. Veda desse modo aos Ofícios de Registro à recusa de efetivar a união estável em casamento de casais do mesmo sexo. Coloca desse modo em igualdade com os casais heteroafetivos.

Com efeito vinculante o STF ao reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares, com igualdade nos direitos e deveres semelhante às uniões heteroafetivas, através da ADPF no 132-RJ e ADI no 4.277-DF, demonstra assim que os vínculos de afetividade e o respeito à dignidade humana são bases para o arranjo familiar da sociedade brasileira, prestigiando a liberdade sexual, rompendo com as barreiras de preconceito ou discriminação.

Embora ainda ocorram omissões legislativas em regulamentar as uniões homoafetivas, é importante que a Resolução no 175-CNJ seja fundamento para produção de conhecimento jurídico sobre a adoção por casais do mesmo sexo.

O casamento é um contrato *sui generis* e que oficializa a união de um casal, cujas regulamentações se estendem até mesmo à sua prole. Portanto, sendo um ato formal, decorre em consequências jurídicas que abrange não somente o âmbito familiar, mais também a sociedade. O casamento tradicionalmente legitimado tanto pelo código civil, quanto à Constituição Federal (art. 226, parágrafos 3o e 5o), uma das suas prerrogativas é a diversidade do sexo. Contudo, a jurisprudência brasileira começou a atenuar a diversidade de sexo no que se refere aos direitos previdenciários e aos patrimoniais, resultando em divergências contumazes quanto à união homoafetivas.

Com a decisão proferida pelo STF a respeito da legitimidade do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, é necessário que a sociedade brasileira reconheça e garanta a igualdade de direitos a seus membros, mediante a sua pluralidade de formação, conforme enfatiza Dias (2013, p 171): A decisão do Supremo, com certeza, é um marco da nossa sociedade, mostra que a Justiça, de fato, não é cega. Ela aplicou a Constituição, ela foi chamada a julgar em face de uma omissão do nosso legislador.

E fez o que tinha que ser feito: dizer que vivemos numa sociedade livre, igual, que respeita a dignidade da pessoa e o amor delas. Desse modo, a discussão da legitimação da união de casais homoafetivos não pode servir de enfrentamento da matéria e tampouco para ações discriminatórias. A Resolução no 175 ao determinar que os cartórios extrajudiciais contemplessem as uniões de pessoas do mesmo sexo em casamento, corroborou para suspender os desembarços e fornecer o princípio de igualdade e liberdade.

O Conselho Nacional de Justiça ao regulamentar independentemente de lei ordinária sobre a temática, a qual clamava pelo posicionamento do Poder Judiciário, tendo em vista que o Legislativo mantinha-se omissivo, utilizou o Princípio do Non Liqueat em seu art. 126 do Código do Processo Civil, a fim de garantir o princípio da dignidade humana, abolindo quaisquer resquícios de desigualdade jurídica frente à identidade de sexo.

Ao se editar a Resolução, se rompe com o preconceito e a homofobia arraigada na sociedade brasileira e até mesmo entre os parlamentares, na busca de erradicar a desigualdade jurídica em face à liberdade quanto à orientação sexual.

Portanto, a constituição de uma família independe da orientação sexual de seus membros, mas sim pelo laço afetivo que a une. A isonomia preconizada pela Constituinte não é exclusiva para os héteros, mas sim a todos os cidadãos brasileiros.

## ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Ao entrar em vigor a Resolução CNJ No 175/2013, tornou obrigatória a realização de casamento entre casais do mesmo sexo pelos cartórios. Contribuindo desse modo na queda das barreiras jurídicas quanto às uniões homoafetivas. Atualmente os ordenamentos jurídicos se fundamentam pelo reconhecimento de uma gama de direitos, entre os quais se eleva a dignidade humana e a igualdade de direito, incluindo-se recentemente o direito à livre opção de orientação sexual, que implica nos casamentos homoafetivos, com as mesmas regras do casamento heteroafetivo.

Conforme Pereira (2011, p 193-194) a opção de orientação sexual corresponde a liberdade de escolha que se baseia em relações afetivas, não apenas carnais, que caracteriza a instituição familiar contemporânea. A família moderna é uma construção social a qual o seu vínculo se estrutura no amor e no afeto, indiferente a orientação sexual dos seus integrantes.

Conforme Freud (1996, n.p) em sua Psicanálise refere que a sexualidade está presente no indivíduo desde o seu nascimento e diretamente relacionado à intimidade, aos desejos e satisfações. Porém a questão do direito e da sexualidade é um tema polêmico e bastante discutido na sociedade que é conservadora. A Constituinte de 1988 retrata em seus dispositivos igualdade a todos sem discriminação.

O conceito de família estabelecido na relação afetiva entre homem e mulher presume-se datar desde a idade média. Anterior a esse período, se tem destacado na cultura greco-romana, o registro no *Symposiun* de Platão sobre a relação de Aquiles e Pátroclo, relação essa de marido-mulher (ESKRIDGE, 1993, p 1437-1442).

A igreja na Alta Idade Média era contrária no relacionamento entre pessoas do mesmo sexo e foi através de Justino em 553 que tornou ilícito esse tipo de relacionamento, pois contrariava o ideal cristão de procriação. Os inquisidores da igreja promoveram perseguição aos que mantinham relacionamento entre indivíduos

do mesmo sexo. Na Índia há registros de condenações sodomitas, conforme refere Eskridge (1993, p 1454)

No contexto histórico têm-se relatos de que na Ásia, propriamente na Índia, os homens

Impotentes assumiram o papel de mulher. Entre os aborígenes da Austrália e da Malásia ocorria a homossexualidade ritualizada, na qual um garoto deveria ter relação com um homem mais velho antes de entrar na idade adulta. (ESKRIDGE, 1993, p 1463-1468).

Unões estáveis entre indivíduos do mesmo sexo existiram desde a antiguidade, sendo esses socialmente tolerados ou não. O direito de optar por determinada orientação sexual condiz com a liberdade natural humana, sem formalização legal ou constitucional.

Em 1979 ocorreu no Brasil a promulgação do Código de Menores a qual postula duas modalidades de adoção: 1) A simples que se caracteriza ao menor em situação irregular, cujo registro civil era alterado com a autorização judicial. 2) A plena, restrita a casais com o mínimo de cinco anos de casados e que o homem adotante tivesse de 30 anos de idade acima e a criança fosse menor de 07 anos. Conforme Gonçalves (2018, p 378) a diferença consistia na adoção simples:

[...] dava origem a um parentesco civil somente entre adotante e adotado sem desvincular o último da sua família de sangue, era revogável pela vontade dos pares e não extinguiu os direitos e deveres resultantes do parentesco natural, enquanto a adoção plena ao contrário [...] possibilitava que o adotado ingressante na família do adotante como se fosse filho de sangue, modificando-se o seu assento de nascimento.

Pautado nesta descrição, observa-se a forma de apagar o anterior parentesco com a família natural. Somente com a Constituição Federal de 1998, a distinção entre filhos legítimos e adotados tornou-se findada. De acordo com o artigo 227, os filhos de uma relação de casamento sejam biológicos e ou adotados possuem os mesmos direitos e qualidades.

Para Venosa (2014, p 285), a adoção na modalidade artificial de filiação, tem o objetivo de imitar a filiação natural e também resulta como filiação civil, resultante de manifestação de vontade, exclusivamente jurídica, que se fundamenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica.

O ato de adotar através de um ato jurídico é conceder a condição de filho a uma criança/adolescente, a qual seu histórico de vida é totalmente diferente do seu, porém está sendo acolhido através do vínculo afetivo. No Brasil, em cláusula pétrea (art. 5º) refere que não há distinção de qualquer natureza, pois todos são iguais perante a lei, porém a adoção por casais homoafetivos é mais que uma discussão jurídica, ela é uma fática realidade, onde a criança, objeto de proteção, deveria sobrepor qualquer condição ou direito das partes envolvidas (CRISTO, 2015)

Conforme o Decreto no 99.710/90, o qual promulgou a Convenção sobre os direitos da criança, em seu preâmbulo reconhece que a criança deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão, sendo preparado para uma vida independente na sociedade e ser educada de acordo com os ideais outorgados na Carta das Nações Unidas (BRASIL, 1990).

O Decreto incorporou o princípio do “melhor interesse da criança” em seu sistema jurídico, o qual se tornou um norteador para as legislações internas em relação à proteção da criança e adolescente, quanto ao direito de chegar à condição adulta sob garantia morais e materiais, asseguradas no artigo 227 da Constituição Federal do Brasil de 1988. Segundo Cury (2055, p 33), em relação ao princípio do melhor interesse da criança postula:

[...] deve se entender a proteção integral como conjunto de direitos que são próprios apenas aos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, [...] de regra adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Por força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles.

Dessa forma, o princípio representa o interesse da criança, que o menor deixa de ser um objeto passivo, para se tornar um indivíduo de direitos e deveres juridicamente protegidos, sejam esses individuais e ou coletivos. Portanto, o princípio do interesse do menor, se resume no direito fundamental de chegar na fase adulta com garantias de proteção integral e não há legislação infraconstitucional que vede a adoção por casais sejam esses heteroafetivos e homoafetivos.

A adoção do princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes evidencia que cabe ao aplicador do decreto enquadrar a lei de forma a proteção integral aos menores, sem omissão e ou sem lacunas para julgar e sentenciar, em sintonia na caracterização de família, a qual não há referência quanto a orientação afetiva de seus integrantes.

O reconhecimento da instituição familiar de casais homoafetivos alterou o direito da família, tornando mais amplo os princípios da igualdade e da dignidade humana previstas no artigo 226 da Constituição federal e no artigo 1723 do código civil. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277) na qual os ministros da Suprema Corte reconheceram por unanimidade a união homoafetiva como núcleo familiar, garantido desse modo os direitos e deveres básicos de casais heteroafetivos.

O art. 226 da CF/88 é o que traz a cláusula geral da inclusão, permitindo caracterizar como instituição familiar toda e qualquer união que se construa na afetividade e sustentabilidade, entrelaçados com os princípios da dignidade humana e isonomia. Conforme Gangliano (2019), a Constituição Federal estruturou novos conceitos, novos valores morais que consagrou a concepção da multiplicidade de arranjos familiares.

Segundo Dias (2021, p 1056) o direito de proteção à família ficou assegurado, conforme refere no âmbito do Judiciário que, com o nome de uniões homoafetivas, o relacionamento entre iguais mereceu reconhecimento. Esta expressão insere também no conceito de família, as constituídas independentemente da identidade de gênero dos seus integrantes.

Portanto, a Constituição Federal promulgada em 1988, outorgou diversos direitos e garantias aos cidadãos e entre eles a sexualidade, a qual é um direito fundamental proveniente do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto que o princípio da igualdade não concede o ato discriminatório, mas sim o da liberdade e da garantia de segurança jurídica para reconhecimento e constituição de família. A adoção por casais homoafetivos tem preconceitos estereotipados, porém a adoção é um ato jurídico, onde deve prevalecer o interesse da criança. Segundo Dias (2005, p 426)

A adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade. Trata-se de modalidade de filiação construída no amor, na feliz expressão de Luiz Edson Fachion, que gera vínculo de parentesco por opção. A adoção consagra a paternidade sócio afetiva, baseando-se não no fator biológico, mas em fator sociológico. A verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado. A adoção é um ato que se torna totalmente irrevogável, indiferente se os mesmos foram por casais heteroafetivos (família nuclear) ou homoafetivos. A legislação brasileira não faz restrição quanto à orientação sexual dos adotantes.

Quando a adoção é relacionada a casais homoafetivos, ocorrem debates a favor e ou contra, pois na sociedade brasileira prevalecem questões religiosas e até mesmo o conservadorismo da família nuclear. Para Porcino et al. (2019) a temática da adoção por casais homoafetivos é algo que envolve mitos e preconceitos, dentre estes está à questão que mais gera discussão entre os estudiosos do tema, acerca dos futuros prejuízos causados a criança por conviver em um lar, onde a orientação sexual é homossexual, como também, a convivência com duas pessoas do mesmo sexo não sabendo assim diferenciar os respectivos papéis de pai e mãe. A diferenciação das figuras de pai/ homem e mãe/ mulher no desenvolvimento da criança adotada por casais homossexual vêm dividir opiniões no quesito que pode implicar na representação de causas ou prejuízos, por faltar um dos seus elementos significativos na representação simbólica entre as figuras de pai e mãe.

Para alguns estudiosos, a figura paterna e a materna influenciam no desenvolvimento sociopsicológico, e a ausência de uma delas resultaria em dificuldade de adaptar-se ao meio social. Porém não há comprovação científica desse parecer.

As dificuldades legais para reconhecimento das famílias constituídas através do vínculo afetivo, envolve não apenas o casal homoafetivo, mas também atinge diretamente o menor, pois o modo como se estruturam na sociedade, repercutem quanto ao reconhecimento de sua identidade.

## **SISTEMA NACIONAL DE ADOÇÃO E ACOLHIMENTO (SNA)**

O Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento surgiu da União do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e do Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas (CNCA) em 2019, o qual evidencia uma visão integral do processo da criança/adolescente desde o ingresso no sistema de proteção até o encerramento, seja esse por adoção, seja por reintegração familiar. A Portaria no 114 de 05 de abril de 2022 instituiu a busca ativa no SNA, buscando regulamentar as adoções de acordo com as Doutrinas de Proteção Integral e o Princípio da Prioridade absoluta quanto à infância e juventude.

Esse sistema visa fazer busca ativa para adoção e acolhimento, promovendo o encontro entre pretendentes habilitados e menores aptos a adoção. O SNA abrange milhares de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, fundamentando-se na proteção integral de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituinte. Portanto, os maiores beneficiários do SNA são crianças e adolescentes que aguardam o retorno à família de origem ou aguardam a adoção. O art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente ao deferir a adoção, busca as reais garantias para o adotando e nesse prisma, considera o princípio do melhor interesse da criança, como norteador. Sob esse enfoque, o informativo no 477 do Superior Tribunal de Justiça, traz a seguinte jurisprudência:

[...] observa que entre os direitos materno-biológicos e os parentais-sociafetivos, deve ser assegurado primeiro o interesse da criança como elemento autorizador da adoção ( arts. 62 e 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente) garantindo-se as condições básicas para o seu bem-estar e desenvolvimento sociopsicológico. Portanto, é o princípio do melhor interesse da criança que deverá pautar toda e qualquer ação do direito, garantindo assim que essa possa crescer e se desenvolver na garantia da segurança do convívio familiar afetivo.

O princípio do melhor interesse da criança não admite qualquer elemento discriminatório, concedendo ao menor, seja esse criança ou adolescente, serem vistos como sujeitos de direitos consolidados constitucionalmente nas normativas vigentes.

No painel de acompanhamento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento atualizado em 27 de abril de 2023, demonstra que foram acolhidas 32. 018 crianças. Com o total de 4.332 sendo 55,1% meninos e 44,9% meninas para serem adotadas, o Estado de São Paulo está com o maior índice (1036), seguido pelo estado de Minas Gerais (559) e Rio Grande do Sul (474). O menor índice de crianças para adoção se concentra no estado do Acre (4). A faixa etária varia de menor de 2 anos (389) até maiores de 16 anos (730). O Sistema também traz o número de 5.387 crianças em processo de adoção.

O mapa a seguir apresenta as regiões com os pretendentes disponíveis e crianças disponíveis para adoção:

Figura 1 - Camada de área pretendente disponível



Fonte: Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA

Constata-se que há um número considerável tanto de pretendentes quanto de crianças que estão aptas para serem adotadas, para constituírem uma família que reflita segurança, afetividade e acima de tudo, respeito e garantia do bem viver.

Segundo Cristo (2015) a dificuldade em deferir adoções exclusivamente pela orientação sexual ou identidade de gênero dos pretendentes acaba impedindo que expressivos números de crianças sejam subtraídos da marginalidade. Mediante a esse panorama, a adoção é travada e o menor submetido a longos períodos em condições de convivência coletiva, sem o devido tratamento afetivo e à convivência familiar.

Conforme Cristo apud Motta (2015) argumenta que não há evidências e tampouco fatores psicológicos que estejam relacionados ao exercício da parentalidade à orientação sexual, mas sim que urge a necessidade de uma postura diante da vida, da escolha, do ato de amor ao menor que anseia uma família.

De acordo com Sá (2016), a adoção por homossexuais foi reconhecida no Brasil, após a Ministra Cármen Lúcia do Supremo Tribunal Federal (STF) manter a decisão que autorizou a adoção por um casal homoafetivo e negou o recurso do Ministério Público do Paraná, baseando-se na decisão do plenário do Supremo, que em 2011 reconheceu a união estável de parceiros do mesmo sexo.

Segundo Lima (2019, p 80-82) o princípio norteador de concepção de família está atrelado ao afeto. A proibição de adoção por casais homoafetivos não somente viola os princípios constitucionais, mas também impede que menores sejam essas crianças e/ou adolescentes de serem acolhidos e protegidos por uma família. Apesar de lacunas nas leis, o Supremo Tribunal Federal tem avançado em relação às políticas públicas quanto à diversidade de gênero. Atualmente tramitam 98 processos no Congresso Nacional em referência a garantia e até mesmo restrição à população LGBTQI. (LIMA, 2019, p 68-69).

A adoção por casais homoafetivos está no pressuposto que os filhos adotivos teriam prejuízo na construção de suas identidades e possíveis desvios na personalidade. Porém tais considerações têm sido combatidas, desconstruindo esses mitos.

No Brasil, como a adoção por casais homoafetivos não é regulamentada por lei, muitos homossexuais optam por formalizar o pleito de "guarda única" da criança, configurando-se como um caso de monoparentalidade. Em alguns casos, depois do processo adotivo, a criança passa a ser criada pelo casal homoafetivo. Entretanto, existem casos de abertura legal, como os ocorridos nos municípios de Bagé (RS) e Catanduva (SP), em 2004, em que foi concedida a adoção homoparental legitimada juridicamente (Castro, 2008), em decisões até então inéditas no país. Para que seja deferida a adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados legalmente ou que mantenham união estável, sendo comprovada a estabilidade da família.

Para Cecílio et al. (2013, n.p), a adoção por pares homoafetivos anda em passos lentos,

pois sem haver as devidas legislações pertinentes ocorre que muitos menores deixam de conviver em um ambiente familiar e sim convivem em espaços coletivos.

A igreja e até mesmo o conservadorismo são fatores que influenciam o legislativo brasileiro. Para Lima (2019, p 89-90), dessa forma há um longo caminho a se trilhar para a garantia do reconhecimento social, dos princípios de dignidade da pessoa humana e da igualdade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O conceito de adoção tem se fundamentado em padrões de comportamentos, os quais se modificam ao longo da história de acordo com o contexto sócio político. No Brasil, segundo a maioria dos doutrinadores, a adoção é uma conexão artificial de filiação, no qual não há laços consanguíneos, entretanto é munido de laços afetivos.

A evolução histórica evidencia que a adoção passou do contexto de manutenção dos cultos domésticos e transferência de responsabilidade e de bens familiares, para a condição de formação familiar, em um espaço/ambiente de afeto e de respeito aos direitos do menor. Competem assim a ordem pública a manutenção e resguardo desses direitos diante da família substituta.

O ato de adotar é assegurar a uma criança e ou adolescente a oportunidade de ser assistida em suas necessidades afetivas, sociais e materiais. Conviver em uma família que lhe permita crescer e se desenvolver na segurança que alguém está por ela e para ela, indiferente quem seja.

Atualmente o instituto de adoção é guiado através do resultado dos vários anos de evolução do próprio Direito de Família Brasileiro, que se sujeitou a diversas transformações e percepções em cada momento histórico e social. A adoção desempenha um papel filantrópico, uma ferramenta humanitária, que é capaz de proporcionar um ambiente familiar munido de afeto e respeito à criança e ou adolescente desassistido/desamparado.

Sendo regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, através da Lei no 12.010/09, a adoção visa aos reais interesses da criança, buscando garantir dignidade da pessoa humana e da afetividade.

O princípio da igualdade e da liberdade em relação aos casais homoafetivos serve como fundamento para coibir não equiparações e preconceitos. A orientação sexual por parte do adotante não interfere no âmbito familiar saudável.

O Brasil está e precisa acompanhar as evoluções em relação à garantia a todos os cidadãos de forma igualitária e com equidade os direitos fundamentais e a prevalência dos direitos humanos, sem qualquer ato/forma de discriminação. Afinal a adoção deve priorizar o interesse da criança e do adolescente, ampliando as famílias adotantes, incluindo as uniões homoafetivas.

Observou-se durante o desenvolvimento do trabalho que a Constituição Federal de 1988 tutelou a família sob outros ângulos, não mais a patriarcal, estruturada sob o pátrio poder, dependente da celebração de casamento. A família passou a ser vista pelo laço do afeto, pela realização pessoal dos envolvidos nesse ambiente familiar. O direito brasileiro para não se tornar inócuo, conferiu à afetividade o valor jurídico, compreendendo a pluralidade de famílias que atualmente se constituem, entre elas a família homoafetiva.

Neste contexto, a homoafetividade é agregada na seara do Direito das Famílias, concedendo-lhes os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Portanto, a jurisprudência pátria exerce o papel de facilitador da constituição da família homoafetiva, na busca da concretização do direito das famílias, sem que ocorram preconceitos e discriminação. Apesar das mudanças na sociedade, evidenciou-se no presente estudo que as questões relacionadas à população LGBT, as quais permanecem às margens do conceito de família empregado no direito.

Cabe ressaltar que o princípio é do melhor interesse da criança, o princípio da dignidade da pessoa humana e por fim o direito constitucional de garantia do convívio em um ambiente familiar é violado com a obrigatoriedade do Cadastro Nacional de Adoção,

pois cada caso de adoção precisa ser analisado, retardando o tempo em que a criança/adolescente poderia estar acolhida e vivendo junto ao convívio familiar.

Dessa forma, entende-se que a adoção deve priorizar o interesse da criança e do adolescente, o qual vem de encontro com os interesses dos casais homoafetivos, na busca por direitos ao instituto da adoção. Portanto é importante que se unam o interesse da criança e adolescente em ser adotado com o interesse dos casais homoafetivos em constituir uma família em um ambiente afetivo.

A temática da pesquisa evidenciou que estudos são escassos quanto às famílias constituídas por pares homoafetivos e que foram adotantes no Brasil. Não há referências no Sistema Nacional com número preciso, o que demonstra que há necessidade de elencar a realidade dos menores que aguardam a adoção, bem como os casais que anseiam em adotar.

Faz-se necessário que as legislações pertinentes quanto à adoção, se façam mais céleres, buscando unificar o anseio de quem busca de modo legal a adoção e por outro lado, de quem espera ser adotado, constituindo uma família em um ambiente de afeto, segurança de que não serão tolhidos em seus direitos e garantias de cidadania.

Ao mesmo tempo, é necessário que esses dados sejam transparentes, para que se visualize a real situação dos menores e dos pares homoafetivos quanto a busca pela adoção, fundamentados nos princípios da dignidade humana e de igualdade constitucionais e cívicos. Portanto é necessário o compromisso social e ético de todas as partes envolvidas nos processos de adoção, para que o interesse do melhor da criança e do adolescente seja garantido em sua integralidade, e que os pares homoafetivos tenham seus direitos de liberdade e orientação sexual, ao mesmo tempo constituam famílias afetivas, sendo essa a questão norteadora para ser reconhecidas no âmbito de Direito da Família.

## REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência. Coordenadores - Brasília: Conselho Nacional de Justiça, p. 9, 2015. Elemento externo, capaz de limitar ou até restringir o acesso dos titulares a um direito fundamental social específico, face à limitação orçamentária do Estado (FERREIRA DE SOUZA, L. D. et al. Reserva de possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. Rev.Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 29, n. 1: 205-226, jan./jun. 2013).

ALEXANDRE, Gisele. Adoção em relações homoafetivas no direito brasileiro. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Giselle%20Alexandre.pdf>. Acesso em 24 de abr de 2023.

ANDRADE, Andre Gustavo Correa de. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. Disponível em: [http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe). Acesso em 25 de abr de 2023

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf). Acesso em 24 de abr de 2023

BRASIL, Decreto no 99.710, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm). Acesso em 27 de abr de 2023. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei N o 8.069/90. São Paulo, Atlas, 1991.

BRASIL, Lei no 8.069, 13 de julho de 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em 23 de mai. de 2023.

BRASIL, Senado Federal. Oração aos moços. Volume 271. Brasília, DF. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/564558/Oracao\\_aos\\_mocos\\_Rui\\_Barboasa.pdf?sequence=5&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/564558/Oracao_aos_mocos_Rui_Barboasa.pdf?sequence=5&isAllowed=y). Acesso em 25 de abr de 2023

BRASIL, Resolução No 175 de 14/05/2013. Diário da Justiça Eletrônico. Conselho Nacional de Justiça no 89/2013. p. 2

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Auditoria de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) no 132-RJ. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/paginador pub/ paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633](https://redir.stf.jus.br/paginador%20pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633). Acesso em 22 de mai. de 2023

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Adoção por Escritura Pública – Código Civil de 1916. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7289/1/0208-TJ- JC-009.pdf>. Acesso em 24 de abr. de 2023

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Painel de acompanhamento. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em 27 de abr de 2023

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 16a Ed. 2007. V.1. p 20-33

CASARIN, Sidneia Tossmin; PORTO, Adrize Rutz; GABATZ, Ruth Irmgard Bartschi; BONOW, Clarice Aves; RIBEIRO, Juliane Portella; MOTA, Marina Soares. Tipos de revisão de literatura: considerações das editoras do Journal of Nursing and Health. Disponível em: [https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/ index.php/enfermagem/ article/view/19924](https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/enfermagem/article/view/19924) Acesso em 23 de abr de 2023.

CECILIO, Mariana Silva; Fabio Scorsolini Comin; Manoel Antonio dos Santos. Produção científica sobre adoção por casais homossexuais no contexto brasileiro. Est. Psicol. (Natal). 18 (3). Set. 2013. Disponível em: [https://www.scielo.br/j/epsic/a/jcr\\_Q3qhNTNF8NNbyh3F6HQN/?lang=pt](https://www.scielo.br/j/epsic/a/jcr_Q3qhNTNF8NNbyh3F6HQN/?lang=pt). Acesso em 30 de abr. 2023

CICHELLI, Vincenzo; PEIXOTO, Clarice Ethers; SINGLY, Francois de. **Família e Individualização**. Rio de Janeiro. Editora FGV. 2000

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil - família e sucessões**. V.5. São Paulo: Saraiva 2012.

CRISTO, Isabella. Adoção por casais homoafetivos e o melhor interesse da criança. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1043/Ado%C3%A7%C3%A3o+por+casais+homoafetivos+e+o+melhor+interesse+da+crian%C3%A7a#:~:text=O%20princ%>

C3%ADpio%20que%20deve%20prevalecer,vantagens%20em%20f  
avor%20do%20adotando.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2009.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Comentado, Comentários Jurídicos e Sociais. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p 33.

DIAS, Maria Berenice. **Família, Ética e afeto**. 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/119/Fam%C3%ADlia%2C+%C3%A9tica+e+afeto>. Acesso em 24 de abr de 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18.Ed. São Paulo:Saraiva, 2002.5vol.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 14. Ed. Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

ESKRIDGE JR, William Nichol. **The case for Same-Sex marriage**. Virginia Law Review. Vol. 79. 1993

FREUD, Sigmund. Três Ensaio sobre a Sexualidade. In: Edição standard brasileira das obras psicológicas completas. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Filiação. São Paulo: Atlas, 2011

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 9.ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito da família**. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 6.

\_\_\_\_\_. Homoafetividade e o direito à diferença. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/327/Homoafetividde+e+o+direito+%C3%A0+diferen%C3%A7a>. Acesso em 25 de abr de 2023

\_\_\_\_\_. Homoafetividade e os direitos LGBT. 1 ed.São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

LEVI-STRAUSS, Claude. A família. In: LEVI-STRAUSS, Claude; GOUCH,

Kathleen e SPIRO, Melford. A família: origem e evolução. Porto Alegre: Villa Martha, 1980

LIMA, Vanessa Figueiredo. **Adoção de crianças por casais homoafetivos**. Editora Lumen Juris, 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:Famílias**. 4. Ed. São Paulo. Saraiva. 2011

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Nova Modalidade de família na Pós- Modernidade. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/publico/TESE\\_COMPLETA\\_PDF\\_ADRIANA.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/publico/TESE_COMPLETA_PDF_ADRIANA.pdf). Acesso em 24 de 1500.

\_\_\_\_\_. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2021. 1056 p. . União homossexual – aspectos sociais e jurídicos. Disponível em: <https://direitoafamilia.adv.br>. Acesso em 23 de abr de 2023

MENDES, Tainara. A evolução histórica do instituto da adoção. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/26739/a-evolucao-historica-do-instituto-da-adoacao>. Acesso em 24 de abr de 2023.

MULLER, Laura. **Educação sexual em 8 lições**. São Paulo: Academia do Livro, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NANTES, Flávio Adriano. A Lavoura Sagrada de Raduan Nassar. Disponível em: [https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/152985/nantes\\_fa\\_dr\\_sjrp.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/152985/nantes_fa_dr_sjrp.pdf?sequence=3&isAllowed=y). Acesso em 24 de abr.de 2023

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito Civil – Alguns aspectos da sua evolução. Editora Forense. 1a edição. 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio da afetividade**. IN: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PERROT, Michele. O nó e o ninho. In. **Revista Veja**. Reflexões Para o Futuro. São Paulo: Editora Abril, 1993, p. 75

PORCINO, Silmara Bezerra; PORCINO, José Marciel Araújo; PORCINO, Marily Miguel. ADOÇÃO DE CRIANÇAS POR CASAS HOMOAFETIVOS: UMA REVISÃO DA LITERATURA Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro, v.2 2019/02 ISSN 2178-6925.

\_\_\_\_\_. Princípio da solidariedade humana. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>. Acesso em 25 de abr. de 2023.

REIS, Juliana Fernandes Silva dos. A Importância das discussões de gênero e sexualidade. Disponível em: <https://petpedagogia.ufba.br/importancia-das-discussoes-de-genero-e-sexualidade-no-ambiente-escolar>. Acesso em 23 de abr. de 2023

ROMANO, Rogério Tadeu. Noções gerais da família no direito romano. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58063/nocoes-gerais-da-familia-no-direito-romano>. Acesso em 24 de abr. de 2023

SÁ, Barbara. Adoção cresce 34% e homossexuais mostram que podem educar e amar. Disponível em: <https://www.rdnews.com.br/cidades/adocao-cresce-34-e-homossexuais-mostram-que-podem-educar-e-amar/75898>. Acesso em 27 de abr. de 2023

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Famílias & Sucessões**. São Paulo. SP: Barros, Fischer Associados, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Autonomia privada e Direito de Família** - Algumas reflexões atuais. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1742/Autonomia+privada+e+Direito+de+am%C3%ADlia+-+Algumas+reflex%C3%B5es+atuais>. Acesso em 25 de abr. de 2023

VENOSA, Sílvio. **Direito civil: direito de família**. 14. ed. São Paulo: Atlas. 2014

VIEIRA, Joice Melo. Os filhos que escolhemos: discursos e práticas da adoção em camadas médias. Disponível em: <https://repositorio.unicamp.br/busca/Download>. Acesso em 24 de abr. de 2023.

# COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E OS CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DE PONDERAÇÃO DO JULGADOR

Gabriel Alonso Borges de Souza  
Jaqueline Karina Rodrigues de Lima  
Fernando Coelho Mirault Pinto  
João Carlos Lima de Oliveira

## INTRODUÇÃO

É cediço que no ordenamento jurídico pátrio a Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, pois o seu processo de elaboração até a sua concepção foram desenvolvidos no período de redemocratização do país pós ditadura militar brasileira (1964-1985).

Nesse sentido, a nossa Carta Magna instituiu um vasto rol de direitos fundamentais que foram garantidos aos cidadãos brasileiros que antes do processo de redemocratização do Brasil não existiam ou até mesmo foram suprimidos de alguma forma.

O direito fundamental à saúde é expresso pelo art. 196 da Constituição, ao determinar que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantida e promovida por meio de políticas públicas assistenciais. Tais políticas públicas tem como objetivo fomentar o processo de distribuição dos recursos do governo de forma que possa garantir uma melhor aplicabilidade nas necessidades da população.

Além de ser um direito fundamental, à saúde é um direito social conforme o que aduz o art. 6º da Constituição Federal Brasileira, não sendo norma programática, ou seja, não encerra apenas uma promessa de uma área em que o Estado deve atuar, mas tem a sua aplicação imediata. Como é ensinado pelo exímio constitucionalista José Afonso da Silva: os direitos sociais, como

dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conectam com o direito da igualdade.

Valem como pressupostos de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (DA SILVA, 2004, p.285). Insta salientar, contudo, que este direito não é totalmente absoluto, devendo obedecer a limites constitucionais, sendo nessa perspectiva que encontram-se as mais diversas vertentes de posicionamento sobre o tema, haja vista, de um lado a figura do Poder Judiciário, não podendo se abster das causas que lhe são submetidas e, de outro lado, o Poder Público que pode tender ao desequilíbrio em razão das decisões que se vê obrigado a cumprir.

Nessa seara, o debate sobre o processo de judicialização da saúde tem ganhado cada vez mais destaque nos dias atuais, pois cada vez mais os cidadãos que são privados ou suprimidos de seus direitos básicos, encontram solução no Poder Judiciário, mais precisamente nas decisões dos Magistrados de primeiro e segundo grau, bem como dos Ministros de Tribunais Superiores, realizarem o Juízo de mérito para deferir ou indeferir em cada singular caso concreto a procedência ou não dos direitos requeridos judicialmente.

Diante desse contexto abordado, o estudo realizou uma análise acerca de como as decisões dos magistrados influenciam no procedimento que possa garantir o direito à saúde em processos judicializados sob a ótica dos conflitos entre os princípios constitucionais fundamentais e, como é utilizado a teoria de ponderação dos princípios quando na maioria dos casos que são apresentados, verifica-se a presença do conflito entre princípios constitucionais que são trazidos nas exordiais apresentadas pelos jurisdicionados e contestados pelos respectivos defensores do polo passivo, quais sejam, nas esferas Municipal, Estadual e Federal.

O estudo apresenta uma contextualização histórica breve contextualização histórica do direito à saúde como um direito de segunda geração até os caminhos que levam para a sua concretização nos temas relacionados ao fornecimento de medicamentos de alto custo julgados pelo Poder Judiciário.

Ademais, para se obter os resultados pretendidos na presente monografia, foram analisadas também as variáveis que influem no campo decisório dos magistrados, quais sejam a influência dos posicionamentos dos tribunais superiores e os argumentos de restrições de cunho econômico, pois a controvérsia da matéria envolve os seguintes princípios: de um lado, o direito à saúde, da seletividade e distributividade, da dignidade humana, do mínimo existencial, e, de outro os princípios da reserva do possível, e do orçamento.

A principal motivação para a elaboração do presente trabalho de monografia encontra a sua base em três substanciais pilares de sustentação, quais sejam: (a) importância; (b) relevância e (c) atualidade. Logo, é um fato notório a presença de inúmeras contribuições acadêmicas sobre o tema de judicialização da saúde, sejam eles amplos ou específicos em cada linha de pesquisa, contudo, o pressuposto fundamental que este trabalho irá se guiar, bem como poderá mostrar a sua contribuição será no quesito de realizar uma análise quanto às decisões que são prolatadas pelo livre convencimento do julgador e os desafios nos julgamentos de “casos difíceis” relacionados ao conflito entre princípios constitucionais nas causas de fornecimento de medicamentos de alto custo.

## **DOS DIREITOS SOCIAIS: A ESSÊNCIA DA APLICABILIDADE NA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA**

Os direitos sociais podem ser definidos no âmbito do ordenamento jurídico pátrio como sendo, uma possível consequência lógica dos direitos fundamentais, que estão entrelaçados ao ideal na visão constitucionalista e são

indispensáveis à existência do Estado Democrático de Direito. É cediço, que os direitos fundamentais apresentam diversas denominações, quais sejam elas: direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, direitos individuais e etc.

Estes referidos direitos são abordados em diversas situações no texto constitucional brasileiro, sendo que são a base sólida e concreta para a formação e existência do próprio texto da Carta Magna, sendo a sua singular justificativa e essência. Logo, os direitos fundamentais são, contudo, as maneiras que devem reger e coordenar as relações entre a figura do Estado e Indivíduo. Nesse sentido, em conjunto com a vasta diversidade de terminologias que se tratam de tais direitos, bem como a extrema importância que são empregadas nestes, restam evidentes quando se é observado o disposto na normativa constitucional sobre (a) direitos humanos – artigo 4o, inciso II -; (b) direitos e garantias fundamentais – Título II e artigo 5o, § 1o -; (c) direitos e liberdades constitucionais – artigo 5o, inciso LXXI -; e (d) direitos e garantias individuais – artigo 60, § 4o, inciso IV.

## **SÍNTESE HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DAS GERAÇÕES DE DIREITOS**

Direito à Saúde e sua apresentação como direito de segunda geração Pode-se dizer que os direitos fundamentais apresentam uma divisão composta em, principalmente, três gerações diferentes, que se dão em diversos momentos distintos da história humana e, que correspondem às necessidades de cada época. Insta salientar, que o surgimento de uma nova geração de direitos fundamentais não significa que a geração anterior deixou de existir ou foi suprimida pela posterior. As diferenças que são trazidas em cada geração são formas de somente submeter-se à classificação de direitos com naturezas e intuitos distintos, não havendo exclusão umas das outras, mas sim estabelecendo certa complementação entre elas.

Assim, é possível estabelecer uma melhor elucidação histórica, ao ilustrar no estudo, dando enfoque para o objeto em estudo: o direito à saúde. Os direitos de primeira geração são norteados pelo estabelecimento de um dever de omissão estatal, que teve o seu surgimento a partir dos ideais iluministas dos séculos XVII e XVIII. Eles tratavam-se de maneira de garantir a liberdade individual a partir da abnegação do próprio Estado, sendo impressos como direitos de caráter negativo, sendo condicionados a uma não ação do Estado e são demonstrados como os direitos civis e políticos que têm como valor central a liberdade.

No decorrer da história da humanidade, vale ressaltar que o mundo já foi palco para o nascimento e queda de diversos sistemas políticos nos quais aqueles que comandavam agiam sem nenhuma prévia restrição de suas condutas, sendo, muitas das vezes, se confundindo com a própria figura do Estado.

Nesse respectivo cenário de embate entre os indivíduos e o Estado com o poder absoluto de seus soberanos, o efeito de reconhecer a existência de direitos naturais que são inerentes ao homem, bem como as possíveis consequências da disseminação das doutrinas liberais, principalmente as emanadas pelos pensamentos de Locke e Rousseau, foram elementos importantes para estabelecer as bases que iriam culminar na elaboração da Declaração de Virgínia de 1777 e da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Tais elementos foram fundamentais para o nascimento dos direitos dos indivíduos em detrimento dos poderes que se já se apresentavam como exacerbados – quando não absolutos – do Estado que os regiam.

É deveras importante destacar a importância do último documento ora citado: a Declaração do Homem e do Cidadão. Pois, trata-se da primeira tentativa de se estabelecer uma declaração de direitos universal, a qual conseguiu ajudar e servir como fonte de inspiração para outras advindas posteriormente, sendo uma das principais a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1948.

A Declaração Universal Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, 1948), foi aprovada na cidade de Bogotá, o documento reconheceu “a universalidade dos direitos humanos” (RAMOS, 2018, p. 314) e expressiu no artigo XI, que todos possuem o direito de proteção à sua saúde por meio de medidas sanitárias e sociais. Assim sendo, ao olharmos com atenção para os rumos que a sociedade tomou ao longo dos anos, podemos perceber que foram ocasionadas diversas evoluções vivenciadas pelos direitos e o crescimento cada vez maior e contínuo dos problemas sociais que de certa forma auxiliaram para o rompimento dos velhos valores e corroboraram em garantir conquistas aos indivíduos, como, por exemplo, os direitos de primeira geração com o valor central na liberdade.

Noutro vértice, a segunda geração de direitos, teve como centro o dever de ação do Estado, tratando-se de direitos positivos. Esta geração é caracterizada pelo valor da igualdade, sendo que o Estado deve garantir os direitos sociais, econômicos e culturais.

Se trata de uma geração de direitos que foi originada a partir do movimento da Revolução Industrial, que aconteceu a partir de meados do século XIX, onde os trabalhadores que sofreram o êxodo rural, agora nas grandes cidades, lutaram por direitos que exigissem ações positivas a ser desempenhadas pelo Estado, com foco em garantir o princípio da igualdade material entre os cidadãos. Em sucinto, ao invés de obrigar o Estado a se abster de determinadas condutas, era requerido daquele que prestasse políticas públicas; em prática, era imposto ao Estado a realização de obrigações de fazer em prol dos indivíduos.

Ademais, a terceira geração é relacionada ao abranger os direitos que são ligados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. Estes direitos são chamados de transindividuais, estando em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano.

Ela surgiu com o advento da terceira revolução industrial e na revolução dos meios de comunicação e de transportes; abarcando o princípio da fraternidade. Em um olhar panorâmico, trata-se das formações sociais, com a proteção de interesses coletivos ou difusos, assim, não se trata de direitos que se destinam a exclusivamente um indivíduo, pois estes têm como alvo a coletividade social tutelada.

Existem doutrinadores que defendem a existência de uma quarta, quinta e até mesmo sexta geração de direitos. Tais classificações não são uníssonas e podem variar de acordo com determinado autor, o que não convém ao trabalho aqui realizado, sendo notadamente certo que a elucidação acima realizada pertinente às três primeiras gerações de direitos basta ao entendimento do trabalho proposto.

De todo modo, o direito à saúde se enquadra dentro dos direitos que estão ligados à segunda geração, que passamos agora a discutir de forma mais profunda.

Nesse entendimento, coloca Fernando Aith em seu artigo intitulado “Perspectivas do Direito Sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios para sua efetivação”, ainda AITH (2010, p.185)“in verbis:

O direito à saúde, reconhecido como um direito humano fundamental, encontra-se caracterizado no que se convencionou chamar de direitos sociais ou direitos humanos de segunda geração. A própria Constituição de 1988 declara expressamente a saúde como direito social (CF, art. 6º). Entretanto, cumpre destacar, na linha de Cançado Trindade, que o direito à saúde, como direito social que é, realmente possui a característica de exigir do Estado brasileiro ações concretas e efetivas para a promoção e recuperação da saúde. Deve assim o Estado intervir na dinâmica social para a proteção do direito à saúde. Como pode ser observado, as principais finalidades desses direitos não estão somente na proteção dos indivíduos contra as arbitrariedades decisórias nas mãos do Poder Público, como também no modo de requerer ao próprio Estado a necessidade de adotar medidas que busquem melhorar as condições sociais dos cidadãos.

Conforme ainda nas palavras de Aith( 2010, p. 185)”: “Como direito social, o direito à saúde exige do Estado a adoção de ações concretas para sua promoção, proteção e recuperação, a construção de hospitais, a adoção de programas de vacinação, a contratação de médicos etc”. De outro lado, deve-se ter em vista que o direito à saúde também se configura como direito subjetivo público, ou seja, um direito oponível ao Estado por meio de ação judicial, pois permite que o cidadão ou a coletividade exijam do Estado o fornecimento de um medicamento ou de um tratamento cirúrgico específico.

Logo, se apresenta como consequência da natureza de direito de segunda geração, o direito à saúde é concretizado na obrigação do Estado que deverá garantir àqueles indivíduos tutelados pelo ordenamento jurídico a prestação dos serviços necessários que devem satisfazer os princípios constitucionais. Tudo isso é figurado de forma cristalina ao se analisar o disposto no que aduz na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 197 do texto constitucional, ao dizer:

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Nesta seara, é necessário rememorar que, apesar do conceito de direitos fundamentais sociais apenas ser obtido dentro de uma ordem constitucional substancialmente concreta, não devemos esquecer a existência de direitos universais em relação a determinados valores, como, por exemplo, a vida, a dignidade da pessoa humana e a propriedade do indivíduo sobre o próprio corpo. Em relação a esses referidos valores não há como se falar em qualquer tipo de relativização, pois sem a existências desses conceitos é perdida a própria noção de humanidade.

Diante disso, temos que o Estado brasileiro não pode se escusar de concretizar a realização dos dizeres que expressam os direitos sociais, sob pena de assim violar a Constituição.

## A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E O DIREITO À SAÚDE

Ao seguir os parâmetros internacionais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de forma inovadora, no ordenamento jurídico brasileiro, passou a positivizar de forma expressa, o direito à saúde. Podendo ele ser definido como um direito público subjetivo e, ao mesmo tempo, como um dever do Estado, expresso nos artigos 6 e 196 a 200 do texto constitucional.

Entretanto, nas Constituições anteriores o direito à saúde ainda não tinha ganhado o seu devido reconhecimento como um direito fundamental da pessoa humana, ficando o seu acesso condicionado a alguns critérios, sendo eles os associados à renda e à participação do mercado de trabalho (SILVA, 2017, p. 10).

A denominada Constituição Política do Império do Brasil (1824), em seu artigo 179, XXXI, trazia referência apenas às garantias que versavam sobre as cadeias limpas e arejadas e dos “socorros públicos” aos brasileiros (SILVA, 2019, p.152), não existindo em seu texto normativo nenhum dispositivo que pudesse tratar expressamente acerca do direito à saúde.

Noutro vértice, a Constituição posterior, de 1891, por sua vez, eliminou a garantia dos “socorros públicos” e não abordou acerca do direito à saúde, ao dispor apenas de direitos e garantias que estivessem relacionados à liberdade, segurança jurídica, propriedade e igualdade (OLIVEIRA, 2017, p.38).

De forma posterior, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934), sofreu fortes influências pela Constituição de Weimar (1919), de certa forma foi inovadora ao proteger, em diversos dispositivos, os direitos econômicos e sociais (LEVADA, 2014, p.15), efetuando menções importantes ao direito à saúde.

Nas palavras de Franco (2019, p.329), as normas que dispunham, nesse texto constitucional, acerca da “saúde pública não compunham um capítulo especial, mas se achavam disseminadas nos diferentes capítulos da Constituição”.

Nesse sentido, as normas espalhadas pelo texto constitucional vislumbravam a competência concorrente da União e dos Estados

para “cuidar da saúde e assistências públicas” (art. 10, II). Ademais, dispunham, ainda, sobre a assistência médica e sanitária do trabalhador e à gestante (art. 121, §1o, alínea “h”), bem como acerca da adoção de medidas legislativas e administrativas que buscavam a promoção da saúde pública e a assistência social (art. 138, alínea “f”); além de tratar sobre a competência da União para organizar o serviço nacional de endemias no país (art. 140).

A Constituição outorgada do ano de 1937 estabeleceu a competência privativa da União para legislar acerca de “normas fundamentais da defesa e proteção de saúde” (art. 16, XXVII), tendo sido preservada a competência de caráter suplementar e complementar dos Estados no que se refere a assuntos relacionados à assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, dentre outros, como mostra o art. 18, “c”, bem como medidas de cunho sanitário (art.18, “e”).

Segundo Santos (2008, p.102), não existia na “polaca”, como ficou denominada, nenhuma menção acerca do custeio da saúde, tampouco algum dispositivo tratando da constituição da União. Nesse cenário, o referido autor atribui à ausência de normas constitucionais, dispondo sobre o tema da repartição dos custos, sendo o motivo da desigualdade atual quanto às contribuições dos entes federativos para a saúde.

Com o processo de redemocratização criando a Constituição de 1946 que estabeleceu a competência legislativa da União para legislar sobre matérias referentes às normas gerais relacionadas à defesa e proteção da saúde, de acordo com o art. 5o, XV, “b”; também trouxe à luz acerca da assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva aos trabalhadores e às gestantes (art. 157, XIV). Em consonância com Bulos (2018, p.497), essa Carta falhou quanto à efetividade, isto é, a eficácia social dos direitos nela que são previstos.

Durante o regime militar, a Constituição de 1967 manteve-se preocupada com a manutenção da competência legislativa da União e a garantia da higiene e segurança no trabalho, bem como a

assistência sanitária, hospitalar e médica do trabalhador, como elucida o art. 158, IX e XV, do referido texto constitucional.

Dessa maneira, se apresenta de forma cristalina que todos essas Constituições brasileiras, ao tratarem do direito à saúde, dispunham, basicamente, acerca da distribuição de competências legislativas e executivas, pois tutelavam algum direito específico de titularidade dos trabalhadores e gestantes que versavam sobre a assistência social (SARLET et al, p. 1925/1926). Ademais, foi vislumbrado que por muito tempo, o direito de proteção à saúde não foi prioridade dos governos brasileiros (GARCIA, 2017, p. 29).

No entendimento de FARIAS (2018, p. 104) é registrado que, no Brasil, entre as oito Cartas Políticas, desde a terceira alguns direitos sociais são enunciados, contudo é na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em um rol exemplificativo, que são consagrados diversos direitos fundamentais sociais, dentre eles: a saúde.

O efeito de garantir o direito à saúde foi uma das grandes inovações atribuídas à Constituição de 1988 e foi resultado, em grande parte, das discussões ocorridas durante a VIII Conferência Nacional de Saúde (CNS). O evento foi realizado na cidade de Brasília, em março de 1986, tendo a participação de diversos setores da sociedade civil, grupos profissionais e partidos políticos, que chegou a mobilizar mais de quatro mil pessoas, sendo mil delegados com direito a voz e voto. Como aponta o Medeiros (2011, p. 50), essa Conferência foi um marco, dentre todas as outras, devido à participação ampla da sociedade civil da época.

Os debates que ocorreram durante a Conferência, foram formuladas diversas e importantes propostas para a elaboração de uma política de saúde no Brasil e para a criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS).

Vale destacar, que a respeito da VIII CNS não ter elaborado um texto para a apresentação aos constituintes, o I Congresso Brasileiro de Saúde Coletiva elaborou uma proposta, que foi pautada no Relatório, elaborado ao final da Conferência, que serviu

como uma importante contribuição para a Constituição de 1988 (NITÃO, 2009, p.148).

O Relatório (BRASIL, 1986), reconheceu, inicialmente, as necessidades de ampliação do próprio conceito de saúde e de revisão da legislação pertinente, com objetivo de realização de uma verdadeira Reforma Sanitária. A questão mais enfrentada entre os conferencistas, de acordo com o documento, foi a natureza do Sistema de Saúde, ou seja, se este seria ou não estatizado.

Raeffray (2005, p.262) exprime que dessa Conferência resultaram as conclusões que pautaram os constituintes na elaboração da Constituição de 1988, sendo elas:

- a) a adoção de um conceito amplo de saúde, congruente com a noção de estado de completo bem-estar físico, mental e social, proposta pela Organização Mundial de Saúde (OMS)
- b) a superação da concepção apenas curativa de saúde, para incluir os aspectos protetivo e promocional ao direito fundamental;
- c) a unificação do sistema de saúde (sistema único), marcado pela descentralização e regionalização das ações e dos serviços de saúde;
- d) a universalidade de atendimento, isto é, o acesso à assistência à saúde não mais restrito somente aos trabalhadores com vínculo formal e respectivos beneficiários;
- e) a relevância pública das ações e serviços de saúde.

O referido Relatório concluiu que a saúde é originada a partir da reunião de diversos outros direitos, sejam eles: condições de alimentação, habitação, educação, dentre outros; sendo o seu conceito podendo ser definido diante do contexto histórico, social e econômico de determinada sociedade.

Dessa forma, pode-se dizer que o direito à saúde foi definido pelos conferencistas de forma análoga ao que se tem hoje e é verificado no art. 196 da CRFB/88. Essa normativa constitucional aborda, expressamente, a saúde como um direito de todos e, ao mesmo tempo, como um dever do Estado, que deve assegurá-lo por meio de políticas sociais e econômicas que possuam como objetivo a redução os riscos de doenças, bem como o acesso

universal e igualitário às ações e serviços destinados à sua promoção, proteção e recuperação.

De acordo com o Relatório, esse direito pode ser conceituado como uma garantia da responsabilidade estatal, que está atrelado às condições de vida digna, o que compreende as garantias, por exemplo, de moradia higiênica e de alimentação.

Ele deve ser também de acesso igualitário e universal às chamadas ações e serviços setoriais de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os seus níveis. Com isso, o direito à saúde deve ser assegurado a todos os habitantes do território nacional, com o objetivo de ser concretizado o pleno desenvolvimento humano. Insta salientar, que por meio dos debates o relatório enfatizou o fato de as limitações e obstáculos ao pleno desenvolvimento do direito à saúde serem de natureza estrutural na sociedade brasileira, tendo em vista os fatores de organização do trabalho e as marcantes desigualdades sociais e regionais. Nesse caso, tentou-se distanciar do plano utópico e materializar meios para poderem solucionar os problemas de saúde que estavam presentes naquele momento (MARTINS, 1995, p.253).

Foi delineada ainda a necessidade de uma Assembleia Nacional Constituinte livre, soberana, democrática, popular e exclusiva (BRASIL, 1986, p. 07) para garantir o direito à saúde de toda a população brasileira. Para efeito, destacou-se um pleito de mobilização popular a fim de que a Constituinte incluísse a saúde entre as questões prioritárias.

Diante disso, concluiu-se pela necessidade de que a futura Constituição introduzisse o direito à saúde em seu texto nos seguintes termos (BRASIL, 1986, p. 07):

- a caracterização da saúde de cada indivíduo como de interesse coletivo, como dever do Estado, a ser contemplado de forma prioritária por parte das políticas sociais;
- a garantia da extensão do direito à saúde e do acesso igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os níveis, a todos os habitantes do território nacional;
- a caracterização dos serviços de saúde como públicos e essenciais.

Esse texto apresentado foi reproduzido de forma semelhante na Seção II, que trata da saúde, sendo mais específico nos arts. 196 e 197, da CRFB/88, e no próprio art. 60, que elencou a saúde como um direito social de caráter fundamental, o que demonstra a importância do mencionado evento na estruturação das bases do direito à saúde no país.

Partindo do pressuposto da saúde como um direito fundamental, o Relatório propôs uma reformulação do Sistema Nacional de Saúde, de forma que conseguisse efetivar a construção de uma separação absoluta entre saúde e previdência, por meio de uma reforma sanitária, proporcionando uma universalização e equidade em relação ao acesso.

O principal objetivo delineado no documento é o da formação de um Sistema Único de Saúde com expansão e fortalecimento do setor estatal, sendo o financiamento constituído por um orçamento social e de responsabilidade do Estado.

Nessa situação, TAVARES (2018, P. 117) elucida que na seara administrativa, uma das grandes preocupações da CRFB/88 foi com as despesas e a aplicação de percentuais em determinados segmentos públicos, como na saúde. Conforme analisa Barroso (2018, p. 121), a Constituição de 1988, devido às suas próprias circunstâncias históricas, políticas e sociais, aborda muitos temas e possui caráter substancialista, definindo temas importantes, como a saúde e a educação. De acordo com o mencionado autor, essa proteção constitucional é importante para que a Constituição não se torne um “mero repositório de regras para a disputa do poder pela classe dominante”.

Mesmo com a ampla proteção do direito à saúde na Constituição de 1988, o poder constituinte originário não descreveu a definição e a extensão do conceito desse direito, o que, na maioria das vezes, pode ocasionar a sua não implementação pelos poderes públicos e até o seu não reconhecimento como direito fundamental.

## O DIREITO À SAÚDE E AOS MEDICAMENTOS CONSIDERADOS ESSENCIAIS E OS EXCEPCIONAIS DO SUS

Para o Sistema Único de Saúde existem duas categorias que são consideradas para internalizar os tipos de medicamentos que devem ser distribuídos pelo Estado: os básicos ou essenciais, e os excepcionais. Os denominados básicos ou essenciais são o que combatem as moléstias mais comuns, mas não menos importantes, que acometem grande parte da população nas doenças mais recorrentes, devendo, pois estarem disponíveis o tempo todo no SUS.

Em contrapartida, os medicamentos que são tidos por excepcionais, destinados ao atendimento de doenças mais graves e mais raras, são destinados a pessoas com moléstias que exigem tratamento diferenciado. Essa divisão se mostra necessária para a assistência à saúde como forma de indicar a gravidade das moléstias e estabelecer prioridades, pois, assim, é estabelecido um critério de quais medicamentos são os mais necessários para a população no momento em que o Estado for adquiri-los, de maneira para haver a facilitação na prestação do serviço, sendo importante saber qual nível de prioridade daquele remédio dentro da realidade dos hospitais.

A grande discussão sobre quais seriam os medicamentos essenciais e excepcionais surgiu na vigésima Assembleia Mundial de Saúde, que foi realizada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) no ano de 1975, com intuito de ajudar os países em desenvolvimento a resolverem os principais problemas enfrentados em relação a prestação de assistência à saúde.

Diante disso, como forma de orientar os países em desenvolvimento e integrantes da Organização Mundial da Saúde, ela disponibilizou uma lista com os principais medicamentos que eram considerados básicos para a política de saúde pública. Em relação aos medicamentos considerados excepcionais, que são de alto custo, a OMS não criou uma lista, como já havia feito em relação aos medicamentos essenciais. Assim, a OMS deixou em

aberto para que cada país avaliasse as necessidades de sua população na compra de medicamentos de alto custo pelo Estado, contudo, isso não significa que tenha se posicionado contra a compra de medicamentos de alto custo, até porque estes são essenciais à vida de alguns cidadãos.

A OMS então tratou de criar um guia de orientações quanto aos medicamentos essenciais, mas não descartou a possibilidade de outros tantos medicamentos considerados essenciais serem incluídos. Logo, aconselhou os países que internalizaram a lista a realizar adaptações às suas necessidades, recorrendo aos profissionais especializados na área da saúde para tal ou até mesmo a própria OMS.

Com relação aos critérios para a escolha de medicamentos que devem fazer parte da lista, afirma Gustavo Henrique Valadares Fernandes (2013, p.17)

(...) podemos retirar alguns critérios como a maior prevalência da doença para qual se está buscando tratamento, a facilidade desse tratamento (um medicamento por via oral em dose única tem uma adesão ao tratamento muito maior do que uma droga endovenosa na qual o doente deve ir quatro vezes por dia a unidade de saúde para sua administração), o grau de conhecimento e convencimento do profissional de saúde os fatores populacionais de cada país. Dessa forma, definida a lista, devem ser escolhidas as opções que gerem o menor custo possível com a maior eficácia. Os medicamentos escolhidos devem ser os que têm maior disponibilidade, facilidade de armazenamento, distribuição, menor preço, com o menor número de substâncias (quanto menos princípios ativos, maior o número de doentes atendidos por cada medicamento, por exemplo, buscopan composto tem um grupo menor de atuação do que a dipirona) e ,principalmente, medicamentos com qualidade comprovada.

O Brasil criou a lista antes da OMS e fez com que todos os Estados membros comprassem medicamentos de indústrias nacionais ou estatais. Posteriormente, com o advento do Decreto no 68.806/1971, foi criada a Central de Medicamentos (CEME) que regulariza a produção, o desenvolvimento e a distribuição dos medicamentos pelas indústrias laboratoriais do país, dando mais

credibilidade aos princípios norteadores criados pela OMS. Os novos medicamentos então foram acrescentados à lista de medicamentos essenciais, que posteriormente foram dela excluídos por terem sido considerados medicamentos de alto custo.

Com o advento da criação do Sistema Único de Saúde, as funções pertinentes ao CEME foram incorporadas ao SUS, que passou a distribuir os medicamentos da lista de forma gratuita à população.

## **A DESCENTRALIZAÇÃO DO SUS E OS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

Ao se analisar a política de medicamentos excepcionais no país, é importante compreender o que seriam tais medicamentos e como se chegou a definição de excepcionalidade de tais drogas.

Por meio da Portaria no 3.916/1988 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) os medicamentos excepcionais passam a ser definidos como “medicamentos utilizados em doenças raras, geralmente de custo elevado, cuja dispersão atende a casos específicos”. Por se tratarem de medicamentos com um custo elevado, a liberação desses medicamentos passa por um processo mais burocrático e criterioso.

No passo que o Ministério da Saúde preocupava-se com os medicamentos para doenças endêmicas quem arcava com os custos dos medicamentos de alto valor era o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que os vendia em farmácias do próprio órgão, e posteriormente descontava no contracheque do beneficiário (LEAL, 2016).

No final dos anos 70, a dispensa de medicamentos era realizada por regiões e o envio se dava apenas para hospitais de referência, ou seja, para aqueles hospitais modelos do país, pouco tempo depois, foi necessário individualizar a dispensa dos medicamentos excepcionais de acordo com as necessidades do enfermo, e não mais de acordo com a importância dos hospitais dentro do sistema de saúde.

No início da década dos anos 90, todos os órgãos ora centralizados na política de saúde nacional foram extintos, e esta tarefa passou a ser totalmente descentralizada nas secretarias de saúde municipais, estaduais e do Distrito Federal.

Neste sentido, se apresentou a abertura para a figura da discricionariedade na colocação de medicamentos de alto custo e no financiamento de tratamentos caros que a rede pública passaria a disponibilizar, como, por exemplo, o tratamento na doença de Gaucher.

Atualmente os medicamentos básicos, estratégicos e os excepcionais disponibilizados pelo SUS devem constar na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) para que o cidadão tenha acesso de forma gratuita ao medicamento. Nos casos dos medicamentos de alto custo, estes são disponibilizados pelas farmácias de alto custo e o processo burocrático para esse acesso é mais dificultoso, para obter medicamentos de baixo custo pelo SUS basta ter o Cartão Nacional de Saúde (fornecido na unidade de Unidade de Saúde mais próxima da residência do paciente, bastando levar cópias do CPF, RG e comprovante de residência), e retirar o remédio no Posto de Saúde mais próximo.

Um dos principais problemas enfrentados continua sendo o descontrole orçamentário com relação à distribuição dos medicamentos em razão da má gestão dos recursos públicos, de maneira que se torna cada vez mais recorrente ter o Poder Judiciário analisando demandas de cidadãos exigindo que o Estado forneça determinado medicamento.

Ressalta-se também que além do problema enfrentado pela má gestão do poder público, outro problema gira em torno das indústrias farmacêuticas que têm interesse em garantir retorno para seus investimentos em um mercado reduzido de drogas, para pacientes específicos, de tal modo que o principal interesse seria em manter um mercado duradouro de pacientes que normalmente vão precisar daqueles medicamentos pelo resto da vida (ARAÚJO, 2013).

Esse breve contexto histórico acerca do tratamento dispensado aos medicamentos excepcionais e essenciais no Brasil demonstra

que os medicamentos de alto custo continuam sendo disponibilizados sem muita logística governamental, logo, ao contrário do que é apresentado com os medicamentos básicos ou comuns (elencados em uma lista atualizada usualmente, como já dito anteriormente), a dispensa de medicamentos excepcionais (de alto custo) estão sujeitas à pedidos individuais, além de serem incluídos ou excluídos do programa de medicamentos do Estado sem qualquer ato específico conforme relata Araújo (2013).

Em contrapartida, para obter um medicamento de alto custo é necessário se informar na unidade de saúde onde foi recebido o laudo médico sobre como funciona esse processo, e lá eles indicarão os passos. Normalmente enviarão o paciente a uma unidade de saúde específica, onde é necessário portar o RG, cartão do SUS, o PIS/PASEP, o laudo médico e as duas vias da receita médica do medicamento de alto custo. O laudo deverá detalhar a doença e seu tratamento, comprovando a necessidade de usar o medicamento, além de informar o código da enfermidade que consta na Classificação Internacional de Doenças (se não estiver completo, o paciente tem de retornar ao médico e pedir que ele seja mais detalhado no seu laudo).

Ainda segundo o autor supracitado o paciente receberá, então, um número de protocolo e deverá aguardar receber um aviso por telegrama sobre quando e onde retirar o medicamento, mas não existe um prazo para a entrega que pode ser feita em até três meses. O remédio de alto custo deverá ser retirado mensalmente por três meses, e sempre com nova receita médica. Após esse período, é necessário repetir todo o processo descrito acima para continuar recebendo.

## **O DIREITO À SAÚDE E AS LEIS NO 8.080/90 E 12.401/2011**

A lei no 8.080/90, Lei Orgânica da Saúde, é a principal legislação do Sistema Único de Saúde. Esse diploma legal trouxe interessantes disposições que não encontraram guarida na prática jurídica, como a do seu artigo 2o, ao definir o dever do Estado de

garantir a saúde como direito objetivo a políticas públicas – adotando uma visão hoje de forma minoritária, pois, se predomina no Brasil o entendimento de que o direito à saúde na Constituição Federal é multifacetado, objetivo e subjetivo, podendo ser reivindicado individualmente em cortes de justiça enquanto direito prestacional.

De outro lado, o referido diploma expandiu os dizeres da Constituição Federal de 1988 ao confirmar o acesso o acesso à saúde “sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”, e, quando foi reformado pela lei no 12.401, no ano de 2011, adquiriu dispositivos para acompanhar a evolução da tecnologia, ao mesmo passo em que proibiu o fornecimento de medicamentos sem o devido registro na ANVISA. Nesse caso foi introduzida a ideia de “fluxos”, esquemas que previssem as fases evolutivas de diferentes doenças e, dentre as diferentes alternativas, o tratamento que mais se adequasse para cada fase. Sendo quase desnecessário mencionar que os tribunais pátrios ignoram essa prática administrativa (DINIZ; MEDEIROS; SCHWARTZ. 2012, p.479-489).

Neste contexto, merece destaque o Decreto no 7.508/2011, embora desde a década de 70 o Brasil já contasse com a primeira Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), o Decreto regulamentou requisitos cumulativos para o acesso à saúde. Nesse caso, o medicamento, para ser obtido pelo cidadão, deveria estar na lista do RENAME (Os entes federativos podem aumentar a oferta de medicamentos desde que movidos por “questões de saúde pública”), ter sido prescrito por um profissional da saúde do Sistema Único de Saúde e, possuir registro na Anvisa.

Tal lista sofre expansão periodicamente, dentre outros modos, pela incorporação de insumos quando a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC, criada no ano de 2006 pelas portarias no 152 e no 3.323 do Ministério da Saúde) os recomenda.

Diante do que foi apresentado, pode-se ver que, a lei no 8.80/1990 segue o entusiasmo da Constituição Federal de 88, enquanto a Lei no 12.401/2011 e o Decreto no 7.508/2011, elaborado

mais tarde, trouxeram barreiras que impediriam o fornecimento de vários medicamentos de alto custo. No ano de 2011, data de sua edição, já era verificado uma permeabilidade para ações judiciais na década de 90, quando os jurisdicionados buscavam em juízo remédios para o vírus da imunodeficiência humana (HIV), e o gasto com medicamentos excepcionais crescia há uma década completa.

Assim, o Estado precisa usar ao seu favor os números dos milhares de cidadãos que necessitam de remédios. Para isso, é usado o denominado “poder de monopólio”, e, por meio de aquisições planejadas obtém preços mais baixos, que consumidores individuais não conseguiriam obter. O controle de preços pelo Estado é essencial na realidade brasileira pois há uma discrepância de preços muito grande não só entre medicamentos de alto e baixo custo, mas até mesmo nos custos de um mesmo tratamento (DINIZ, MEDEIROS, SCHWARTZ, 2012, p.486).

Para os autores supracitados, o poder de monopólio protege as contas públicas quando o Estado “compra em lotes”, ao adquirir centenas ou milhares de unidades de um mesmo medicamento em função da necessidade antecipada para políticas públicas. Entretanto, quando um cidadão vai ao juízo de forma individual e consegue obter uma ordem que obriga o Ministério da Saúde a importar somente uma caixa de Soliris ou Elaprase, o poder de monopólio do Estado desaparece e as contas públicas se sujeitam a um cenário de “preços instáveis, muito superiores aos mínimos possíveis e sem qualquer redução expressiva à proporção que aumentam as quantidades negociadas.

Esse cenário é diametralmente oposto àquele que a reforma da lei 8.080/90 e a lei no 12.401/11 pretendiam criar. Só foi possível por conta da atividade judiciária.

## O DIREITO À SAÚDE E A SUA EFICÁCIA E APLICABILIDADE

É de conhecimento que a saúde enquanto direito social inserto no Título II é considerada também um direito fundamental, devendo de conhecimento sobre a sua aplicabilidade e eficácia. No art. 5o, § 1o, da CRFB/88, é notável que as normas que definem os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, o que inclui não somente os direitos individuais, mas os direitos fundamentais sociais também.

Assim como se entende pela redação da normativa constitucional, o Poder Público possui a atribuição constitucional de efetivá-los. Ademais, o art. 5o, §2o, ratifica essa aplicabilidade, ao aduzir que os direitos e garantias que estão expressos na Constituição de 1988 não excluem outros que decorram do regime e dos princípios por ela adotados (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 270).

Entretanto, no entendimento de RAMOS (2005, p. 207) esclarece que apenas alguns dos direitos sociais atribuem aos cidadãos um direito imediato, devendo isso decorrer expressamente do texto da Constituição. Dentre eles, a referida autora inclui o direito à saúde, devido a característica de haver uma previsão acerca da forma da sua materialização, que ocorre por meio de um serviço nacional de saúde.

Em concordância com a classificação proposta por José Afonso da Silva, as normas constitucionais, quanto a sua eficácia, podem ser categorizadas como sendo de eficácia plena, contida e limitada. Quanto a sua aplicabilidade, esta pode ser direta, imediata e integral (SILVA, 1998, p.86).

No que tange ao plano da eficácia dos direitos sociais, é compreendido que, apesar da ampla heterogeneidade dessas normas, elas possuem eficácia plena, já que não estão suscetíveis a uma atuação ilimitada do legislativo (SARLET, 2014, p. 574).

Nesse sentido e diante dessa aplicabilidade imediata e eficácia plena, caso esse direito não seja garantido pelo Estado ele pode ser requerido judicialmente. Para Alexy (1999, p.73) quanto a essa

institucionalização dos direitos fundamentais, que não existe apenas um direito do homem à vida, mas também um Estado que materialize tais direitos. Assim, o doutrinador alemão conclui que a “institucionalização inclui necessariamente justicialização”.

No plano em que a ineficiência estatal se apresenta para materializar esse direito, o aspecto da judicialização do direito à saúde é recorrente nos tribunais pelo país, que, em sua maioria, o consideram como direito fundamental indissociável do direito à vida.

É importante destacar que a máxima da efetivação da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais não conduz a necessária desconsideração de determinadas peculiaridades do objeto de algumas normas definidoras de direitos fundamentais, podendo, assim, serem admitidas possíveis relativizações (SARLET, 2006, p.12).

Uma das objeções que se mostram mais contundentes a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, diz respeito à reserva do possível, que está intimamente relacionada com “o estabelecimento de prioridades nos gastos públicos, com a efetiva execução daquilo que foi estabelecido como prioridade, e com a definição de a quem cabe, afinal, definir tais prioridades” (BARCELLOS, 2018, p. 491).

Outrossim, deve ser mencionado que a escassez de recursos é, consoante Duarte (2011), uma realidade inafastável, até mesmo quando se trata do direito à saúde. Nesse contexto, é importante destacar que esse argumento por si só não é um problema para a efetivação dos direitos sociais, haja vista que esses não são direitos absolutos e, sendo assim, se sujeitam a limitações; mas sim o modo genérico em que às vezes têm sido utilizados pelos tribunais pátrios para se obstaculizar o acesso à saúde.

Portanto, o direito fundamental à saúde possui sua aplicabilidade imediata e eficácia plena, mesmo se admitindo relativizações no plano da sua concretização, pois como é conhecido no ordenamento jurídico brasileiro, não há direitos absolutos.

## A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: A BUSCA AO ACESSO A MEDICAMENTOS POR MEIO DA JUDICIALIZAÇÃO

Os processos judiciais pertinentes ao acesso à saúde são recorrentes nos tribunais brasileiros, principalmente em face da sua aplicabilidade imediata e eficácia plena, que estão previstos pelo texto constitucional. A inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB/88), diante da atuação precária do Legislativo e do Executivo em tornar efetivos os direitos sociais fixados na Constituição, permite essa atuação institucional do Judiciário (NETO, 2016, p. 45).

Quanto a essa atuação, Barroso (2009, p.44) registra que:

A normatividade e a efetividade das disposições constitucionais estabeleceram novos patamares para o constitucionalismo no Brasil e propiciaram uma virada jurisprudencial que é celebrada como uma importante conquista. Em muitas situações envolvendo direitos sociais, direito à saúde e mesmo fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e deverá intervir.

Em uma mesma linha de pensamento, Mendes e Branco (2017, p. 510) aduzem que o Poder Judiciário ao satisfazer o direito à saúde nos casos concretos colocados à sua apreciação, está exercendo apenas o controle judicial dos atos e omissões administrativas.

Nesse sentido, deve-se entender que apesar de não ser a forma ideal de concretização dos direitos sociais, não fere a separação dos poderes a intervenção judicial para suprir as omissões nas políticas públicas do Estado. Nas palavras de BRITO (2017, p.204):

Certamente o papel do Judiciário não consiste na execução de políticas públicas, mas cabe a ele julgar as omissões do Executivo e do legislativo. Esta é uma das formas de controle do poder pelo poder. Porque o direito subjetivo do indivíduo não deve deixar de ser atendido quando um dos poderes não cumpre uma de suas funções.

Sendo assim, ao conceder judicialmente os medicamentos pela via judicial não afeta a separação dos poderes, pois incumbe ao próprio Poder Judiciário implementar direitos que estão previstos na CRFB/88, quando um dos poderes se omite em sua atividade típica.

Após a regulamentação da assistência farmacêutica e a adoção da RENAME, o processo de judicialização do direito subjetivo à saúde tornou-se comum, sobretudo quanto aos medicamentos que não estão sendo fornecidos pelo SUS. Em relação ao tema, aduz BRAGA (2017, p.374):

Com a edição de sucessivas Relações Nacionais de Medicamentos Essenciais (conhecida como RENAME), cresceu o número de ações judiciais pleiteando medicamentos ou que estavam na lista e não eram fornecidos pelo Poder Público, ou que não constavam da relação e que, segundo os demandantes, em virtude da proteção integral do direito à saúde, deveriam ser fornecidos, de tal forma que a judicialização do fornecimento de medicamentos se transformou no principal exemplo de demanda judicial leitando prestações estatais.

Há certo consenso em relação à primeira hipótese de quando houver negativa, o pedido seja julgado procedente. De acordo com NETO (2016, p, 49), isso geralmente ocorre porque houve uma falha no sistema ou um problema de gestão. Na segunda, por sua vez, é onde se tem as maiores críticas, que residem, em linhas gerais, na limitação financeira do Estado.

Além desses casos expressos, também chegam ao Judiciário demandas que pleiteiam o fornecimento de medicamentos de uso off label, ou seja, quando são usados para uma indicação diferente da autorizada pela ANVISA, órgão de avaliação de segurança e eficácia das terapêuticas (GOLDIN, 2007, p.66).

O direito à saúde em seu aspecto de fundamentalidade associada à inefetividade das políticas de assistência farmacêutica justificam a atuação do Poder Judiciário na concessão de medicamentos, sejam eles essenciais ou excepcionais. Nesse aspecto, a diversidade e a reiteração dessas demandas têm erguido

o debate da garantia dos direitos sociais imprescindíveis e a reserva do financeiramente possível.

## RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL

Há de se mencionar que o mínimo existencial não foi positivado de forma clara na CRFB/88. O que existe é a uma única referência a um mínimo de direitos que está positivado no artigo. 7º, inciso IV da Constituição de 1988 o qual afirma que o salário mínimo dos trabalhadores deve ser capaz de atender às suas necessidades vitais básicas (art. 7º da CRFB/88). Este está ligado à dignidade da pessoa humana, a ideia tem como intuito assegurar que a reserva do possível seja aplicada respeitando o que se chama de mínimo existencial para uma vida humana digna.

Lobo Torres (1989, p. 36) esclarece que não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial, senão vejamos:

Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas. Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

Essa ideia de mínimo existencial está amplamente ligada com problema da pobreza, principalmente a pobreza absoluta, do qual o Estado não pode se abster, pois sem um mínimo indispensável à própria existência, não há em que se falar em vida digna, sendo necessário um mínimo vital para uma vida digna, tendo o direito à saúde um dos alicerces que caracteriza o mínimo vital, Com isso, é necessário por parte do Poder Judiciário em atuar como guardião do direito fundamental (SARLET, 1988, p. 19).

Em muitos casos, recorrer ao Poder Judiciário pode representar a distância entre a vida e a morte de pacientes que realmente carecem de tratamentos, medicamentos e intervenções cirúrgicas que somente irão ocorrer após a concessão de uma

medida pela via judicial. Nesse retrato, isso se dá pela realidade da saúde no Brasil, onde frequentemente deixa-se de prestar o seu mínimo para a população (PEREIRA, 2008, p. 326-327).

A jurisprudência afirma que o Estado deve garantir ao cidadão um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais se incluem o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade.

Corroborando com o assunto, a ministra Carmém Lúcia no Recurso Extraordinário com Agravo 684445 (BRASIL, 2012).

A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1o, III, e art. 3o, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revelasse capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.

Como forma de mostrar que a sociedade tem direitos assegurados na Constituição Federal e o Estado tem o dever de concretizá-los, mesmo com a limitação do argumento da reserva do possível, é que surgiu o conceito: "mínimo existencial", que é o conjunto de circunstâncias materiais mínimas intrínsecas a todo homem, logo, "é o núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana". Sendo nesse conflito de direitos e deveres que se encontra a dificuldade do Estado em concretizar o Direito à Saúde (TORRES, 2002, p. 45).

Pode-se dizer então que o conceito de mínimo existencial e a reserva do possível estão ligados um ao outro, sendo necessário que o Estado cumpra com suas obrigações, contudo, tais obrigações devem estar previstas no Orçamento Público, mas a não previsão em orçamento público não pode ser obstáculo à concretização do direito ao mínimo existencial do ser humano, sob pena do Estado estar violando a dignidade da pessoa humana. Por esse conflito

entre previsão orçamentária e concretização dos direitos sociais, no caso a Saúde, é objeto de vasta discussão no Poder Judiciário.

## **A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS: APONTAMENTOS TEÓRICOS E SOCIOLÓGICOS**

As decisões judiciais relacionadas ao deferimento de medicamentos de alto custo cada vez mais se apoiam em princípios. Isso vem da mudança de tom do Judiciário brasileiro e é atribuível a Dworkin. Senão vejamos sobre o tema o voto da Ministra Ellen Gracie, quando, em 2007, ainda presidia o Supremo Tribunal Federal, segundo o STF, STA 91/AL, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 26.02.2007, (DJ em 05.03.2007).

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde”.

No ano de 2007, o caso foi submetido ao Supremo Tribunal Federal e envolvia o fornecimento de medicamentos que tratasse pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados. As preocupações que ganham destaque neste trecho são claras: o direito à saúde garante aos cidadãos acesso a políticas públicas, por meio do Sistema Único de Saúde, e o pedido em via judicial não pode ser atendido se ameaçar financeiramente a saúde pública. A ministra exprime no Supremo Tribunal Federal o entendimento doutrinário de que toda prestação positiva que escapa ao mínimo existencial está vinculada a uma política pública, de maneira que o cidadão não pode adjudicar individualmente o bem público, mas apenas exigir que a política destinada que garante esse bem público seja eficiente e siga a legalidade.

Assim, como Dworkin diria, preocupações políticas, econômicas, portanto de policy. Na obra do doutrinador, existem

coisas mais importantes do que as razões políticas e econômicas: os direitos. Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. (DWORKIN, 2002, p. 129/130).

No entendimento de Dworkin, todo sistema jurídico que se pautar pelo Estado Democrático de Direitos pode se apoiar ou no texto jurídico ou nos direitos segundo Dworkin (2000, p.6) existem regras e há direitos: se o positivismo prezou pelas regras, o direito como integridade, como Dworkin propõe, preza pelos direitos. As regras podem expressar direitos, mas direitos existem antes de serem expressos como regras, sendo, portanto, mais fundamentais do que eles.

Entre umas e outros, Dworkin dá atenção especial aos direitos e à ligação estreita que direitos têm com princípios, uma vez que os princípios são o trunfo que Dworkin usa para vencer o que chama de casos difíceis (Hard cases), os quais, diz, sempre têm uma resposta adequada (Right answer), sem necessidade de discricão no julgamento.

Quando Dworkin escrevia sobre os casos difíceis na década de 70, ainda não havia se atenuado o problema da descrição judicial. Quando duas regras se chocam, ou ainda se não há regra aplicável, ou se a regra aplicável é ambígua, o que o juiz deve fazer? Existem as normas do Sistema Único de Saúde e há o RENAME, mas existe também o artigo 196 da Constituição Federal: o que deve ser aplicado? Alguns positivistas como Hart defendia que, em casos difíceis, os juízes têm liberdade para usar a discricão e preencher o

vazio ou a confusão normativa que encontrarem, dessa forma legislam.

Do contrário, Dworkin postula dois graus diferentes de discricção, o fraco e o forte, o fraco é relacionado ao livre arbítrio que o direito permite ao juiz – Como por exemplo, quando a dosimetria da pena permite ao juiz um pequeno ajuste no tempo de cárcere -, e o forte que diz respeito a decisões que não estão limitadas por quaisquer padrões determinados por uma autoridade (Dworkin, 2002), de modo que o magistrado não está obrigado a chegar a qualquer decisão particular.

Diante de tal situação, para Dworkin essa discricção em sentido forte é algo que os positivistas como Hart propõe é algo que os juízes absolutamente não devem ter. Ao invés disso, os magistrados estão presos a princípios, e os princípios ancoram direitos, e princípios e direitos são centrais na teoria da integridade. O elo entre os princípios e os direitos é de certo modo umbilical: “princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos.” (Dworkin, 2002)

O que pode ser visto é que nos casos práticos as decisões que são tomadas em casos difíceis não tem caráter de arbitrariedade, pois quando as regras são obscuras, vagas ou ambíguas, os juízes lançam mão de princípios – que não levam necessariamente a um resultado certo, como as regras levam (Dworkin, 2002).

Enquanto as regras podem ser aplicadas de maneira absoluta, “sim” ou “não”, os princípios têm diferentes pesos e importância, de maneira que podem ceder uns aos outros. O “juiz Hércules” na concepção de Dworkin, que toma para si o peso de construir o direito como integridade, não tenta resolver o caso difícil apenas com razões políticas ou econômicas. Ele não utiliza argumentos de políticas, que são destinados a estabelecer objetivos coletivos e envolvem considerações práticas, utilitaristas, mas raciocinam com princípios e empregam padrões de julgamento para encontrar a resposta adequada.

Logo, o que seria um pedido de medicamentos de alto custo, senão um caso difícil? Na teoria de Dworkin é defendido que

qualquer caso, até o mais difícil, tem uma possível resposta correta (right-answer). Toda essa exposição teórica sinaliza aproximações com a prática jurídica brasileira.

Os princípios podem ser manejados quando temos o seguinte raciocínio: existem regras para o Sistema Único de Saúde e regras para o fornecimento de medicamentos de alto custo, contudo, existe também o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde e a vida, que devem orientar qualquer que seja o aspecto constitucional, se sobrepõe a leis.

De certo modo, pensamos como Dworkin quando utilizamos os princípios para romper o dilema e concluímos que a aplicação principiológica correta é a concessão do medicamento, pois a nossa sociedade é uma sociedade que preza a vida – Dworkin (1963) enfatiza que os princípios devem estar enraizados nos valores da sociedade, ainda que direito não seja sinônimo de moral -, a nossa Constituição é formada pela proteção da vida, e a dignidade humana é um princípio que se sobrepõe a regras.

## **A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E SEUS ELEMENTOS**

A ponderação de princípios constitucionais consiste quando, pelo menos dois princípios constitucionais encontram-se em rota de colisão, em referência a um caso concreto. Nessa situação, caberá ao intérprete, em um primeiro momento, partindo do princípio da premissa da unidade da Constituição Federal, deve buscar a conciliação entre as normas conflitantes. Deve-se verificar, no caso concreto, a possibilidade de identificar se as normas.

No entendimento de Sarmento (SARMENTO, 2003), para que o julgador busque um ponto de equilíbrio entre os interesses propostos no caso concreto, deverão ser atendidos alguns imperativos, quais sejam: a. a restrição de cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; b. tal restrição deve ser a mínima possível para que ocorra a proteção dos interesses contrapostos e por fim; c. O benefício visado com a restrição a um interesse de compensar o grau de interesse contrário.

Dessa forma, demonstra Alexy (2005, p. 334-344):

A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa-se decompor em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro.

Nessa mesma visão corrobora o entendimento Barros (BARROS,1996) ao enfatizar que a diferença entre a solução do conflito entre regras e princípios ao identificar que o conflito entre tais regras, acaba gerando uma contradição dando a elas uma incompatibilidade, o que ocasiona que uma dessas regras seja eliminada do sistema. Quando ocorrem conflitos entre os princípios, verifica-se a dimensão e o peso do princípio, por quando ocorre conflito entre normas se visa à dimensão quanto a sua validade ou não. Entende-se ainda que, o princípio da proporcionalidade tem como foco principal os direitos fundamentais e, por isso, o poder público deverá obedecê-la.

Conforme elucida Sarmiento (2003) que o legislador ou administrador deverá optar pelo resultado que afete com menor intensidade os direitos e interesses da coletividade. Com isso, o objetivo é atingir a coletividade dos direitos individuais.

Discorre Sako e Silva (2005, p. 52-65) , sobre o direito da proporcionalidade:

Em sentido estrito traduz a ponderação que deve haver entre o gravame imposto e o benefício trazido. Se os critérios da necessidade e da adequação já foram atendidos, é preciso verificar se o resultado obtido é proporcional à carga coativa imposta. Por meio desse juízo de ponderação, procura-se conciliar os interesses dos indivíduos com o interesse da comunidade.

Ao fim, conclui-se, que o princípio da proporcionalidade é de extrema importância para a realização da ponderação dos interesses constitucionais, tendo as seguintes vertentes: adequação,

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SARMENTO, 2003). Para o autor a ponderação e o princípio da proporcionalidade representam as duas faces de uma mesma moeda.

## OS CRITÉRIOS DE PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Preleciona Grau (2005) que os princípios e regras possuem em comum a característica de generalidade. Outrora a generalidade da regra é diferente da generalidade do princípio. Para ele, um princípio jurídico é senão uma norma jurídica importante devido às consequências que as sobrevêm.

Para Santos (2007), quanto ao critério da generalidade elucida que os princípios são detentores de um elevado grau de abstração, fato este, impeditivo de uma imediata identificação das possíveis situações submetidas à sua égide, pois esta abstração fornece a eles grande amplitude de incidência permitindo, assim, aplicação dos mesmos não apenas sobre alguns fatos, mas também sobre vários, por isso que, paradoxalmente, a abstração dos princípios exige a concretude dos casos para que sejam determinados os pontos de incidência dos mesmos.

Já as regras, detêm um menor grau de abstração, visto que são especificados previamente em seu conteúdo quais serão seus pontos de atuação, ou seja, os fatos suscetíveis de serem por elas regulados, tornando restrita sua aplicação a uma quantia e tipo pré-determinado de casos. (SANTOS, 2007)

Para Alves (2020), ainda existe o critério do “*all or nothing*” ou “*tudo ou nada*”, sendo esse critério desenvolvido a partir das teorias de Dworkin e Alexy. Tais regras preconizam que sendo a regra válida e tendo os fatos previstos nela, esta deverá incidir diretamente de forma automática, produzindo seus efeitos. Se a regra for inválida, se houver outra específica, se não estiver em vigor, inexistente o meio de sua aplicação.

O que traz à tona que os princípios não possuem aplicação automática ao caso concreto. De forma cristalina, Dworkin apud Santos (SANTOS, 2007) exprime que os princípios não apresentam

consequências jurídicas que seguem automaticamente quanto às condições dadas. Para o autor, os princípios possuem uma dimensão de peso e da importância das regras, sendo verificado quando alguns princípios se colidem. Nesse cenário, deve-se ser solucionada utilizando-se o peso e /ou importância relativa de cada princípio no caso concreto, manterá ou sofrerá proporcionalidade que o outro.

Ainda, as regras jurídicas não possuem dimensão. Quando decorrem da colisão de regras, uma delas pode ser válida, havendo necessidade do aplicador da forma identificar qual é a regra válida. Para guiar a sua decisão, o julgador deve ter como norte o uso do ordenamento jurídico vigente, a regra outorgada por órgãos superiores ou outorgada posterior, ou regra mais específica que verse sobre o tema.

## **TEORIA DO SOPESAMENTO DE ROBERT ALEXY**

Uma das teorias que discutem acerca da colisão entre princípios constitucionais, por assim dizer, direitos fundamentais, ganha seu próprio destaque na teoria do Sopesamento de Robert Alexy (2008, p.90-91).

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Alexy divide no plano de estrutura jurídica as normas em regras e princípios dando certa prioridade às regras. Para o autor, as normas axiomáticas, por serem de hermenêuticas subjetivas e casuais, acabam tomando caráter *prima facie*, ou seja, não definem por si só o direito no caso concreto, tendo em vista a falta de um critério objetivo para aplicação das mesmas. Nessa lógica, os princípios podem admitir a aplicação em proporções diversas, enquanto as regras devem ser cumpridas de forma direta e objetiva, salvo exceções. Assim sendo, as regras definem em si mesmas as situações de conflito enquanto os axiomas dependem do chamado sopesamento (2008).

Portanto, trata-se da necessidade de estabelecimento de precedentes jurídicos, culminantes em jurisprudências, súmulas e/ou a chamada lei de colisão que dirimam as relações de embates normativos dotados de princípios.

Ao seguir a linha de raciocínio de Alexy, (CANOTILLO, 2003, p. 1161-1162) busca a sistematização da teoria do sopesamento:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *aplicable in all-or-no-thing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência das regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em 'primeira linha' (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas' definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras

colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas).

Em uma apertada síntese, os princípios, enquanto mandatos de otimização, produzem apenas eficácia e aplicação plena após passarem por um juízo de proporcionalidade em sentido estrito, entendido a partir da adição entre a necessidade e adequação, à saber, o sopesamento, em Alexy. Esse juízo quando encontra-se formalizado implica no estabelecimento da relação de preferência pela lei de colisão que, por sua vez, tende a generalizar a utilização dos axiomas ponderados nos futuros casos semelhantes ao sopesado.

Ademais, Robert Alexy acreditava que de fato se aplica ao caso concreto a regra que pondera o princípio, e não o próprio princípio em si. Logo, se os princípios sem o sopesamento não podem, em virtude da grande quantidade de conflitos, haja vista as lacunas legais acerca da proporcionalidade de aplicação, serem empregados ao caso concreto, a ausência deste sopesar implicaria na ineficácia dos direitos fundamentais. Insta salientar, que somente por meio do sopesamento as regras podem ser criadas a fim de trazer eficácia aos princípios normativos.

Nesse sentido, se traz a ótica (2008, p.108).:

O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de *dever-se*, estão, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas.

Ao seguir esse entendimento, se percebe que não há lei de colisão nos instrumentos normativos brasileiros acerca do conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível, contudo, os tribunais em âmbito de saúde, tem seguido um entendimento comum. O posicionamento da jurisprudência brasileira

compreende que o direito à saúde e o direito à vida sobressaem quando comparados a qualquer outro direito, diante disso, ainda que não exista uma positivada lei de conflito, o princípio do mínimo existencial tem preponderado quando sopesado em conflito com a reserva do possível, havendo, no entanto, limites para ambos.

## **OS CAMINHOS PARA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A ATUAÇÃO DO JULGADOR**

Como já abordado no decorrer do trabalho, o cenário de escassez de recursos e a alta demanda coloca o fornecimento de medicamentos, principalmente os de alto custo, como um dos principais pontos de disputa para os mais diversos debates. O processo de judicialização da saúde é considerado um fenômeno que apresenta várias facetas, pois traz implicações não somente para o direito, mas também para diversos campos da ciência.

Diante deste cenário, cabe salientar que o julgador, ao ver-se impulsionado a resolver um litígio que envolve o fornecimento de uma prestação de natureza distributiva por parte do Estado, tenha que se atentar a elementos/argumentos, no qual distinguiu a presença ou não de quatro “argumentos jurídicos-econômicos” em decisões judiciais selecionadas: (a) reserva do possível; (b) progressividade e aplicação do máximo de recursos disponíveis; (c) custo dos direitos; (d) impacto orçamentário concreto (PAULA; BITTAR; 2017).

O primeiro argumento que é comumente citado e que será examinado nas decisões judiciais é o da reserva do possível. Deve-se compreender que a reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange Sarlet (2015), a disponibilidade fática de recursos para o exercício dos direitos fundamentais, a disponibilidade legal dos recursos físicos e humanos, intimamente relacionados com a distribuição de renda e direitos financeiros, orçamentários, legislativos e administrativos entre outros, sendo necessário estabelecer uma equação, especialmente no caso do

Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federal, do ponto de vista de uma pessoa que possa ter direito a um benefício social, a reserva de um interesse pode levantar dúvidas sobre a adequação dos benefícios, em especial, quanto à sua exigibilidade do benefício, neste contexto, também é razoável.

O segundo argumento é o da progressividade e da aplicação do máximo de recursos que estão disponíveis, esses direitos devem ser realizados de maneira gradual, por meio de políticas públicas, para que o planejamento vise a realizá-los plenamente em um futuro próximo, num terceiro argumento não apenas que os direitos sociais são temporários e, portanto, onerosos, mas também os direitos individuais, ainda que tradicionalmente vinculados à não execução e, impacto orçamentário, que será analisado de forma concreta, ou seja, a partir de citações, nas decisões (PAULA; BITTAR; 2017).

De forma constante o Estado é falho quando o assunto verse em respeitar a prestação efetiva de serviços de saúde ao seu povo, repetidamente forçando os desassistidos a irem em busca da justiça para reivindicar seu direito à saúde. Nesta seara de grave situação social, a sombra do Poder Judiciário, que atua no processo de garantia constitucional do direito à saúde da sociedade, visa suprir o déficit populacional causado pelo funcionamento ineficaz dos órgãos estatais (NASCIMENTO, 2021).

Existe um conflito que pode ser observado na dicotomia entre as garantias do direito à saúde, formalmente garantido, e a estrutura de serviços para sua efetivação. Nesse contexto, o papel de árbitro foi atribuído ao Judiciário para garantir o acesso a medicamentos, criando um desvio na participação de usuários no sistema público de saúde.

Sobre o papel do judiciário nesse cenário da saúde, explica Mendes e Branco (2017), cabe ressaltar que o poder judiciário não formula políticas econômicas e sociais no setor da saúde, mas verificar se as políticas eleitas pelas autoridades competentes atendem às exigências da constituição, seja a lei universal e igualitária ou não de acesso.

Ademais, há de se mencionar que os direitos são garantidos de acordo com a constituição, logo, não há usurpação de poder, pois, o poder judiciário só atua quando o Estado se cala ao tornar-se omissivo ou simplesmente o executa mal (OLIVEIRA, 2019). Com isso, a atuação do judiciário precisa obedecer a limites para a proteção da máquina estatal, deve-se utilizar parâmetros legais e ponderar, com base nos princípios de proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) e a razoabilidade, pois a judicialização é legal e aceitável, em contrapartida da obrigação do Estado de fornecer o mínimo necessário para a dignidade humana.

Dessa forma, entende-se que a Constituição Federal de 1988 objetivou, desde a sua elaboração, implantar novos métodos de acesso à saúde no país. Inaugurou um modelo descentralizado de organização, distribuição e promoção do direito à saúde, que acolhesse aos cidadãos, e permitisse que os entes da federação dirigissem o sistema, ampliando a participação da comunidade com foco para atividades preventivas. A Carta Magna determinou ainda que, em princípio, o sistema fosse financiado pela Previdência Social Brasileira, de maneira que, em teoria, o SUS tinha tudo para dar certo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante ao exposto, é notável que a Saúde, tanto no Brasil como no mundo todo, passa diariamente por mudanças substanciais no que diz respeito a criação de novos tratamentos, novas medicações e novas descobertas técnico-científicas. O fato é que essas mudanças precisam ser acompanhadas pelo Sistema Único de Saúde brasileiro, por se tratar de um campo em que não se lida somente com a saúde humana, mas também com a própria vida e com as condições mínimas de dignidade humana.

Quanto ao fornecimento de medicamentos, pode-se dizer que é um exemplo de um serviço prestado pelo Sistema Único de Saúde que possui algumas falhas. Foi feita a divisão entre os

medicamentos excepcionais e essenciais como forma de facilitar o atendimento ao público que deles necessitasse. Enquanto o acesso a medicamentos básicos é, de certa maneira, simplificado, o acesso a medicamentos excepcionais é muito mais burocrático. Nesse cenário, tem-se que a ideia inicial da divisão era simplificar o acesso do cidadão ao medicamento, contudo, na prática acaba sendo diferente. Além disso, mesmo que o cidadão consiga chegar ao fim de todas as etapas do processo para receber um medicamento de alto custo, o Executivo muitas vezes se nega a fornecê-lo sob o argumento da falta de verba.

Com isso, o cidadão se vê, de certa forma, privado de um direito básico, ele recorre ao Poder Judiciário para que este tente solucionar o problema de um sistema de saúde que falhou, na maioria das vezes, por falta de organização administrativa. Não obstante, os magistrados passam então a atuar como verdadeiros gestores de recursos públicos, quando, evidentemente, não possuem condições para tal. Em efeito de causa e consequência, podemos ver milhares de demandas apresentadas ao Poder Judiciário pelas quais se busca que o Poder Executivo organize seu orçamento e forneça um medicamento que o cidadão tem direito de receber, desde que este medicamento atenda às condições financeiras, legais, ou que seja imprescindível à vida do cidadão.

Para os julgadores prolatar as suas decisões é necessário lembrar que Doutrinadores como Alexy e Dworkin pautaram o entendimento de ponderação de princípios constitucionais, principalmente no que se refere à defesa de critérios para usar tal teoria. Teorias como “tudo ou nada”, “pesos e dimensões” são de extrema relevância para compreender as decisões de órgãos julgadores de instâncias superiores, uma vez que tal teoria ainda é tímida em meio ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo que para muitos, ainda é desconhecida a sua aplicabilidade.

Durante a pesquisa foi possível verificar que não existe hierarquia de princípios, ou seja, não há princípios mais importantes que outros. Todos os princípios enraizados na Constituição Federal de 1988 possuem a mesma valoração e por

isso deverão ser respeitados por sua devida importância, contudo, em caso de conflitos, os critérios como peso e dimensão faz com que algum princípio prevaleça sobre o outro, em algum caso concreto. Salienta-se que tal aplicabilidade deverá ser analisada em cada caso, para melhor visualização do impacto na coletividade.

Assim sendo, o Direito à Saúde é constitucionalmente garantido a todos os cidadãos, pois ele é essencial para que se possa efetivar os outros direitos que conhecemos, tendo em vista por se tratar de um direito amplamente fundamental. Pode-se dizer que é por meio do direito à saúde que coexistem os outros direitos, quais sejam: o direito à vida, liberdade, entre vários outros, haja vista que sem que exista o bem estar físico e mental, não se pode haver a dignidade.

Insta salientar, que o processo de efetivação do direito à saúde é dever do ente estatal e caso isso não ocorra o indivíduo deve exigir o seu cumprimento, inclusive por meio de vias judiciais propriamente ditas, seja por meio de mandado de segurança ou até mesmo ação de obrigação de fazer.

Diante de todo os assuntos ora abordados no presente trabalho monográfico, é notável a compreensão de que todo o cidadão deve ter o seu direito à saúde, como assegura a nossa Carta Magna, bem como ser tratado e amparado da melhor forma possível, baseado no princípio da equidade que foi estabelecido pelo Sistema Único de Saúde.

Nesse contexto, os fornecimentos de medicamentos de alto custo sem sombra de dúvidas fazem parte e englobam a questão do direito à saúde para os singulares cidadãos que realmente precisam desses medicamentos para manterem uma melhor qualidade de vida e muitas das vezes até mesmo para conseguir viver.

Mesmo sendo impossível estabelecer uma forma métrica e objetiva para mensurar certo equilíbrio ideal na balança da justiça quando alguns dos princípios constitucionais abordados no presente trabalho estão em rota de colisão com outros princípios nas ações judiciais que versem sobre os medicamentos de alto custo, a resposta mais concisa a ser aduzida seria de que o julgador

somente poderá ter o seu poder de decisão, seja para deferir ou indeferir os pedidos que requerem o fornecimento de alto custo, a partir da interpretação acerca das especificidades de cada caso concreto sob a luz destes próprios princípios, realizar a observação de ponderações e ser motivado pela sua experiência de livre convencimento em casos análogos, para assim, satisfazer a integralidade desse direito de enorme importância para a garantia da dignidade da pessoa humana e seu livre e saudável desenvolvimento em um Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, no 24, p. 334-344, out./dez. 2005.

ALEXY, Robert. Epílogo a La teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, Madrid, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 22, no 66, p. 26, set/dez 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CASTRO, Júnior Ananias. O Estado democrático de direito e a efetivação dos direitos sociais: o fenômeno da judicialização da saúde. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 51, n. 203, jul./set. 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2xHAJSg>>. Acesso em 02 mar. 2023.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

BRASIL. Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a

organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 0 set. 1990. Disponível em: <<https://bit.ly/1RMDgj1>>. Acesso em 02 mar. 2023.

DINIZ D, MEDEIROS M, SCHWARTZ IVD. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses. Cadernos de Saúde Pública 2012; 28(3) doi: 10.1590/S0102-311X2012000300008

MAYR, P.R. A colisão entre princípios constitucionais nas ações judiciais impetradas por pacientes portadores de moléstias graves no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. 2008; Monografia. Disponível em: [http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/\\_uploads/documentos-pessoais/documentação-pessoal/11969.pdf](http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/_uploads/documentos-pessoais/documentação-pessoal/11969.pdf)>. Acesso em: 15 de ago. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ROBERTO, Luís. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, 2007. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em 15 de ago. 2022.

SANTOS, Gustavo Ferreira; CAVALCANTI, Francisco Queiroz. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SANTOS, Marcella Lobo Arruda de Oliveira. Judicialização da saúde: o fornecimento de medicamentos de alto custo e a atuação do Poder Judiciário. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso II. (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://www.unirio.br/cjpp/arquivos/tcc/2018-1-tcc-marcella-lob-o-arruda-de-oliveira-santos>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

SANTOS, Márcio Gil. Reflexão sobre princípios constitucionais. Revista Estação Científica. Vol. 1, N. 2, agosto/setembro 2007. Juiz de Fora: Faculdade Estácio de Sá, 2007.

SAKO, Emília Simeão Albino; SILVA, Celismara Lima da. A aplicação do princípio da proporcionalidade na solução dos hard cases. Revista dos Tribunais. São Paulo, volume 832, p. 52-65, fevereiro de 2005.

SILVA, Leny Pereira da. Direito à saúde e o princípio da reserva do possível. 65 f. Monografia (Especialização em Direito Público)- Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, [2006]. Disponível em: <<https://bit.ly/2LgOxZM>>. Acesso em 02 mar.2023.

SILVA, Lucas Matos da; SALES, Tainah Simões; PESSOA, Gabriela Pimentel. Os custos dos direitos e a concretização do direito à saúde segundo a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais. Ius Gentium, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 275/299, jul./dez.2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2OHdWDM>>. Acesso em: 02 março. 2023.

SILVA, J. A. Da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2010.

# DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO PATERNO-FILIAL: UMA ANÁLISE PRÁTICA DO DANO E SUAS CARACTERÍSTICAS

Pedro Montebranco  
Ana Cristina Fernandes Martins de Oliveira  
Jaqueline Karina Rodrigues de Lima  
João Carlos Lima de Oliveira

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo tratar do dano moral causado pelo abandono afetivo paterno filial, pois em que pese este seja um problema com pouca atenção midiática levando-se em consideração o impacto que causa, o abandono afetivo é uma realidade presente de forma consistente no Brasil.

Dados da ARPEM demonstram que, apenas no ano de 2019, constam 165.313 registros de crianças somente com o nome da mãe, o que dá uma pequena noção da quantidade de casos de abandono afetivo, uma vez que este número pode ser ainda maior, tratando-se apenas do número de crianças que foram registradas sem o nome do pai, estando excluídas as que foram registradas e foram abandonadas posteriormente, bem como as que foram abandonadas pela mãe ou qualquer pessoa que deveria exercer o dever de cuidar.

Neste artigo passar-se-á por inúmeras nuances no que tangem o efeito prático jurídico do abandono afetivo, chegando até o ponto principal que são os desafios práticos encontrados nos casos de abandono afetivo paterno-filial, buscando compreender as dimensões do dano e como proceder com a sua indenização.

Em primeiro lugar deve-se atentar ao fato de que o sistema jurídico brasileiro já reconhece o abandono afetivo como possível de se indenizar, e em que pese o abandono pareça ser uma omissão, os efeitos para quem o sofre são iguais ou superiores a uma ação

que objetiva lesionar moralmente, assim deve-se reconhecer que no âmbito familiar é dever dos pais cumprir com as obrigações que culminam na criação dos filhos. Assim, passa-se agora a tratar de como o abandono afetivo implica em inúmeras outras obrigações dos pais ou daqueles que têm o dever de cuidar.

Além de toda a questão jurídica pura, uma vez que a pessoa vítima do abandono afetivo sofre um dano de qualidade inestimável, deve-se pensar também, de modo humano, a fim de se alcançar, não a justiça vingativa, mas a simples justiça. Para isso, utilizou-se do método hipotético dedutivo, juntamente com a análise do entendimento doutrinário e jurisprudencial.

## **NOÇÕES SOBRE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO**

Inicialmente se faz necessário tomar nota que toda a tratativa jurídica do abandono afetivo e sua responsabilização deve ser feita sob a ótica do contexto familiar, sendo necessário que antes de tratar do abandono afetivo, deve se tratar de delimitar a instituto da família no sistema jurídico Brasileiro.

Dentro do sistema jurídico Brasileiro a família tem amparo em inúmeros dispositivos, com direitos e deveres cuja disposição legal é positivada pela Constituição Federal, Código Civil, Estatuto da Criança e Adolescente. No Brasil a proteção à família como instituição primordial ao desenvolvimento do estado democrático de direito surgiu expressamente na Constituição Federal de 1934, que foi a primeira constituição a conceder proteção ao instituto e assim defini-lo como digno de ser preservado.

Há de se pontuar que a disposição legal dada na época é de fato mais restritiva do que a dada atualmente no art. 226 da CF 88, o que se dá pelo contexto social, mas, mesmo diante de uma redação com o conceito de família mais restrito, já existia o reconhecimento de sua importância, visto que esta traz no art. 144 a seguinte disposição “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.” Pode-se observar que apesar das constituições anteriores à constituição de

1934 trazerem regulamentações do âmbito familiar, estas não traziam especial proteção para a família.

Tal proteção especial disposta em texto constitucional reforça a importância do instituto, bem como reforça a importância da família, pois uma vez que as famílias formam os cidadãos que integrarão a sociedade; ao proteger a família, proteger-se-á a sociedade e garantir-se-á a preservação do Estado Brasileiro. É possível crer então que ao contemplar a família com a proteção dada no art. 144 da Constituição Federal de 1934 e que segue até hoje no art. 226 da Constituição Federal de 1988, o legislador teve o discernimento de observar a relevância do instituto e assim abordá-lo no instrumento de maior importância da República.

Nesse mesmo sentido faz-se necessário destacar que com a evolução do ordenamento, as proteções dadas à família foram aumentando, de modo que a Constituição passou a proteger também o que é de mais frágil no núcleo familiar, tratando de fixar no instrumento de maior importância do Estado Democrático de Direito, as obrigações devidas à família, sociedade e ao próprio Estado, (Redação dada Pela Emenda Constitucional no 65, de 2010)

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional no 65, de 2010): I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional no 65, de 2010): § 2º A lei disporá sobre normas de construção

dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional no 65, de 2010); IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional no 65, de 2010) § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. § 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. § 8º A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional no 65, de 2010) I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; (Incluído Pela Emenda Constitucional no 65, de 2010); II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

Veja que, além da concessão de proteção ao instituto, temos ainda, disposições expressas em texto constitucional, veja que o artigo supracitado traz um grande rol de obrigações e posteriormente a abrangência da proteção especial, o que mais uma vez demonstra o cuidado que o legislador teve ao tratar sobre a família.

Ademais, apesar de tal apreciação no instrumento na carta magna do Estado Brasileiro, a família seguiu sendo reconhecida no direito Brasileiro como instituto de importância ímpar, como

exemplo da formalização e do reconhecimento do direito das famílias faz se inevitável citar o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual dispõe:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Veja que mais uma vez temos disposições sobre os deveres da família, que no artigo supracitado se manifesta no sentido de englobar a família como um todo, mas que mesmo não tratando do dever da família para com a criança, adolescente e jovem, traz uma peculiaridade ao incluir no rol de direitos o direito de convivência familiar.

Dessa forma, pode-se notar com a disposição supracitada que apesar de família ser um conceito amplo, o ordenamento jurídico se empenhou em traçar os moldes de como a família deve proceder, assim fixando mesmo que indiretamente a sua responsabilidade com relação a seus integrantes, o que é de importância inestimável, uma vez que mais adiante serão tratadas as implicações dessa responsabilidade.

Além destas disposições, tem-se expresso no Código Civil, os atos que são de competência da família, constando inclusive que a competência não tem relação com o estado civil dos pais, não importando se estão casados ou separados, conforme (Redação dada pela Lei no 13.058, de 2014) art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;) III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Diante da disposição legal dos deveres familiares, pode-se ter uma breve visão da importância e complexidade da família, dessa forma se torna de extrema importância a análise de que apesar de alheio a percepção, quando se trata de abandono afetivo tem-se inevitavelmente, muito mais do que um dano ao abandonado e ao núcleo familiar, juntamente com isso, tem-se um dano à sociedade, diante da simples avaliação que a própria lei contempla a família como objeto que forma e molda a sociedade e que portanto deve ser protegida, logo considerar-se-á que contrariamente, quando há o abandono, por decorrência automática deste tem-se um dano que se estende a várias dimensões, implicando em inúmeros pontos da convivência social e do ordenamento.

## **PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE**

De início deve-se considerar que o entendimento doutrinário é divergente quanto a definição do princípio da afetividade, tratando a doutrina de considerar a afetividade de duas formas, o entendimento minoritário considera que a afetividade é o resultado da família, ou seja, algo que se origina da família, já o entendimento majoritário defende que o princípio da afetividade seria o que delimita o núcleo familiar.

Pode-se concordar com o entendimento majoritário pois mesmo que invisível a olho nu, tem-se hoje uma consideração

diferente do conceito de família, tendo em vista que no passado era considerada família a relação entre indivíduos que tivessem uma consanguinidade que se originou de uma relação matrimonial. Nesse sentido segue Maria Berenice Dias (2009, p. 41)

[...] a família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade [...].” O reconhecimento dos novos tipos de família, calcados em vínculos afetivos e independentes de consanguinidade, resulta de movimentos sociais realizados por diversas categorias, como das mulheres, na luta pela igualdade de direitos, e dos casais homoafetivos, pelo reconhecimento de suas uniões fáticas, dentre outros.

Essa mudança no conceito de família aconteceu de maneira gradual e homogênea, pois o conceito de família mudou no mesmo passo em que as famílias mudaram em sua configuração, isso se pode visualizar facilmente ao comparar por exemplo como funcionavam as famílias de antepassados e como funcionam atualmente. Nesse sentido faz-se de extrema necessidade citar Zimmerman (2007, p.103):

Preliminarmente, é útil lembrar que a configuração dos “grupos familiares” vem sofrendo profundas transformações reais com a passagem das sucessivas gerações, sendo inquestionável que esse fato traz significativas repercussões no bebê, na criança, no adolescente e futuro adulto, tanto no que diz respeito à formação de sua identidade individual como à identidade grupal e à social.

Tal mudança no conceito de família gerou uma bifurcação da carga anteriormente atribuída a essa, pois, no passado, a família era o grupo de pessoas que tinham consanguinidade, ou seja, a família era construída sobre o requisito principal de compartilharem uma relação de descendência.

O que se tem atualmente diverge das definições clássicas de família, pois a relação de consanguinidade não é mais o requisito principal para se identificar uma família, tratando-se atualmente a relação de consanguinidade como parentesco e passando família para um conceito não relacionado diretamente com a descendência,

parentesco ou relação matrimonial, mas a existência de um vínculo afetivo entre indivíduos.

O que ressalta tal entendimento do conceito de família, é a conceção de proteção e o título de entidade familiar à união estável, pois veja, tratando-se de união estável, não se tem casamento no sentido clássico, ou relação de parentesco, e mesmo diante da ausência destes, trata-se de uma entidade que recebe proteção constitucional.

Diante disso fica fixada a noção inicial de que ao menos para uma análise moderna, a afetividade identifica de fato o núcleo familiar, e que esta relação de afetividade gera as obrigações familiares, posto isso fica demonstrado que a afetividade é requisito essencial para compor o núcleo familiar, afinal esta será responsável por realizar a integração dos indivíduos que irão compor essa relação familiar, nesse mesmo sentido relaciona Dias (2006, p. 61).

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família.

Faz-se ainda imperativo destacar que o afeto aqui tratado está mais ligado aos atos e ações que competem aos integrantes da relação familiar, não podendo se confundir a afetividade com amor, de modo que essa confusão iria implicar na exclusão da responsabilidade afetiva pelo abandono oriundo de pessoa que deveria exercer tal afeto.

Isso se dá devido a não correlação entre estes, uma vez que um genitor ou qualquer pessoa que assuma o papel onde terá o dever de cuidar pode cumprir com os deveres gerados por essa relação sem que seja necessário a existência de amor, pois veja, o que se trata aqui é uma responsabilização por descumprimento de obrigações com origem na afetividade, e não a responsabilização pela ausência de amor ou qualquer outro sentimento, pois se assim

fosse, acabaria por adentrar em uma área de extrema relatividade, o que não serviria ao Direito que se tem hoje.

## **OBRIGAÇÕES DA RELAÇÃO DE CONSANGUINIDADE X OBRIGAÇÕES DA RELAÇÃO DE AFETIVIDADE**

Assim como demonstrado anteriormente, com a evolução da sociedade e das relações familiares, houve nesse mesmo ritmo a evolução dos conceitos que delimitam e identificam o núcleo familiar, deixando de considerar como requisito a relação de sangue e passando a reconhecer a afetividade. Mas é importante tratar da distinção entre a consanguinidade e a afetividade. A princípio deve-se observar que apesar da doutrina entender que o que define o núcleo familiar é a afetividade, esta por sua vez, não exclui as obrigações geradas pela relação de consanguinidade. O que ocorre na verdade é que tratando-se de obrigações a afetividade atua juntamente com a consanguinidade, sendo isso inclusive de entendimento da jurisprudência do STF, RE n. 898.060/SP. Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.9.2016).(TJ-SC - AC: 03026749320158240037 Joaçaba 0302674-93.2015.8.24.0037, Relator: Saul Steil, Data de Julgamento: 17/04/2018, Terceira Câmara de Direito Civil)

Apelação cível. Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Demanda ajuizada contra a genitora e o pai socioafetivo. Prova pericial (exame de dna). Paternidade biológica do autor comprovada. Sentença de improcedência. Magistrado que entendeu pela prevalência da paternidade socioafetiva. Recurso do demandante. Pleito de reconhecimento da multiparentalidade. Viabilidade. Reconhecimento neste grau de jurisdição da dupla parentalidade. Determinação de retificação do registro civil para constar o nome do pai biológico com a manutenção do pai socioafetivo. Vínculo socioafetivo que não exclui o biológico. Possibilidade de coexistência de ambos. Prevalência interesse da criança. Tese firmada em repercussão geral. Fixação de alimentos a pedido do autor. Recurso conhecido e provido. "A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos

vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos

As obrigações dadas pela relação de consanguinidade são garantidas legalmente em inúmeros dispositivos, podendo citar o art. 1696 do Código Civil, o qual relaciona que “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.” (Brasil, 2002, art. 1.696).

Pode-se visualizar claramente que se trata de uma obrigação que tem origem na relação de consanguinidade, de modo que o artigo inclusive indica ainda a possibilidade de a obrigação avançar na linha de parentesco a fim de se garantir que a necessidade seja cumprida. Sendo possível visualizar que as obrigações dadas pela consanguinidade são mais antigas e foram percebidas pelo direito a mais tempo, pois o conceito de família como grupo ligado por uma relação de consanguinidade tem sua origem a mais de 4.600 anos, onde tinha como obrigações a subserviência ao pai, que era até então o único considerado apto a exercer a função de chefe de família. Medeiros (1997, p. 31-32) elenca algumas teorias sobre a organização familiar:

Basicamente a família segundo Homero, firmou sua organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador do pai. Após surgiu a teoria de que os primeiros homens teriam vivido em hordas promíscuas, unindo-se ao outro sexo sem vínculo civis ou sociais. Posteriormente, organizou-se a sociedade em tribos, evidenciando a base da família em torno da mulher, dando origem ao matriarcado. O pai poderia até ser desconhecido. Os filhos e parentes tomavam as normas e nome da mãe.

Uma vez que a família inicialmente era baseada nesse conceito, os ordenamentos jurídicos foram tratando desta forma, pois tratando-se de Direito, sempre se tem a influência dos costumes. Já as obrigações geradas pela afetividade se estendem para fora de

sua contemplação nos códigos. Pois, em que pese a relação de consanguinidade crie obrigações, estas são extremamente objetivas, vez que são que definidas de maneira taxativa no ordenamento jurídico, conforme demonstrado pelo próprio artigo supracitado, que relaciona, de maneira resumida que, na relação entre pai e filho a prestação é devida, ou seja, nas obrigações que tem origem na relação de consanguinidade sempre se tem uma relação objetiva de como os deveres surgem e sua exigibilidade.

O dilema criado por essa abordagem objetiva das obrigações é que, analisando desta forma, acaba-se por excluir inúmeras outras direitos e obrigações que os indivíduos adquirem por meio alheio a consanguinidade, sendo esses direitos e obrigações possíveis de perceber somente se observados sobre a ótica da afetividade. Fazendo uma relação com o explicado anteriormente, a lei cria o dever de prestar alimentos para o pai ou mãe, bem como para o filho, o que se trata de um dever que se dá pela relação de parentesco entre estes, o que é tratado aqui como consanguinidade.

Porém a inexistente essa relação de consanguinidade, seria impossível exigir o cumprimento de qualquer obrigação familiar, este problema se dá justamente pela objetividade atribuída pelo ordenamento, justamente dessa lacuna legal, surgiu a afetividade como geradora de obrigações, quando se reconhece a afetividade como ação ou expectativa de ação como objeto que cria obrigações, incorre-se também em reconhecer o que é mais complexo do ser humano, deixando de pensar no dever de nutrir, vestir ou, qualquer outra necessidade básica do ser, e passando a reconhecer o dever de cuidar, zelar, ensinar, acompanhar, entre outros; sendo assim ao pé em que o direito evoluiu, percebeu-se que as necessidades básicas devem sim ser atendidas por aquele que adquiriu a obrigação, mas mais do que isso, percebeu-se que existem outras necessidades que se equiparam e talvez sejam até mais importantes que as necessidades básicas do indivíduo.

Inevitavelmente, conforme segue a linha de pensamento do presente artigo, a jurisprudência e doutrina passaram a entender que a afetividade gera obrigações, e que inclusive geram obrigações

que antes somente se originam nas relações de consanguinidade, pois veja, a paternidade socioafetiva já é considerada atualmente para os fins do dever de prestar alimentos. Nesse sentido, a jurisprudência (art. 1o, III, CF). (TJ-MS - AGR: 1413163332015 8120000 MS 1413163-33.2015.8.12.0000, Relator: Des. Eduardo Machado Rocha, Data de Julgamento: 30/11/2015, 3a Câmara Cível, Data de Publicação: 11/01/2016) destaca que:

Agravo regimental em agravo de instrumento – ação de investigação e de reconhecimento de paternidade socioafetiva c/c alimentos e reparação de danos morais – fixação de alimentos provisórios – parentalidade socioafetiva – requisitos da antecipação dos efeitos da tutela (art. 273 do CPC) – preenchidos – recurso desprovido. O direito à prestação dos alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes. Tal direito pode ser pleiteado pelos parentes, os cônjuges ou companheiros sempre que dele necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. O parentesco civil é o estabelecido em razão da adoção, e também abrange o parentesco socioafetivo, o qual é baseado em relação de afeto gerada pela convivência entre as partes, consoante Enunciado no 256 do Conselho da Justiça Federal. A existência de fortes indícios da parentalidade socioafetiva, colhidos por meio de documentos e relatórios psicossociais realizados nos autos, aliados à situação de vulnerabilidade social da parte agravada, autorizam a antecipação parcial dos efeitos da tutela para fixação dos alimentos provisórios. Assim, mantém-se a decisão agravada. O princípio da irrepetibilidade dos alimentos deve ser avaliado em conjunto com os demais princípios constitucionais, dentre eles o de maior relevo, que é a proteção da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da sociedade brasileira.

Pode-se notar que o desembargador relaciona expressamente que conforme os indícios de parentalidade socioafetiva, será concedida a antecipação dos efeitos da tutela. É possível visualizar que a jurisprudência atual já contempla a afetividade como um instituto que gera obrigações e que estas por sua vez ao serem descumpridas geram um dano, nesse sentido há o entendimento do Superior Tribunal de Justiça teve como Recurso especial parcialmente provido. do STJ - REsp: 1159242 SP 2009/0193701-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento:

24/04/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2012 RDDP vol. 112 p. 137 RDTJRJ vol. 100 p. 167 RSTJ vol. 226 p. 435)

Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. formação 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

Deste modo, nota-se que embora a afetividade seja utilizada nos julgados supracitados para fins distintos, podemos visualizar que existe uma característica em comum, que é a contemplação da afetividade como geradora de obrigações, assim como cita a ministra no acórdão supracitado “existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.” Veja que a mesma reconhece também os impactos causados pelo descumprimento dessas obrigações

Tal contemplação da afetividade como geradora de obrigações se deu com a integração das inúmeras ciências modernas, tendo como principal a psicologia, pois com ela adquire-se a sensibilidade necessária para perceber que o indivíduo se estende para fora de sua definição física, contemplando um universo inúmeras vezes mais abrangente do que se pode definir.

Nesse mesmo sentido, é possível verificar ainda que a jurisprudência passou a identificar a diferença entre os deveres originados pela consanguinidade e afetividade, podendo citar mais uma vez o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme (STJ - REsp: 1887697 RJ 2019/0290679-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/09/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/09/2021)

Civil. Processual civil. Direito de família. Abandono afetivo. Reparação de danos morais. Pedido juridicamente possível. Aplicação das regras de responsabilidade civil nas relações familiares. Obrigação de prestar alimentos e perda do poder familiar. Dever de assistência material e proteção à integridade da criança que não excluem a possibilidade da reparação de danos. Responsabilização civil dos pais. Pressupostos. Ação ou omissão relevante que represente violação ao dever de cuidado. Existência do dano material ou moral. Nexo de causalidade. Requisitos preenchidos na hipótese. Condenação a reparar danos morais. Custeio de sessões de psicoterapia. Dano material objeto de transação na ação de alimentos. Inviabilidade da discussão nesta ação. 1- Ação proposta em 31/10/2013. Recurso especial interposto em 30/10/2018 e atribuído à Relatora em 27/05/2020. 2- O propósito recursal é definir se é admissível a condenação ao pagamento de indenização por abandono afetivo e se, na hipótese, estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil. 3- É juridicamente possível a reparação de danos pleiteada pelo filho em face dos pais que tenha como fundamento o abandono afetivo, tendo em vista que não há restrição legal para que se apliquem as regras da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares e que os arts. 186 e 927, ambos do CC/2002, tratam da matéria de forma ampla e irrestrita. Precedentes específicos da 3ª Turma. 4- A possibilidade de os pais serem condenados a reparar os danos morais causados pelo abandono afetivo do filho, ainda que em caráter excepcional, decorre do fato de essa espécie de condenação não ser afastada pela obrigação de prestar alimentos e nem tampouco pela perda do poder familiar, na medida em que essa reparação possui fundamento jurídico

próprio, bem como causa específica e autônoma, que é o descumprimento, pelos pais, do dever jurídico de exercer a parentalidade de maneira responsável. 5- O dever jurídico de exercer a parentalidade de modo responsável compreende a obrigação de conferir ao filho uma firme referência parental, de modo a propiciar o seu adequado desenvolvimento mental, psíquico e de personalidade, sempre com vistas a não apenas observar, mas efetivamente concretizar os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana, de modo que, se de sua inobservância, resultarem traumas, lesões ou prejuízos perceptíveis na criança ou adolescente, não haverá óbice para que os pais sejam condenados a reparar os danos experimentados pelo filho. 6- Para que seja admissível a condenação a reparar danos em virtude do abandono afetivo, é imprescindível a adequada demonstração dos pressupostos da responsabilização civil, a saber, a conduta dos pais (ações ou omissões relevantes e que representem violação ao dever de cuidado), a existência do dano (demonstrada por elementos de prova que bem demonstrem a presença de prejuízo material ou moral) e o nexo de causalidade (que das ações ou omissões decorra diretamente a existência do fato danoso). 7- Na hipótese, o genitor, logo após a dissolução da união estável mantida com a mãe, promoveu uma abrupta ruptura da relação que mantinha com a filha, ainda em tenra idade, quando todos vínculos afetivos se encontravam estabelecidos, ignorando máximas de que existem as figuras do ex-marido e do ex-convivente, mas não existem as figuras do ex-pai e do ex-filho, mantendo, a partir de então, apenas relações protocolares com a criança, insuficientes para caracterizar o indispensável dever de cuidar. 8- Fato danoso e nexo de causalidade que ficaram amplamente comprovados pela prova produzida pela filha, corroborada pelo laudo pericial, que atestaram que as ações e omissões do pai acarretaram quadro de ansiedade, traumas psíquicos e sequelas físicas eventuais à criança, que desde os 11 anos de idade e por longo período, teve de se submeter às sessões de psicoterapia, gerando dano psicológico concreto apto a modificar a sua personalidade e, por consequência, a sua própria história de vida. 9- Sentença restabelecida quanto ao dever de indenizar, mas com majoração do valor da condenação fixado inicialmente com extrema modicidade (R\$ 3.000,00), de modo que, em respeito à capacidade econômica do ofensor, à gravidade dos danos e à natureza pedagógica da reparação, arbitra-se a reparação em R\$ 30.000,00. 10- É incabível condenar o réu ao pagamento do custeio do tratamento psicológico da autora na hipótese, tendo em vista que a sentença homologatória de acordo firmado entre as partes no bojo de ação de alimentos contemplava o valor da mensalidade da psicoterapia da autora, devendo eventual inadimplemento ser objeto de discussão naquela seara. 11- Recurso especial conhecido e parcialmente provido, a fim de julgar

procedente o pedido de reparação de danos morais, que arbitro em R\$ 30.000,00), com juros contados desde a citação e correção monetária desde a publicação deste acórdão, carreado ao recorrido o pagamento das despesas, custas e honorários advocatícios em razão do decaimento de parcela mínima do pedido, mantido o percentual de 10% sobre o valor da condenação fixado na sentença.

Nota-se que o nobre julgador tratou de tratar expressamente que a indenização pelo abandono, independe do cumprimento ou não das obrigações dadas pela consanguinidade como se pode observar no item 4 da decisão supracitada.

Essa é uma preocupação que se deve ter, muitas vezes o indivíduo é analisado como apenas um corpo que interage com os demais, e que tem essas interações cravejadas com as disposições legais do ordenamento jurídico, o que, portanto, acaba por deixar de fora das considerações, o fato de que este possui uma infinidade de características que não se pode visualizar objetivamente e que a lei não contempla, talvez seja mais prático pensar que o indivíduo seja apenas um corpo que interage com os demais, mas quando se trata de uma avaliação de um dano que não se materializa diante dos olhos, essa visão torna-se um obstáculo, e este obstáculo deve ser superado, sob a pena de não tratar o abandono com humanidade.

Além da necessidade dessa análise com base na afetividade para assim se alcançar de fato as obrigações de cada caso de abandono afetivo, faz-se necessário analisar sob essa ótica a fim de alcançar uma responsabilização da pessoa que abandonou. O que se pretende alcançar com essa explanação é que a responsabilidade por abandono afetivo contempla muito mais do que apenas o pai ou mãe, se estendendo também a pessoa que não é genitora, mas que também tinha o dever de cuidar, desta forma, tem-se uma flexibilização que visa efetivamente a restituição de um dano que foi gerado.

## A INTEGRAÇÃO ENTRE OS DANOS DECORRENTES DO NÃO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES

De modo a de fato identificar a extensão do dano faz-se necessário a análise dos tipos de danos que podem resultar do abandono afetivo, e inclusive analisar a integração de tais danos. Assim, para um juízo de valoração do dano, é necessário relacionar também os danos de natureza física, isto é, aqueles que mudam a estrutura da família, que apesar de serem alheios ao dano moral aqui tratado, acabam implicando no agravamento deste, desta forma pode-se então analisar sobre a seguinte máxima, quando um integrante do núcleo familiar, abandona a sua função neste, acaba logo por alterar a dinâmica de como são distribuídas as funções dentro deste núcleo, funções essas que emanam do próprio núcleo uma vez constituído, como indica Zimmerman (2007, p.103)relacionando ainda a mudança das funções com a mudança do conceito de família:

Um novo significado de família, com novos valores, expectativas e papéis a serem desempenhados. • Uma maior emancipação da mulher, que geralmente deve trabalhar fora e que, por isso, deve fazer uma extenuante ginástica para conciliar as funções de maternagem com as profissionais. • Em contrapartida, também o perfil do homem tem mudado bastante, especialmente quanto à sua maior participação na economia doméstica e nos cuidados precoces com os filhos.

Diante disso, apesar da distribuição das funções variar de família para família, quando um integrante deste núcleo o abandona, ocorre uma abrupta mudança em sua constituição e organização, o que irá refletir imediatamente na vida da criança, pois com a ausência deste indivíduo, os demais que integram o núcleo terão que se desdobrar para cumprir com tais funções para dar continuidade à família. Como exemplo disso pode-se citar novamente, o psicanalista Zimmerman, onde em sua obra, dispõe de tratar das funções dos integrantes da família:

Uma mãe “suficientemente boa” (termo de Winnicott), levando em conta as óbvias diferenças individuais de cada uma delas, deve preencher satisfatoriamente as seguintes condições:

1. Ser provedora das necessidades básicas do filho (de sobrevivência física e psíquica: alimentos, agasalho, calor, amor, contato físico, etc.). 2. Exercer a função de para-excitação dos estímulos que o ego incipiente da criança não consegue processar pela sua natural imaturidade neurofisiológica. Esses estímulos tanto procedem das tensões e traumatismos derivados das primeiras experiências sensoriais e emocionais da infância, como também se originam nas desprazerosas sensações emanadas do próprio corpo. Neste último caso, elas podem ser exteroceptivas (parte externa do corpo), propioceptivas (camadas profundas da pele), enteroceptivas (órgãos internos, como pode ser, por exemplo, uma cólica intestinal do bebê), cinestésicas (sensação de equilíbrio). A mãe compreendendo e, na medida do possível, atendendo aos apelos do bebê, alivia-o das tensões insuportáveis que se expressam por um estado de excitação.

O autor segue destrinchando as funções de cada integrante, sendo de extrema importância citar uma parte das funções relacionadas ao pai: “Dentre as, fundamentais, funções que devem ser exercidas pelo pai, as seguintes merecem ser destacadas: • A segurança e a estabilidade que ele dá, ou não dá, à mãe, na tarefa, por vezes árdua e extenuante, de bem educar e promover o crescimento do filho. (ZIMERMAN, 2007, p.106)

Nesse sentido, identificado o dano físico, ou seja, o dano causado pela mudança da estrutura, que acabará por resultar em um dano moral à criança, vez que como o autor acima demonstra, uma das funções da mãe é atender as necessidades da criança, o que seria diretamente impactado com a ausência do pai, vez que teria que agregar as inúmeras funções deste, o mesmo se dá pelo inverso, o pai teria que incorporar as funções da mãe para assim manter o funcionamento da família, o que implicaria no não cumprimento de algumas dessas ou talvez, na execução insuficiente.

Essa é a verdadeira face do abandono, quando um dos indivíduos abandona o núcleo, renunciando à suas funções, está deixando de cumprir com as obrigações que lhe são atribuídas ao formar o núcleo, o que irá refletir na criança, que imediatamente irá

perceber tal mudança, e além disso, continuará percebendo pelo resto da vida, resultando em um ciclo reiterado de danos que atingirão a todos e principalmente no indivíduo que esteja se formando naquele núcleo.

## CONSIDERAÇÕES SOBRE O DANO

De uma certa ótica, o dano causado pelo abandono afetivo é incalculável, mas esta não serve para o presente trabalho, visto que ao analisar por essa ótica o dano não seria indenizável. Sobre a impossibilidade de quantificar o dano sofrido, faz-se impossível tratar deste tema sem citar o voto dado pelo Ministro Asfor Rocha no julgamento do Recurso Especial 757.411/MG, tendo sido este julgado um dos primeiros a tratar do tema no país. O voto do ministro tem dentro sua completude o seguinte trecho: Por isso é que, por mais sofrida que tenha sido a dor suportada pelo filho, por mais reprovável que possa ser o abandono praticado pelo pai – o que, diga-se de passagem, o caso não configura - a repercussão que o pai possa vir a sofrer, na área do Direito Civil, no campo material, há de ser unicamente referente a alimentos; e, no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder, no máximo isso.

Com a devida vênia, não posso, até repudio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor. Ao ser permitido isso, com o devido respeito, iremos estabelecer gradações para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandono por uma semana, o valor da indenização seria "x"; se abandono por um mês, o valor da indenização seria "y", e assim por diante. Com esses fundamentos, e acostando-me ao que foi posto pelo eminente Ministro Fernando Gonçalves, Relator deste feito, e pelos Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezzinni, peço vênia ao eminente Sr. Ministro Barros Monteiro para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

Em que pese os tribunais atualmente entendem que cabe sim o dano, vale ainda enquadrar as palavras do Ministro, vez que em seu teor geram contradição, pois este reconhece a extensão do dano

e a reprovabilidade da conduta de quem abandona, mas ao final diz ser impossível quantificá-lo, pois “não se quantifica o amor”, o que traz mais uma vez a um ponto já abordado neste artigo, pois conforme já esclarecido, não se trata de quantificar o preço do amor, pois seria impossível quantificar um conceito tão subjetivo e inerente a conduta humana, o que ocorre na fala do Ministro é a confusão entre amor e afetividade, a afetividade é o que define o núcleo familiar conforme citado anteriormente, o amor é uma coisa inexigível.

De modo a esclarecer o aqui tratado, há necessariamente de se observar o abandono não somente como uma decorrência da falta de amor, mas como uma ação ou omissão que tira do abandonado o direito de ser cuidado, nesse mesmo sentido faz se de importância impar citar as palavras do Desembargador Diaulas Costa Ribeiro da 8ª turma cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no julgamento da Apelação Cível 20160610153899, onde este aduz: Não se pode exigir, judicialmente, desde os primeiros sinais do abandono, o cumprimento da "obrigação natural" do amor. Por tratar-se de uma obrigação natural, um Juiz não pode obrigar um pai a amar uma filha. Mas não é só de amor que se trata quando o tema é a dignidade humana dos filhos e a paternidade responsável. Há, entre o abandono e o amor, o dever de cuidado. Amar é uma possibilidade; cuidar é uma obrigação civil.

Ainda, além da confusão entre amor e as obrigações originárias das obrigações familiares, há claramente uma confusão no objetivo da indenização por abandono, vez que o dano moral tem no direito funções que acabam se confundindo, inclusive dentro da hierarquia das próprias funções, pois vemos, a indenização por danos morais tem como base três funções, sendo a primeira e principal delas a função compensatória, esta função garante com a aplicação da imposição de indenizar que a pessoa que sofreu o dano seja ressarcida a fim de cobrir da melhor forma possível o dano experimentado, tendo como ressalva a se fazer, que danos extrapatrimoniais são difíceis de reparar na integralidade, dificilmente se alcançando o status quo ante.

A segunda função do dano moral é a punitiva, essa garante de fazer com que o agente que o dano seja responsabilizado na proporção do dano causado, a fim de se estabelecer dessa forma uma situação de causa e efeito, de modo que o Direito impõe ao causador do dano o pagamento pelo dano que causou.

Por último e não menos importante há a função preventiva ou pedagógica, que pretende demonstrar para os demais integrantes da sociedade que se incorrerem nas ações e omissões que geram o dano, sofrerão a imposição do dever de indenizar a pessoa que as sofreu.

Partindo dessas funções pode-se finalmente identificar que há uma confusão no que tange ao objetivo de se indenizar pelo abandono afetivo, o que se pretende com a condenação a indenizar o abandonado é tentar compensar pelo dano sofrido, e por meio das funções punitivas e pedagógicas demonstrar o resultado a reprovabilidade da conduta e evitar que esta seja reiteradamente exercida.

O que se pretende alcançar com isso é que ao contrário da linha de pensamento comumente adotada, ao ingressar com uma ação de indenização por abandono afetivo, o objetivo deste é além de reivindicar um Direito que não pode ser desqualificado ou descredibilizado, tentar alcançar o máximo possível de reparação pelo abandono, e evitar que a conduta se torne comum, pois não há outra alternativa para se buscar tal direito se não a que

visa reparação ante pagamento de prestação pecuniária, pois conforme citado anteriormente, o amor não se exige, mas a falta de cuidados tem um preço, muito alto, mas possível de se buscar mesmo que minimamente.

Diante dessas observações parte-se do princípio que o dano experimentado por aquele que sofre o abandono afetivo é sim muito extenso, mas que apesar de uma quantia em dinheiro jamais repare o dano em sua totalidade isso não implica na desnecessidade de indenizar, sendo que para proceder com a sua quantificação deve-se observar cada caso, pois é impossível deduzir a extensão do dano com qualquer critério objetivo, mas sim

observando o caso de maneira ampla a fim de identificar toda a repercussão do dano, nesse mesmo sentido faz-se necessário citar novamente o Desembargador Diaulas Costa Ribeiro no julgamento da apelação supracitada.

Com isso cabe ressaltar que o valor indenizatório, no caso de abandono afetivo, não pode ter por referência percentual adotado para fixação de pensão alimentícia, nem valor do salário mínimo ou índices econômicos. A indenização por dano moral não tem um parâmetro econômico absoluto, uma tabela ou um baremo, mas representa uma estimativa feita pelo Juiz sobre o que seria razoável, levando-se em conta, inclusive, a condição econômica das partes, sem enriquecer, ilicitamente, o credor, e sem arruinar o devedor.

Com a devida ressalva de que no caso de abandono afetivo trata-se de algo experimentado durante a infância e adolescência tornando-se claro que o resultado será superdimensionado, justamente pela fase da infância e adolescência ser de crucial importância para a formação da personalidade e da totalidade das características que formam uma pessoa, nesse sentido Zimerman (1999, p. 103) diz:

A família constitui-se como um campo dinâmico no qual agem tanto os fatores conscientes quanto os inconscientes, sendo que a criança, desde o nascimento, não apenas sofre passivamente a influência dos outros, mas, reciprocamente, é também um poderoso agente ativo de modificações nos demais e na estrutura da totalidade da família.

O mesmo ainda relaciona que na atualidade, é consensual entre todos os psicanalistas, independentemente se a orientação conceitual dos mesmos inclina-se mais para o foco pulsional ou ambiental, o fato de que o grupo familiar exerce uma profunda e decisiva importância na estruturação do psiquismo da criança, logo, na formação da personalidade do adulto. (ZIMERMAN. 1999, p.103)

## A IMPORTÂNCIA DA PROVA PSICOSSOCIAL

Conforme demonstrado anteriormente, o dano causado pelo abandono afetivo é sim muito extenso, mas, observadas as nuances aqui tratadas, chega-se ao momento de avaliar como se alcançaria a materialidade do dano. Seria de extrema imperícia tratar do dano moral decorrente do abandono afetivo sem tratar sobre a prova psicossocial, de modo que se pode tratar de inúmeros pontos do abandono, relacionando como ele se configura, como ele se aplica, o que é válido, pois, configurado o abandono, os danos são automáticos, não restando debater se eles existem ou não, mas sim qual a qualidade do dano e como quantificá-lo.

Uma vez que se presume o dano moral decorrente do abandono afetivo, é necessário agora tratar de qualificá-lo e quantificá-lo, sendo utilizado para isso a prova psicossocial, de modo que com esta pode-se entender o contexto do abandono e o contexto após esse, o que demonstrará para o julgador de maneira objetiva a extensão a profundidade e a qualidade dos danos morais.

Tem-se nesse sentido uma grande parte do entendimento jurisprudencial e doutrinário, pois veja, não existe meio mais seguro e certo de se medir um dano moral, psicológico e decorrente de um evento traumático como o abandono afetivo, do que a perícia psicossocial, nesse sentido há o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça conforme (STJ - Resp.: 1557978 DF 2015/0187900-4, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 03/11/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/11/2015)

Civil. Recurso especial. Família. Ação de indenização. Abandono afetivo. Ofensa ao art. 535 do cpc. Inocorrência. Alegada ocorrência do descumprimento do dever de cuidado. Não ocorrência. Ausência de demonstração da configuração do nexa causal. Aplicação da teoria do dano direto e imediato. Prequestionamento inexistente no que tange aos acordos e convenções internacionais. Incidência das súmulas n. o 282 e 235 do stf. Dissídio jurisprudencial não caracterizado. Recurso especial não provido. 1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC quando os embargos de declaração são

rejeitados pela inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, e o Tribunal a quo dirime a controvérsia de forma completa e fundamentada, embora de forma desfavorável à pretensão do recorrente. 2. Considerando a complexidade dos temas que envolvem as relações familiares e que a configuração de dano moral em hipóteses de tal natureza é situação excepcionalíssima, que somente deve ser admitida em ocasião de efetivo excesso nas relações familiares, recomenda-se uma análise responsável e prudente pelo magistrado dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil, principalmente no caso de alegação de abandono afetivo de filho fazendo-se necessário examinar as circunstâncias do caso concreto, a fim de e verificar se houve a quebra do dever jurídico de convivência familiar, de modo a evitar que o Poder Judiciário seja transformado numa indústria indenizatória. 3. Para que se configure a responsabilidade civil, no caso, subjetiva, deve ficar devidamente comprovada a conduta omissiva ou comissiva do pai em relação ao dever jurídico de convivência com o filho (ato ilícito), o trauma psicológico sofrido (dano a personalidade), e, sobretudo, o nexa causal entre o ato ilícito e o dano, nos termos do art. 186 do CC/2002. Considerando a dificuldade de se visualizar a forma como se caracteriza o ato ilícito passível de indenização, notadamente na hipótese de abandono afetivo, todos os elementos devem estar claro e conectados. 4. Os elementos e as peculiaridades dos autos indicam que o Tribunal a quo decidiu com prudência e razoabilidade quando adotou um critério para afastar a responsabilidade por abandono afetivo, qual seja, o de que o descumprimento do dever de cuidado somente ocorre se houver um descaso, uma rejeição ou um desprezo total pela pessoa da filha por parte do genitor, o que absolutamente não ocorreu. 5. A ausência do indispensável estudo psicossocial para se estabelecer não só a existência do dano, mas a sua causa, dificulta, sobremaneira, a configuração do nexa causal. Este elemento da responsabilidade civil, no caso, não ficou configurado porque não houve comprovação de que a conduta atribuída ao recorrido foi a que necessariamente causou o alegado dano à recorrente. Adoção da teoria do dano direto e imediato. 6. O dissídio jurisprudencial não foi comprovado nos moldes legais e regimentais, pois além de indicar o dispositivo legal e transcrever os julgados apontados como paradigmas, cabia ao recorrente realizar o cotejo analítico, demonstrando-se a identidade das situações fáticas e a interpretação diversa dada ao mesmo dispositivo legal, o que não ocorreu. 7. Recurso especial não provido.

Conforme já tratado anteriormente e reforçado pela jurisprudência, o estudo psicossocial do abandonado é prova indispensável para a qualificação e quantificação do dano

de modo que apenas por meio desta pode-se de fato obter prova material a ser utilizada pelo julgador e por quem operar o direito debatido, não sendo possível a inobservância dos outros pontos aqui abordados.

Para encerrar o estudo, deixa como reflexão as palavras do brilhante desembargador Diaulas Costa Ribeiro da 8ª turma cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no julgamento da Apelação Cível 20160610153899, o qual foi citado no presente, dada a sua humanidade e empenho para tratar o tema, nos ensinando que “Sim, quando o abandono é afetivo, a solidão dos dias não compreende a nostalgia das noites. Mesmo que nelas se possa sonhar, as noites podem ser piores do que os dias. Nelas, também há pesadelos”

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com o presente, faz-se possível de fato concluir que o dano moral decorrente de abandono afetivo, apesar de já existente no ordenamento jurídico e jurisprudência merece ainda, ser muito debatido e estudado, pois vejamos, tratando-se este artigo de uma obra realizada por apenas uma pessoa, tendo como certo que acaba por receber uma tratativa baseada em um ponto de vista, verifica-se que é necessário a aplicação de mais atenção pela comunidade brasileira, tanto do ramo do Direito, bem como de outras ciências que podem auxiliar a justiça.

É necessário atentar-se para os inúmeros danos decorrentes do abandono afetivo, pois como demonstrado no presente artigo, seus impactos se estendem para fora do núcleo familiar, afetando a sociedade, e não só a sociedade como grupo de pessoas, pode-se dizer que o dano gerado pelo abandono afetivo tem seus efeitos estendidos por todos os campos onde se tem a participação social.

Conclui-se que é necessário que se se trate do assunto com dedicação e com a devida atenção, buscando agregar ao debate utilizando as inúmeras ciências que podem ajudar a visualizar as

questões mais sofisticadas do dano causado pelo abandono, analisando os dados,

É inevitável concluir que o abandono afetivo jamais deixará de existir, principalmente se for atribuído ao tema o pensamento de que não se é devida a indenização por “não se pode quantificar e precificar o amor”.

Com isso, visualiza-se a profundidade de dimensão do tema, de modo que só a partir do momento em que se consegue visualizar tal qualidade, poderá de fato caminhar para uma humanização do entendimento, garantindo assim uma tratativa justa.

Alcança-se com toda a demonstração acima, a noção de que o dano moral pelo abandono afetivo ainda precisa de muita atenção, pois em que pese a jurisprudência dos tribunais superiores sigam no sentido de que é sim cabível a indenização, nota-se que ao menos em uma análise preliminar, o entendimento da justiça de primeira instância muitas vezes deixa de analisar os pontos aqui trazidos.

Nota-se também uma grande resistência por parte da sociedade em reconhecer o problema do abandono afetivo, de modo que mesmo com o acesso à informação que se tem hoje, existem poucas pessoas buscando entender e exercer seus direitos. Não obstante isso, vê-se ainda que há uma dificuldade por parte do sistema jurídico em reconhecer o dano moral por abandono afetivo, pois por vezes tem-se decisões que consideram apenas as questões objetivas que permeiam o direito de família, deixando de considerar questões que estão ligadas a conceito mais subjetivos e que mesmo diante da subjetividade podem ser facilmente observados.

O que demonstra que se faz necessário buscar a integração do Direito com ciências e práticas que passem a considerar questões mais humanas para que somente dessa forma se alcance um tratamento justo e humano para as questões que envolvem o abandono afetivo mesmo que indiretamente.

É de lógica conclusão que há uma dificuldade em se quantificar um dano que não se pode visualizar no plano material,

o que não importa de nenhum modo em presumir sua inexistência, pois assim sendo, incorrer-se-á na realidade de não atender a quem sofre, deixando de se fazer justiça.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Arpenbrasil. Registro Civil, 2019. Disponível em: <https://registrocivil.org.br/>. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4a turma). Recurso especial no757.411-MG. Recorrente: V.P.F.O. Recorrido: A.B.F(menor), assist. por: V.B.F Advogados. Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES. Minas Gerais. 27 de março de 2006. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/4645>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3a turma). Recurso especial no 1887697 RJ 2019/0290679-8. Recorrente: A M B P DE M Recorrido: M G P DE M (menor). Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Rio de Janeiro.23 de setembro de 2021. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=136048530&tipo=5&nreg201902906798&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20210923&formato=PDF&s\\_alvar=false](https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=136048530&tipo=5&nreg201902906798&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20210923&formato=PDF&s_alvar=false)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3a turma). Recurso especial no1159242 SP 2009/0193701-9. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos, Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Brasília 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@COD=%270496%27+E+@CNOT=%27013233%27>

BRASIL, DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça (8a turma cível). Apelação Cível no 20160610153899 Relator: DESEMBARGADORA NÍDIA CORRÊA LIMA. Relator: Desembargador DIAULAS COSTA RIBEIRO. Distrito Federal. 04 de abril de 2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEDEIROS, Noé. **Lições de Direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997.

TARTUCE, Flavio. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 542 p. ISBN 978-65-5964-532-7.

ZIMERMAN, David. **Fundamentos psicanalíticos: teoria técnica e clínica**. Porto Alegre: Artmed, 2007. 478 p.

# DEFESA DO CONSUMIDOR NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO: UM EXAME SOBRE A “BLACK FRIDAY”

Maria Eduarda Senna de Miranda Vilalba  
Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil  
Kellyne Laís Laburú Alencar de Almeida  
Priscila Rocha Margarido Mirault

## INTRODUÇÃO

O Direito do Consumidor se faz presente a partir do momento em que o indivíduo realiza uma compra, seja de um serviço ou de um objeto cotidiano, como um eletrodoméstico, no qual o fornecedor do produto adquire vantagem financeira, ainda que indireta. Este direito está assegurado constitucionalmente e, principalmente, na Lei no 8.078 de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor, estabelecendo princípios, regras e medidas corretivas para combater as irregularidades praticadas nesta relação, em desfavor do consumidor.

Contudo, apesar dos interesses do consumidor estarem formalmente resguardados, ainda há muitas empresas que se aproveitam da ignorância do consumidor e induzem o indivíduo ao erro, por exemplo, oferecendo um produto por um preço menor com vício, sem as informações necessárias ou mesmo perpetrando práticas abusivas. Cumpre esclarecer que o Código de Defesa do Consumidor tem como princípio norteador proteger e prevenir a integridade física, moral e patrimonial do consumidor.

Com o avanço da tecnologia, houve um aumento da oferta e demanda no Brasil, pois as empresas varejistas investem em divulgação de promoções como Black Friday, novidades como pagamento via pix ou pelo próprio banco digital da loja, facilitando a entrega do produto através de frete grátis e tudo isso através da internet. Nesse contexto, os conflitos eventualmente decorrentes da

falha na prestação de serviços e das compras operam em escala ampla ou massificada, no âmbito da globalização.

A Black Friday, também conhecida como “sexta-feira negra”, tem seu marco, no ano de 1869, nos Estados Unidos, quando ocorreu o comércio de ouro. Os acionistas compravam para vender por um valor excessivo e assim ter um lucro. Contudo, houve a queda do preço do ouro e conseqüentemente a quebra do mercado e este dia ficou conhecido como “Black Friday”.

Atualmente, a Black Friday, nos Estados Unidos passou a ser um dia depois do Dia de Ação de Graças, comemorado pelos americanos. Nesse período, os comerciantes vendem todos os produtos que não foram vendidos durante o ano por um preço menor, para que as pessoas aproveitem para comprar os presentes das festas de final de ano.

Com o sucesso que foi esse movimento no solo americano, o Brasil começou a inserir essa novidade através da internet para aumentar as vendas de lojas físicas. Nos dias de hoje, a Black Friday é o período mais esperado pelos lojistas e consumidores, pois ocorre a venda de produtos com até 80% de desconto, a título de exemplo. A população aproveita para adquirir os produtos que no decorrer do ano estavam com o preço de lançamento, como também para trocar os eletrodomésticos por outros mais novos e atualizados, para presentear os familiares e economizar no final do ano. Já os lojistas aproveitam para a queima de estoque, para o atingimento das metas, para garantir o desempenho individual de cada contratado, como também expandir o comércio.

Entretanto, assim como tem o aumento da procura nas lojas físicas e nos sites, há o aumento das fraudes, das práticas enganosas e abusivas, do envio de produtos que não foram comprados, do envio de produtos que não correspondem à expectativa transmitida através da publicidade, entre outros problemas que surgem e poderão surgir.

Portanto, resta evidente que situações como essa violam o princípio da dignidade humana e o direito subjetivo do consumidor ante a sua vulnerabilidade. Assim, o consumidor, por

não possuir o conhecimento técnico e jurídico, incorre no erro de maneira injusta, sendo prejudicado moral e materialmente.

A globalização refere-se ao processo de integração econômica, política e cultural entre diferentes países e regiões, gerado em uma maior interconexão e interdependência global. Esse fenômeno tem influenciado significativamente as relações de consumo e, conseqüentemente, o Direito do Consumidor.

A contextualização da globalização e do Direito do Consumidor envolve entender como a interconexão global e as mudanças nas relações de consumo influenciam a forma como os consumidores são legalmente protegidos.

Os direitos do consumidor estão amparados constitucionalmente conforme redação do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal. Desta forma entende-se que os interesses do consumidor é um direito fundamental e devem ser respeitados. Contudo, apesar da criação de uma lei específica para os interesses do consumidor e mesmo havendo um princípio constitucional, o consumidor ainda vem sofrendo cada vez mais práticas abusivas, principalmente em datas comemorativas. Com o avanço da tecnologia, das comunicações e do transporte, temos acesso a todas as promoções e novidades em tempo real, o que possibilita ainda mais a venda de produtos de maneira enganosa através da publicidade, facilitando o comércio internacional e a circulação de bens, serviços, informações e pessoas em uma escala global.

Tal situação impacta diretamente o judiciário, tendo em vista a quantidade de ações distribuídas em razão da inércia das empresas em cumprir com suas obrigações administrativamente se aproveitando da ingenuidade dos consumidores. Diante desse cenário fático, delimita-se como tema da pesquisa: defesa do consumidor no contexto da globalização: um exame sobre a “Black Friday”.

Com o intuito de sanar o problema, aponta-se as seguintes hipóteses: a) O Código de Defesa do Consumidor protege os direitos do consumidor em razão de sua vulnerabilidade diante de um conflito, seja por falha no atendimento ao cliente por parte

da empresa ou pela ausência de entrega de um produto comprado; b) as práticas abusivas praticadas no contexto da Black Friday têm como principal refém o consumidor que não possui a expertise dos meios de produção e tampouco jurídico ao procurar atendimento para realizar a compra de um produto, induzindo ao erro; c) com o Código de Defesa do Consumidor, os interesses dos consumidores estão protegidos e as providências necessárias estão contidas nesta Lei para garantir a responsabilidade civil da empresa em reparar o dano.

Sendo assim, o presente trabalho visa trazer conhecimento aos consumidores sobre seus direitos e deveres, como também quais medidas devem e podem ser adotadas diante de um conflito inesperado, através da Lei no 8.078/1990. O objetivo geral da pesquisa é compreender como as práticas abusivas surgem e apresentar mecanismos que auxiliem para a orientação dos consumidores sobre os seus direitos e deveres, durante a Black Friday.

Para tanto, são três os objetivos específicos do trabalho, que correspondem aos capítulos de desenvolvimento. No primeiro capítulo será abordado a evolução do Direito do Consumidor e suas características atuais no Brasil; portanto falará sobre o início da relação de consumo do mundo e como seus resultados influenciaram na implementação do Direito do Consumidor no solo brasileiro. No segundo capítulo, será abordado como ocorre as práticas abusivas e de publicidade irregular no direito brasileiro vigente, a partir de uma análise sobre algumas dessas práticas. O terceiro e último capítulo irá explorar irregularidades cometidas contra os consumidores no evento “Black Friday” e as medidas que devem ser tomadas para combater essas irregularidades.

Para atingir os objetivos do debate apresentado, a pesquisa utiliza meios bibliográficos, com fins descritivos e exemplificativos, a fim de conceder robustez e profundidade a esta discussão tão válida para a sociedade em geral, assim como para a comunidade científica. Dessa forma, o levantamento documental e estatísticas acerca de decisões judiciais, somado com as bibliografias mais

conhecidas dentro do tema consumerista, irá balizar as linhas de pesquisa e debate dentro deste projeto, a boa e velha pesquisa direto aos juristas e o ordenamento jurídico direto e indireto, produzirá todas as linhas deste tema.

## **A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR E SUAS CARACTERÍSTICAS ATUAIS NO BRASIL**

A relação de consumo está presente desde o início da concepção e formação da sociedade civil organizada, que, com o passar do tempo, consolidou-se ainda mais no Brasil e no mundo, pois vivemos em uma sociedade regida pelo capitalismo que influencia o indivíduo a consumir cada vez mais bens materiais duráveis e não duráveis. Desta forma, foi necessário determinar e regulamentar a responsabilidade de prestação de serviços, feitas tanto por sociedades empresárias como em todos os setores do comércio em geral.

Para melhor entendimento, precisamos discorrer sobre os fatos que impulsionaram a criação de uma Lei específica para garantir os direitos do consumidor e essa relação de consumo. O império babilônico proporcionou a primeira criação de código de leis da história que era conhecido como Código de Hamurabi e tinha como lema a Lei de Talião, “olho por olho e dente por dente”. Este código defendia os interesses do consumidor, de acordo com o comércio da época que viviam, como a construção de barcos de acordo com Pedron (2000).

A título de exemplo, se o palácio identificasse qualquer irregularidade que prejudicasse o consumidor, a lei era aplicada, conforme estabelecia o art. 229 e 233 do referido código:

Art. 229 – Se um pedreiro edificou uma casa para um homem, mas não a fortificou e a casa caiu e matou seu dono, esse pedreiro será morto. Art. 233 – Se um pedreiro construiu uma casa para um homem e não executou o trabalho adequadamente e o muro ruiu, esse pedreiro fortificará o muro às suas custas. Na Inglaterra, a principal atividade econômica era a importação e a exportação de

produtos e bens de consumo, exercendo este trabalho em toda a Europa e até em outros Continentes do Globo. É o que destacou a matéria veiculada pelo portal “Mundo Educação” do UOL (SILVA, 2022).

Além disso, entre as mudanças ocorridas durante o século XVII, no período da República Puritana, a Inglaterra decretou, por ação direta de Oliver Cromwell, os Atos de Navegação de 1651. Essa lei, válida para a Inglaterra e suas colônias, determinava que todas as mercadorias de importação e exportação deveriam ser transportadas por embarcações inglesas. Essa medida tinha como objetivo enfraquecer a concorrência da Inglaterra, que, por causa de todas as turbulências políticas pelas quais passava, estava em desvantagem em comparação com outras nações europeias, sobretudo a Holanda. Essa ação permitiu à Inglaterra controlar as rotas comerciais e marítimas do mundo e possibilitou o enriquecimento da burguesia, que pôde então acumular capital.

Essa acumulação de capital foi extremamente importante, pois foi a partir dela que a burguesia pôde investir em pesquisas para desenvolver a criação das máquinas e, assim, aperfeiçoar o processo de produção e financiar a construção das indústrias têxteis.

Dessa forma, o Estado auxiliava a economia a ser independente através de práticas liberais. A princípio, as produções eram realizadas através da mão de obra assalariada e artesanal familiar. Isto é, as famílias que criavam ovelhas e que faziam todo o processo de transformação à mão, como por exemplo, tecer uma camiseta de algodão, então eram responsáveis pela produção de artesanato.

Diante da privatização das áreas comuns, os camponeses passaram a deixar o campo para viver na cidade. Com isso, houve um investimento na agricultura e conseqüente garantia das matérias-primas necessárias para as produções nas fábricas. Com o passar do tempo, a burguesia concentrou toda essa mão de obra nas manufaturas onde tudo era produzido nas indústrias,

estreitando cada vez mais uma relação de consumo com a população.

Com o advento da Revolução Industrial (1760-1840) houve o aumento da lei da oferta e procura, marcando o início da produção em série e os camponeses passaram a ser escravos de seu próprio trabalho, surgindo o anseio por uma legislação que protegesse os direitos dos consumidores.

Nesse sentido, destaca Rizzatto Nunes (2018) afirma que com o crescimento populacional nas metrópoles, que gerava aumento de demanda e, portanto, uma possibilidade de aumento da oferta, a indústria em geral passou a querer produzir mais, para vender para mais pessoas (o que era e é legítimo). Passou-se então a pensar num modelo capaz de entregar, para um maior número de pessoas, mais produtos e mais serviços. Para isso, criou-se a chamada produção em série, a “standartização” da produção, a homogeneização da produção.

Diante disso, podemos afirmar que a Revolução Industrial foi um marco histórico que possibilitou as transformações sociais e econômicas necessárias para a evolução da Inglaterra e do mundo. Contudo, é importante destacar que, com o crescimento do comércio os conflitos começaram a surgir pois a intensificação das produções, fez com que o fornecedor corresse o risco de o produto não ser igual ao outro, com a consequência de ser responsabilizado.

Nesta seara, dispõe Altamiro José dos Santos (1987) que discute que antes da era industrial, o produtor-fabricante era simplesmente uma ou algumas pessoas que se juntavam para confeccionar peças e depois trocar os objetos (bartering). Com o crescimento da população e o movimento do campo para as cidades, formam-se grupos maiores, a produção aumentou e a responsabilidade se concentrou no fabricante, que passou a responder por todo o grupo.

A Revolução Francesa (1789-1799) foi um movimento importante pois marca o fim do absolutismo e o começo da República. Durante este período houve a criação de direitos civis e políticos, que influenciaram no Brasil. Os franceses tinham como

lema “liberdade, igualdade e fraternidade” e por este motivo, as dimensões de direito da primeira geração foram caracterizadas como princípio da liberdade, diante da imposição ao Estado do direito à liberdade e individualidade. A segunda geração é comparada ao princípio da igualdade a partir da massificação dos produtos e dos direitos sociais, econômicos, culturais e positivos que surgiram durante a Revolução Industrial.

Os direitos da terceira geração são pautados no princípio da fraternidade que marca a pacificação social e o aumento do consumo após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Nos Estados Unidos, a proteção ao consumidor surgiu em meados do século XIX, através da Lei Sherman que é uma lei “antitruste” americana. Trata-se de uma inovação para os Estados Unidos à época, que estabelecia a regulação contra as atividades econômicas ilegais que ocorriam nesse período. Contudo, somente a partir do ano de 1960 com o surgimento de movimentos consumeristas, que essa lei se tornou um marco histórico, ao ponto de influenciar outras potências mundiais.

Com o aumento do consumo desenfreado, os consumidores começaram a ser prejudicados porque o valor dos produtos tornou-se mais importantes do que a sua própria segurança e daqueles que eventualmente fazem parte desta relação (ex.: terceiros, familiares, entre outros).

No dia 15 de março de 1965, o presidente John Kennedy faz um pronunciamento ao Congresso Americano, que futuramente tornou-se o Dia do Consumidor. Em sua fala, o presidente diz que “consumidores somos todos nós” e elenca os direitos fundamentais ao consumidor a ser observado pela sociedade, são eles: Direito à saúde e à segurança; Direito à informação; Direito à escolha; Direito a ser ouvido. O Jurista Júlio Moraes Oliveira (2016) divagou sobre estes tópicos do discurso do congressista estadunidense:

No sentido de proteger os consumidores efetivamente, o presidente aponta os seguintes direitos: (1) O direito à segurança - de ser protegido contra a comercialização de produtos prejudiciais à saúde ou à vida. (2) O direito de

ser informado - de ser protegido contra informação, publicidade, rotulagem ou outras práticas que sejam fraudulentas, enganosas, ou grosseiramente falaciosas, e que sejam a ele dadas todas as informações das quais precisa para fazer uma escolha adequada. (3) O direito de escolher - ser assegurado, sempre que possível, o acesso a uma variedade de produtos e serviços a preços competitivos; e nas indústrias em que a concorrência não é viável que a regulamentação governamental seja efetiva, deve também haver garantia de qualidade e serviço satisfatórios a preços justos. (4) O direito de ser ouvido - para se ter a certeza de que os interesses dos consumidores receberão consideração completa e favorável na formulação das políticas de Governo, e também tratamento justo e rápido em seus tribunais administrativos.

De acordo com Rizatto atualmente, os Estados Unidos é o país que domina o capitalismo contemporâneo e que possui o controle econômico mundial (NUNES, 2018, p. 30) Da mesma forma, países como Espanha, México, França e Canadá foram essenciais para que o interesse das leis consumeristas surgisse no sistema jurídico brasileiro, buscando equilibrar o poder entre fornecedores e consumidores e garantir direitos básicos aos compradores. Esses esforços foram impulsionados por uma série de escândalos relacionados à segurança dos produtos e práticas comerciais desleais.

Já no Brasil, até a devida criação do Código de Defesa do Consumidor, os conflitos existentes nas relações civis (o termo “relação de consumo” nasce apenas com a égide do CDC) eram regidos pelo Código Civil de 1916, uma vez que não havia nenhuma lei específica que amparasse o consumidor.

Um dos princípios apresentados pela Constituição Federal promulgada em 1988 que concede margem para a discussão consumerista está elencada no art. 1º, inciso IV que apresenta como fundamento os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Quando observamos o texto da Constituição, percebemos que ela inteligentemente aprendeu com a

história e também com o modelo de produção industrial apresentado pela Revolução Industrial e principalmente o momento pós segunda guerra mundial, que trouxe à tona não só

discussões acerca da vida humana, mas também da proteção dos trabalhadores em geral, assim como dos setores de produção.

Neste assunto, Rizzato Nunes (2018) aborda de forma ampla este ponto:

Tem-se dito, de forma equivocada, que esse fundamento da livre iniciativa na República Federativa do Brasil é o de uma livre iniciativa ampla, total e irrestrita. Na verdade, é uma leitura errada e uma interpretação errônea do texto. O inciso IV do art. 1º é composto de duas proposições ligadas por uma conjuntiva “e”: “os valores sociais do trabalho ‘e’ da livre iniciativa”. Para interpretar o texto adequadamente basta lançar mão do primeiro critério de interpretação, qual seja, o gramatical. Ora, essas duas proposições ligadas pela conjuntiva fazem surgir duas dicotomias: trata-se dos valores sociais do trabalho “e” dos valores sociais da livre iniciativa. Logo, a interpretação somente pode ser que a República Federativa do Brasil está fundada nos valores sociais do trabalho e nos valores sociais da livre iniciativa, isto é, quando se fala em regime capitalista brasileiro, a livre iniciativa sempre gera responsabilidade social. Ela não é ilimitada.

A Constituição Federal de 1988 dotada de princípios e regras que regem o ordenamento jurídico e que priorizaram os direitos e deveres de todo o qualquer cidadão, estabeleceu o direito do consumidor como um direito fundamental em seu art.5º, inciso XXXII, in verbis:

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

Além disso, o direito do consumidor foi considerado um princípio de ordem econômica e possui previsão expressa no art. 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988, art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Contudo, o Brasil ainda precisava de uma legislação específica que resguardasse o consumidor como também o fornecedor-fabricante, respeitando o princípio da isonomia e proporcionalidade defendidos na Constituição Federal.

Dessa forma, o então deputado federal Geraldo Alckmin apresentou o projeto do que viria a ser a Lei de no 8078. Segundo Rizzatto Nunes (2018), a modernidade oferecida na proteção ao consumidor trouxe benefícios ao sistema legislativo brasileiro, é preciso que lembremos desses pressupostos para entender o porquê de uma lei que chega até nós no final do século XX trazer uma série de situações que importam em experiência que ainda não tínhamos vivenciado. Porém, apesar de atrasado no tempo, o CDC acabou tendo resultados altamente positivos, porque o legislador, isto é, aqueles que pensaram na sua elaboração — os professores que geraram o texto do anteprojeto que acabou virando a Lei n. 8.078 (a partir do projeto apresentado pelo, na época, Deputado Geraldo Alckmin) —, pensaram e trouxeram para o sistema legislativo brasileiro aquilo que existia e existe de mais moderno na proteção do consumidor.

Observa-se que o resultado foi tão positivo que a lei brasileira já inspirou a lei de proteção ao consumidor na Argentina, reformas no Paraguai e no Uruguai e projetos em países da Europa. Ada Pellegrini Grinover (2019), jurista de extrema relevância na criação

tanto jurídica, como também política na época, narra em seu livro que os projetos para a criação da Lei n. 8.078 eram criados a todo vapor, mas somente passou a ser aplicada em 11 de setembro de 1990, com princípios e normas que garantem os direitos difusos e coletivos de todo indivíduo, a fim de promover a ordem pública e proteger os interesses sociais, sendo o Brasil considerado um país de destaque por seu empenho no assunto.

Diversos projetos haviam sido apresentados, quando o Congresso Nacional constituiu Comissão Mista destinada a elaborar Projeto do Código do Consumidor. Presidiu a Comissão Mista o sen. José Agripino Maia, sendo seu vice-presidente o sen. Carlos Patrocínio e relator o dep. Joaci Goes. Distinguindo com sua confiança os membros da comissão do CNDC, por intermédio de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin e Nelson Nery Junior, o relator da comissão incumbiu-os de preparar uma consolidação dos trabalhos legislativos existentes, a partir do quadro comparativo organizado pela PRODASEN.

Verificados, assim, os pontos de convergência e divergência, pudemos preparar um novo texto consolidado, que tomou essencialmente por base o Projeto Michel Temer – que espelhava a fase mais adiantada dos trabalhos da comissão – e o Substitutivo Alckmin, que oferecia algumas novidades interessantes. Para debate dos pontos polêmicos do Código e apresentação de sugestões, a Comissão Mista realizou ampla audiência pública, colhendo o depoimento e as sugestões de representantes dos mais variados segmentos da sociedade: indústria, comércio, serviços, governo, consumidores, cidadãos.

A absoluta transparência e a isenção do relator da Comissão Mista criaram um clima de conciliação, em que se pôde chegar ao consenso, adotando-se posições intermediárias, que atendiam a todos os interessados. É mister salientar, nesta fase, a importante obra de mediação e colaboração do Dr. Bruno Onurb.

E, finalmente, o Código de Defesa do Consumidor (Lei no 8.078/90) veio coroar o trabalho legislativo, ampliando o âmbito de incidência da Lei da Ação Civil Pública, ao determinar sua

aplicação a todos os interesses difusos e coletivos, e criando uma nova categoria de direitos ou interesses, individuais por natureza e tradicionalmente tratados apenas a título pessoal, mas conduzidas coletivamente perante a justiça civil, em função da origem comum, que denominou direitos individuais homogêneos.

Desta forma, o Código de Defesa do Consumidor foi criado com princípios e normas constitucionais que proporcionam a garantia do direito do indivíduo. Não é possível imaginar um cenário em que os consumidores não tivessem tal proteção, evidenciando a importância da criação deste projeto. O cenário em que se vê hoje o qual até o próprio PROCON realiza diversos atendimentos de forma online, em caráter fiscalizatório e consultivos, nasceu a partir do incentivo apresentado pelo CDC, visto que o órgão é vinculado ao Poder Executivo Estadual. A título de curiosidade, no Estado de Mato Grosso do Sul, a Lei Estadual n. 1.627 de 24 de novembro de 1995 criou o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor – SEDC o qual estabeleceu a sua divisão interna dentro do Estado, o qual citamos o art. 4º da referida lei:

- Art. 4º Compõem o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor - SEDC;
- I - Conselho Estadual de Defesa do Consumidor - CEDC;
- II - Fundo Estadual de Defesa dos Direitos do Consumidor - FEDDC;
- III - Superintendência para Orientação e Defesa do Consumidor - PROCON;
- IV - Órgãos Municipais de Orientação, Proteção e Defesa do Consumidor;
- V - Entidades de Defesa do Consumidor.

Conforme afirma o senador Fernando Collor (PROS-AL) - “Antes do Código de Defesa do Consumidor (CDC), às relações de consumo eram caso de polícia” – legislado que há 30 anos, quando ocupava a cadeira de presidente da República, sancionou a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, do CDC, o qual reforçou o político.

O legado fundamental dessa norma é que a relação dos consumidores com fornecedores deixou de ser um caso de polícia porque, quando era regulado pelo Código Civil, entravam as questões policiais no meio nas reclamações de consumidores em relação a alguma questão não resolvida. O Código de Defesa do

Consumidor representou na época sobretudo um avanço civilizatório — disse Collor à Agência Senado.

O Código de Defesa do Consumidor entrou em vigor em 11 de março de 1991, no Governo Collor (1982 – 1992) através do congressista Jutahy Magalhães, senador na época pelo Estado da Bahia, o qual apresentou o PLS 97/1989, e a elaboração do Código de Defesa do Consumidor foi incluída na Constituição de 1988 pela Assembleia Constituinte, prevista no art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do texto constitucional.

O Professor Nunes (2018) corrobora a fala do ex-presidente da República, ora Senador, o dizer sobre o nascimento tardio do CDC ao dizer que é “uma lei muito atrasada”, o CDC, como sabemos, foi editado em 11 de setembro de 1990; é, portanto, uma lei muito atrasada de proteção ao consumidor. Passamos o século inteiro aplicando às relações de consumo o Código Civil, lei que entrou em vigor em 1917, fundada na tradição do direito civil europeu do século anterior. Pensemos num ponto de realce importante: em relação ao direito civil, pressupõe-se uma série de condições para contratar, que não vigem para relações de consumo. No entanto, durante praticamente o século inteiro, no Brasil, acabamos aplicando às relações de consumo a lei civil para resolver os problemas que surgiram e, por isso, o fizemos de forma equivocada.

Conforme as pertinentes ideias do jurista Flávio Tartuce (2017), o Direito do Consumidor pode ser considerado como uma norma que possui uma conexão com todas as dimensões de direitos, contudo, se encaixa mais na terceira geração.

Observa-se que os direitos de primeira geração ou dimensão são aqueles relacionados com o princípio da liberdade. Os de segunda geração ou dimensão, com o princípio da igualdade. Os direitos de terceira geração ou dimensão são relativos ao princípio da fraternidade. Na verdade, o Código de Defesa do Consumidor tem relação com todas as três dimensões. Todavia, é melhor enquadrá-lo na terceira dimensão, já que a Lei Consumerista visa à

pacificação social, na tentativa de equilibrar a díspar relação existente entre fornecedores e prestadores.

A ditadura militar no Brasil refere-se ao período de governo autoritário que ocorreu no país de 1964 a 1985, quando as Forças Armadas brasileiras assumiram o poder através de um golpe de Estado. Durante esse período, os militares governaram o Brasil de maneira autoritária, restringindo os direitos civis, suprimindo a liberdade de expressão e reprimindo qualquer forma de oposição política.

A relação de consumo durante a ditadura militar foi amplamente influenciada pelas políticas econômicas adotadas pelo governo. Inicialmente, o governo militar seguiu uma política econômica desenvolvimentista, promovendo a industrialização do país e incentivando o consumo como forma de sustentar o crescimento econômico. Isso resultou em um aumento do crédito ao consumidor, facilitando o acesso a bens de consumo duráveis, como automóveis, eletrodomésticos e produtos eletrônicos.

Durante a Ditadura Militar, houve o crescimento econômico conhecido como "Milagre Econômico" que surgiu no período de 1968 a 1973, mas que não se manteve. Além disso, o Brasil possuía uma dívida externa de maneira que era impossível liquidar. A censura e a falta de liberdade de expressão também influenciaram a relação de consumo durante esse período. A imprensa e os meios de comunicação foram controlados pelo governo, o que limitou a divulgação de informações críticas sobre produtos e empresas.

A propaganda estatal foi utilizada para promover a imagem do governo e incentivar o consumo de produtos considerados "nacionais" ou "patrióticos".

Em resumo, durante a ditadura militar no Brasil, a relação de consumo foi influenciada por políticas alcoólicas desenvolvimentistas, controle estatal sobre a economia, restrições à liberdade de expressão e falta de concorrência. Esses fatores afetaram tanto a disponibilidade quanto a qualidade dos produtos, bem como a liberdade de escolha dos consumidores. Além disso, o governo militar estabeleceu uma série de agências reguladoras e

instituições de controle para supervisionar a produção e o consumo. O Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) foi criado para monitorar as dívidas dos consumidores, enquanto o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO) foi responsável por regulamentar a qualidade dos produtos.

Após o fim da Ditadura Militar, José Sarney assume a presidência no ano de 1986 e o seu mandato proporciona muitas mudanças no Brasil, como por exemplo, a permissão de criação de novos partidos e a implementação do Plano Cruzado, com o objetivo de recuperar a economia do país que passava por uma inflação constante.

A criação deste plano estabeleceu o congelamento dos preços, diminuiu o valor da moeda de circulação e tabelou os produtos, principalmente dos mercados, para que todos pudessem ter acesso a alimentação. Para garantir que o plano viesse de fato impulsionar a economia, havia fiscais que tinham o compromisso de verificar se as normas estavam sendo aplicadas e de fato, a ideia do presidente Jose Sarney foi eficaz durante um tempo.

Por outro lado, os fornecedores passaram a ter prejuízos com o aumento do consumo e a diminuição dos preços, por consequência, os comércios e mercados não tinham os produtos

necessários para a população, visto que, essa relação tornou-se onerosa ao produtor. Com efeito disso, os fornecedores faziam o ágio que era conhecido como sobre peso que acontecia de maneira ilegal porque era às escondidas do governo.

Em virtude deste fato, foi necessária a adequação dos preços e tarifas da tabela, bem como, o aumento dos impostos. Tais acontecimentos corroboraram para que os consumidores questionassem sobre o devido cumprimento do Código de Defesa do Consumidor, como também, ao Estado e seu dever de legislar sobre as questões de direito do consumidor e garantia da proteção, conforme preconiza o art. 24, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988, in verbis, Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

- I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
  - II - orçamento;
  - III - juntas comerciais;
  - IV - custas dos serviços forenses;
  - V - produção e consumo;
  - VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
  - VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;
  - VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
  - IX - educação, cultura, ensino e desporto; (Revogado)
  - IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;
  - X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;
  - XI - procedimentos em matéria processual;
  - XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;
  - XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;
  - XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;
  - XV - proteção à infância e à juventude;
  - XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.
- § 1o No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
- § 2o A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.
- § 3o Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
- § 4o A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

A professora Ada Pellegrini ressalta o entendimento em sua obra que a sociedade de consumo, ao contrário do que se imagina, não trouxe apenas benefícios para os seus atores. Muito ao revés, em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar. Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e

que, por isso mesmo, “dita as regras”. E o Direito não pode ficar alheio a tal fenômeno.

Com isso o mercado, por sua vez, não apresenta, em si mesmo, mecanismos eficientes para superar tal vulnerabilidade do consumidor. Nem mesmo para mitigá-la. Logo, é imprescindível a intervenção do Estado nas suas três esferas: o Legislativo, formulando as normas jurídicas de consumo; o Executivo, implementando-as; e o Judiciário, dirimindo os conflitos decorrentes dos esforços de formulação e de implementação.

Diante da disparidade entre fornecedor e consumidor no que tange à vulnerabilidade, o

Direito deve priorizar a igualdade de direitos em uma relação de consumo, visto que, o consumidor encontra-se em desvantagem comparado ao fornecedor independente de sua situação econômica e social. cabe ressaltar que a regra máxima estipulada pela Constituição, o qual deixa claro em seu artigo 5o: Todos são iguais perante a lei, ou seja, sempre será necessário equilibrar a balança entre uma pessoa comum e uma empresa de grande porte.

No ano de 1985, a ONU durante sua Sessão Plenária cria o princípio da vulnerabilidade do consumidor na Resolução de no 39/248 reconhecendo que o consumidor merece esse amparo jurídico nas relações de consumo.

Além do CDC, outras leis e regulamentações foram promulgadas ao longo dos anos para fortalecer a proteção do consumidor. O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) foi criado para articular e integrar a atuação dos órgãos de proteção ao consumidor em nível federal, estadual e municipal.

A evolução do direito do consumidor continua em curso, à medida que surgem novas demandas e desafios. Destarte, os acontecimentos históricos aqui destacados corroboraram para a instauração de uma Lei igualitária e moderna, capaz de garantir os interesses do consumidor que tem como pedra basilar a Constituição Federal de 1988.

## AS PRÁTICAS ABUSIVAS E DE PUBLICIDADE IRREGULAR NO DIREITO BRASILEIRO VIGENTE

Antigamente as pessoas iam até as lojas e consumiam o que queriam, olhavam e apalpava o produto, ainda assim, comprava com o risco de ter um produto com vício ou defeito. Já nos dias de hoje, o código de defesa do consumidor tem o novo desafio de responsabilizar o fabricante e o fornecedor de produtos vendidos na plataforma digital, quando detectado o vício ou defeito no objeto adquirido pelo consumidor.

Essa prática consumerista iniciou-se nos Estados Unidos e tornou-se frequente no Brasil depois do sucesso que foi a primeira Black Friday no ano de 2010. Uma tentativa de atualizar o CDC e ajustá-lo aos tempos de vendas pela internet foi encabeçada pelo Senado a partir de 2012 quando uma comissão temporária ficou encarregada de analisar e oferecer sugestões de uma comissão de juristas.

O resultado: o Plenário da Casa aprovou em 2015 os PLS 281/2012 e o PLS 283/2012, ambos assinados pelo ex-senador José Sarney. O primeiro cria um marco legal para o comércio eletrônico, enquanto o segundo tenta prevenir o superendividamento das famílias. Os dois projetos de atualização do CDC foram encaminhados à Câmara, onde aguardam decisão dos deputados.

A Black Friday é um movimento que antecede as festas de final de ano com o objetivo de promover descontos em produtos que podem ser adquiridos através do e-commerce e na loja física. O e-commerce é um mercado eletrônico que disponibiliza sua plataforma para a venda de mercadorias onde todo o procedimento de atendimento, informações, modalidades de pagamentos e entrega, são online.

O comércio eletrônico trouxe questões relacionadas à segurança das transações online, proteção de dados pessoais e responsabilidade dos intermediários digitais. Para lidar com essas questões, foram implementadas medidas como a regulamentação do comércio eletrônico, a proteção de dados e a criação de

negociação de resolução de conflitos online, o Brasil o foco de vendas está presente no período da Black Friday através do e-commerce, prova disso é que no ano de 2019, com a pandemia da doença provocada pelo Coronavírus – (COVID 19), o aumento de vendas online expandiu, pois, as pessoas não podiam sair de casa para fazer compras.

Com isso, a Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABComm) 18 constatou que em 2020 foi o melhor ano para o comércio eletrônico, onde teve o crescimento das vendas online em 73,88%. Desta forma, o e-commerce tem sido a escolha de muitos consumidores pela praticidade em realizar uma compra em alguns minutos, sem precisar sair do conforto do seu lar, do seu horário de trabalho ou até mesmo por falta de tempo de ir até uma loja para realizar a compra do produto desejado.

Contudo, na maioria das vezes essa comodidade pode ocasionar muitos aborrecimentos aos consumidores por ausência de entendimento jurídico e técnico, pois durante este período de Black Friday, as práticas abusivas estão mais presentes do que em outros momentos. As práticas abusivas são aquelas que colocam o consumidor em desvantagem na relação de consumo e que acarretam prejuízos materiais e morais.

O consideradas práticas abusivas: condicionar o fornecimento de produtos, recusar atendimentos às demandas dos consumidores, enviar ou entregar ao consumidor sem solicitação deste algum produto ou serviço, aproveitar da idade e do entendimento do consumidor, repassar informações depreciativas, colocar à disposição pra consumo qualquer produto ou serviço que não estão pautadas nas normas de consumo, recusar venda ou prestação de serviços para induzir o consumidor a levar outro produto, omitir produtos que estão no estoque, prática de venda a sa, elevar sem justa causa o valor dos produtos, bem como, serviços, não determinar um prazo para o cumprimento de suas obrigações, e entre outros que estão elencados no artigo 39 do

## CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Além disso, o referido Código em seu art. 6º, inciso IV, garante a proteção ao consumidor estas condutas, a seguir o art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas

no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

Há uma regulamentação sobre os direitos do consumidor quanto a transparência e a informação correta sobre as mercadorias, como sua origem, valor, a qualidade e os riscos, mas na maioria das vezes são ignorados pelo fornecedor.

Parafraseando o Prof. Tartuce (2017) , em termos gerais, a tutela da informação pode ser retirada do art. 6º, inc. III, da Lei 8.078/1990, que reconhece como direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”. Ato contínuo, o inciso seguinte estabelece também como direito fundamental dos vulneráveis negociais “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas

abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços” (art. 6o, inc. IV, do CDC).

Com relação às ideias propostas pelo jurista, é plausível concluir que os danos causados por publicidade irregular, isto é, que estão em desarmonia com o artigo 6o inciso VI, do CDC, deve ser reparado ao consumidor e ferem os princípios que conduzem a Lei Consumerista. A omissão de informações relevantes na publicidade também é considerada uma prática irregular, pois os anunciantes devem informar aos consumidores todas as características essenciais do produto ou serviço, bem como restrições ou riscos envolvidos.

Importante destacar que a reparação ao consumidor é de responsabilidade do fabricante, conforme o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor determina:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

É imperioso destacar que são princípios do Código de Defesa do Consumidor, o princípio da transparência, o princípio da vulnerabilidade, o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da segurança. Convém falarmos sobre cada uma delas para um melhor entendimento de como as relações de consumo devem ser seguidas.

O princípio da transparência é o dever do fornecedor de prestar todas as informações e condições do produto e serviço oferecido ao consumidor, de maneira clara, objetiva e exemplificativa, com base na boa fé-objetiva, conforme estabelece o artigo 30 do CDC. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou

apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

O princípio da vulnerabilidade protege aquele indivíduo considerado vulnerável em comparação ao fornecedor, por não possuir o conhecimento suficiente para identificar o erro, o vício ou defeito em um determinado produto ou serviço. Este princípio encontra-se no artigo 4º, inciso I, do CDC. Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; Já o princípio da boa-fé objetiva é o que governa todas as relações de consumo e todo o ordenamento jurídico. Outrossim, é dever do indivíduo agir com sinceridade e lealdade para que haja a igualdade nas relações de consumo e assim limitar o abuso de direito. Esse princípio possui previsão expressa no Código Civil em seu artigo 422, mais precisamente relacionado aos contratos. A boa-fé objetiva no direito do consumidor também envolve o dever de cooperação entre as partes, ou seja, consumidores e fornecedores devem se esforçar para resolver conflitos de forma amigável e buscar soluções justas.

Para o consumidor, isso implica em fornecer informações corretas e completas sobre suas necessidades, expectativas e capacidade financeira. Já para o fornecedor, significa oferecer produtos ou serviços de qualidade, cumprir com as promessas feitas, fornecer informações claras sobre os produtos, preços e condições de venda, além de cumprir os direitos e interesses legítimos do consumidor.

Nessa vereda, o jurista Rizzatto Nunes (2018) destaca o seguinte: Examine-se, pois, o funcionamento da boa-fé objetiva: o intérprete lançar mão dela, utilizando-a como um modelo, um standard (um topos) a ser adotado na verificação do caso em si. Isto

é, qualquer situação jurídica estabelecida para ser validamente legítima, de acordo com o sistema jurídico, deve poder ser submetida à verificação da boa-fé objetiva que lhe é subjacente, de maneira que todas as partes envolvidas (quer seja credora, devedora, interveniente, ofertante, adquirente, estipulante etc.) devem-na respeitar. A boa-fé objetiva é, assim, uma espécie de pré-condição abstrata de uma relação ideal (justa), disposta como um tipo ao qual o caso concreto deve se amoldar.

Ela aponta, pois, para um comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes

contratantes, a fim de garantir o respeito ao direito da outra. Ela é um modelo principiológico que visa garantir a ação e/ou conduta sem qualquer abuso ou nenhum tipo de obstrução ou, ainda, lesão à outra parte ou partes envolvidas na relação, tudo de modo a gerar uma atitude cooperativa que seja capaz de realizar o intento da relação jurídica legitimamente estabelecida.

Com relação ao princípio da segurança este prioriza a saúde e o bem-estar do indivíduo, isto é, o fornecedor não pode colocar em risco a vida do consumidor através de uma mercadoria perigosa, por exemplo, de acordo com o artigo 8º do CDC, neste sentido é necessário pensar que

Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

À luz do artigo 12, §1º, do código consumerista consta as informações que qualificam o produto como defeituoso e que não oferecem segurança ao consumidor: o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como

por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

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

III - a época em que foi colocado em circulação.

Não há que se olvidar que os princípios são essenciais para que as relações de consumo tenham um equilíbrio, de maneira que a violação destes princípios deve punir em caráter unitivo para aquele que praticou a conduta de forma ilícita e de caráter pedagógico aquele que omitir informações que pouparam o consumidor de ter expectativas.

Outrossim, o abuso do direito possui uma relação com a prática abusiva, pois viola o direito subjetivo de um indivíduo por meio de um ato ilícito, como por exemplo, a publicidade enganosa.

O jurista Rubens Limongi França conceitua o abuso de direito da seguinte forma: O ato ilícito é toda manifestação da vontade que tenha por fim criar, modificar ou extinguir uma relação de direito. O ato ilícito é uma ação ou omissão voluntária, ou que implique negligência ou imprudência, cujo resultado acarrete violação de direito ou que ocasione prejuízo a outrem. Finalmente, o abuso de direito consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito.

Por outro lado, o Código Civil Brasileiro em seu art. 186 e 187, define que aquele que viole o direito ou causar danos a outrem, comete ato ilícito e este tem o dever de ser responsabilizado civilmente, vejamos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito

o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Portanto, podemos afirmar que o indivíduo que possui condutas ilícitas, não executa suas atividades econômicas pautadas na boa-fé objetiva e nos bons costumes. O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 2º, afirma que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, sendo assim, podemos dizer que todas as pessoas são consumidoras e estão expostas a toda e qualquer conduta abusiva praticada pelo fornecedor, seja através da publicidade, da venda, da fala ou por qualquer meio de informação.

No direito do consumidor, não há distinção clara e específica entre publicidade e propaganda. Os termos "publicidade" e "propaganda" são frequentemente utilizados de forma intercambiável para se referirem a práticas de comunicação comercial com o objetivo de promover produtos ou serviços. A publicidade é uma estratégia de mídia que tem como objetivo motivar as pessoas a adquirir produtos de diversas marcas e modelos que são encontradas facilmente e todos possuem livre acesso, pois ela está em todos os lugares. Já a propaganda possui relação com os meios políticos, econômicos e sociais. Ambos os termos estão relacionados à divulgação de informações com a intenção de influenciar o comportamento do consumidor e promover a venda de produtos ou serviços. No entanto, é importante ressaltar que, do ponto de vista jurídico, existem normas e regulamentos que visam proteger os consumidores contra práticas enganosas, abusivas ou fraudulentas no contexto da comunicação comercial.

Desta forma, a publicidade e propaganda não podem ser comparadas, segundo Antonio Herman Benjamin (2010). Os termos publicidade e propaganda são utilizados indistintamente no Brasil. Não foi esse, contudo, o caminho adotado pelo Código de Defesa do Consumidor. Não se confunde publicidade e

propaganda, embora, no dia a dia do mercado, os dois termos sejam utilizados um pelo outro. A publicidade tem um objetivo comercial, enquanto a propaganda visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social. Fora isso, a publicidade, além de pagar, identifica seu patrocinador, o que nem sempre ocorre com a propaganda”.

Quando através de uma publicidade, o consumidor acessa o site de uma determinada loja que consta anúncios com as frases de “Na compra de um produto X, paga a metade do preço do produto Y” e “Não vendemos peças separadas”, entendemos que o objetivo daquela publicidade foi atingido, pois ao visualizar, o consumidor mais que depressa procurou saber mais informações.

Digamos que ele compra este produto e ao recebê-lo, constata que não é o mesmo da

divulgação ou vamos imaginar que aquela mercadoria não possui a mesma qualidade que a imagem mostra, logo, gera um sentimento de frustração naquele consumidor. Neste caso, entendemos que aquele fornecedor está cometendo uma prática abusiva e abusando de um direito que não lhe pertence, pois induz o consumidor a comprar um produto que ele não pode visualizar, a não ser por uma imagem ilustrativa, e não tem uma noção da qualidade daquela mercadoria, violando as normas estabelecidas pelo Código, *in verbis*: no art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva conforme:

§1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Desse modo, o mercado eletrônico tem promovido diversas práticas abusivas induzindo o consumidor ao erro, como promoções relâmpagos, venda casada, desconto no produto se o pagamento for realizado no cartão de crédito, seguro de vida sem prévia solicitação, descontos com data de validade, entre outras.

Nesse sentido, a Profa Ada Pellegrini (2019) destaca o seguinte entendimento que fazer afirmação falsa ou enganosa sobre os requisitos elencados pelos dispositivos retro colacionados, independentemente do resultado prático que tal afirmação venha a acarretar, já dá ensejo à punição do responsável, mesmo porque se trata, apesar de delito que se materialize pela mensagem publicitária ou oferta, de delito instantâneo e de perigo, dada a sua manifesta potencialidade de dano à saúde, vida, segurança, e economia de um sem-número de receptores—alvos das mensagens veiculadas pelos mais variados meios de comunicação de massa que se possa imaginar. Da mesma forma não se exigirá um prejuízo de natureza econômica efetivo, como no caso do estelionato ou outras fraudes.

São consideradas publicidades enganosas aquelas que estão condicionadas a omissão que induz o consumidor ao erro, seja por dados do produto ou de serviços. O critério a ser utilizado para analisar o caso concreto decorrente da publicidade enganosa ou abusiva, é classificado em objetivo e subjetivo. Este critério tem o intuito de analisar a capacidade da publicidade de induzir o consumidor ao erro e ainda que não leve o indivíduo ao erro, a responsabilidade civil deve ser imputada ao fornecedor.

Observa-se por meio do critério objetivo, os meios utilizados para induzir o consumidor ao erro, como por exemplo, o conteúdo, as informações e os dados que transmitem naquela publicidade.

O critério subjetivo analisa a vulnerabilidade do consumidor que é o alvo principal, no qual recai ao anunciante e também ao fornecedor que tirou proveito da publicidade enganosa.

Nessa perspectiva, os direitos difusos estão ligados a publicidade que ainda que não coloque a vida do consumidor em risco, tem a intenção de induzir e por isso age com dolo. Os direitos

difusos estão pautados nos direitos de terceira geração, conforme já dito anteriormente, e são direitos que não pertencem a uma só pessoa, portanto não são individuais e não são determináveis, em que pese o entendimento do jurista Rizatto Nunes (2018).

Os chamados “direitos difusos” são aqueles cujos titulares não são determináveis. Isto é, os detentores do direito subjetivo que se pretende reger e proteger são indeterminados. Isso não quer dizer que alguma pessoa em particular não esteja sofrendo a ameaça ou o dano concretamente falando, mas apenas e tão somente que se trata de uma espécie de direito que, apesar de atingir alguém em particular, merece especial guarida porque atinge simultaneamente a todos. Por exemplo, se um fornecedor veicula uma publicidade enganosa na televisão, o caso é típico de direito difuso, pois o anúncio sujeita toda a população a ele submetida. De forma indiscriminada e geral, todas as pessoas são atingidas pelo anúncio enganoso.

Ainda nas falas do Jurista, é apresentado o seguinte exemplo sobre o assunto: Digamos que um vendedor de remédios anuncie um medicamento milagroso que permita que o usuário emagreça 5 kg por dia apenas tomando um comprimido, sem nenhum comprometimento à sua saúde. Seria um caso de enganação tipicamente difusa, pois é dirigida a toda comunidade. Agora, é claro que uma pessoa em particular pode ser atingida e enganada pelo anúncio: ela vai à farmácia, adquire o medicamento, ingere o comprimido e não emagrece. Ou pior, toma o comprimido e fica intoxicada.

Nesse caso, esse consumidor particular tem um direito individual próprio, que também, obviamente, está protegido. Ele, como titular de um direito subjetivo, poderá exercer todos aqueles direitos garantidos na Lei n.8.078/90. Poderá, por exemplo, ingressar com ação de indenização por danos materiais e morais. Mas, o só fato de alguém em particular ter sido atingido pelo anúncio não só não elide os demais aspectos formadores do direito difuso em jogo, como, ao contrário, exige uma rápida atuação dos

legitimados para a tomada das medidas capazes de impedir a violação ao direito difuso (no caso, o anúncio enganoso).

Nessa ordem de ideias, é sabido que o consumidor não possui toda a expertise que o fornecedor, o que significa dizer que ele não possui o entendimento de como foi produzido, como foi montado, se as peças são de qualidade e entre outras informações que poderiam ser apresentadas e que não é feito, logo, há uma vulnerabilidade do consumidor nesta relação de consumo. essa vulnerabilidade pode ser jurídica, fática, informacional e técnica. Portanto, discorreremos sobre cada uma delas.

A vulnerabilidade jurídica decorre da ausência de conhecimento do consumidor sobre os seus direitos e deveres diante da relação de consumo, o que significa dizer que, o consumidor não tem ideia do que pode acontecer se ele adquirir um produto com defeito, quais são as providências a serem tomadas diante de uma situação como essa e quais são as penalidades do fornecedor de maneira judicial.

Já a vulnerabilidade fática é aquela que reconhece a hipossuficiência do consumidor na relação de consumo diante do poder do fornecedor, devido a desigualdades de conhecimento, habilidades, informações ou poder econômico.

A vulnerabilidade fática pode se manifestar de diversas formas. Por exemplo, um consumidor pode não ter conhecimento técnico suficiente para avaliar corretamente as características de um produto ou serviço. Além disso, pode haver assimetria de informações, com o fornecedor ocultando informações relevantes ou apresentando-as de maneira enganosa.

Com relação a vulnerabilidade informacional podemos afirmar que decorre da ausência de informação que o consumidor possui no momento da compra ou contratação de um serviço. Em breves palavras, a vulnerabilidade técnica, nada mais é que a falta de conhecimento do consumidor do passo a passo da produção da mercadoria ou do serviço, ou seja, o conhecimento do consumidor comparado ao do fornecedor é desigual.

Mister salientar que a Lei Consumerista reconhece e preserva o direito do consumidor,

Entretanto, à medida que o consumo aumenta, as práticas abusivas também crescem e de forma expressiva, de maneira que traz uma desvantagem ao consumidor. Com a globalização, ocorreu um aumento significativo no comércio internacional e nas transações comerciais entre países. As cadeias de suprimentos tornam-se mais complexas, com produtos sendo fabricados em diferentes países e atravessando fronteiras antes de chegar aos consumidores finais. Além disso, empresas multinacionais expandiram suas operações para diferentes países, buscando mercados mais amplos e mão de obra mais barata.

O aumento da oferta e demanda está em alta diante da inflação que assola o mundo que tem como objetivo melhorar a economia, entretanto tem colocado a sociedade em desigualdade, visto que a população que possui baixa renda e não tem condições de adquirir determinados produtos. É fato que a publicidade é o meio de comunicação moderna com a sociedade, contudo, o conteúdo transmitido deve ser pautado por responsabilidade, visando a segurança do consumidor como também do fornecedor.

Além disso, é dever do meio publicitário garantir o livre acesso à informação ao indivíduo para que este tenha o conhecimento técnico, econômico e jurídico do produto que está sendo adquirido, consoante o artigo 45, letra a, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, vejamos:

Artigo 45 - A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste Código cabe ao Anunciante e a sua Agência, bem como ao Veículo, ressalvadas no caso deste último as circunstâncias específicas que serão abordadas mais adiante, neste Artigo: a. o Anunciante assumirá responsabilidade total por sua publicidade; A relação de consumo deve ser equiparada entre consumidor e o fornecedor para que o princípio da isonomia previsto na Constituição Federal de 1988, seja efetivamente cumprido no âmbito jurídico.

Conforme analisa Neves (2017) a isonomia no tratamento processual das partes é forma, inclusive, de o juiz demonstrar a sua imparcialidade, porque demonstra que não há favorecimento de qualquer uma delas. O princípio da isonomia, entretanto, não pode se esgotar num aspecto formal, pelo qual basta tratar todos igualmente que estará garantida a igualdade das partes, porque essa forma de ver o fenômeno está fundada na incorreta premissa de que todos sejam iguais.

É natural que, havendo uma igualdade entre as partes, o tratamento também deva ser igual, mas a isonomia entre sujeitos desiguais só pode ser atingida por meio de um tratamento também desigual, na medida dessa desigualdade. Ainda segundo o autor, o objetivo primordial na isonomia é permitir que concretamente as partes atuem no processo, dentro do limite do possível, no mesmo patamar. Por isso, alguns sujeitos, seja pela sua qualidade, seja pela natureza do direito que discutem em juízo, têm algumas prerrogativas que diferenciam seu tratamento processual dos demais sujeitos, como forma de equilibrar a disputa processual.

No caso do consumidor em juízo, a efetivação do princípio da isonomia real depende de um tratamento diferenciado, com proteções maiores dispensadas a ele, de forma que tenha

condições equânimes de enfrentar o fornecedor. Nada mais do que tratar os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades.

Todavia importante destacar que os produtos e serviços de qualquer espécie possuem proteção legal no Código de Defesa do Consumidor, bem como, as medidas necessárias para garantir um reparo ao consumidor quando o seu direito for lesado, ainda que a mercadoria seja adquirida através da Black Friday. O artigo 66 do Código de Defesa do Consumidor dispõe o seguinte:

Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa. §1o Incorrerá nas mesmas penas quem

patrocinar a oferta. §2o Se o crime é culposos; Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Entretanto tal redação está dizendo expressamente que “aquele que fazer e omitir informação falsa ou enganosa” será responsabilizado, logo não condiz com a intenção da publicidade que é induzir o indivíduo a praticar uma conduta. Não obstante as medidas administrativas prevista no CDC, houve a necessidade de criar uma infração penal para as práticas e ofertas abusivas através de propagandas enganosas. Desta feita, foi inserida na Lei no 8.137/1990 em seu artigo 7o, a definição de crime contra as relações de consumo nesta categoria:

Constitui crime contra as relações de consumo: VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária; Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa. A infração penal possui previsão na Lei no 8.137/1990, pois no Código de Defesa do Consumidor possui apenas um rol exemplificativo de condutas que são consideradas abusivas e enganosas, com o intuito de punir aquele que viola os princípios regidos pela Lei Consumerista. Ademais, o Código Penal em seu artigo 171, caput, diz que aquele que induz o indivíduo ao erro por qualquer meio fraudulento, obtém vantagem ilícita e pratica concurso material de delitos no art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

A responsabilização do fornecedor na relação de consumo é objetiva e um princípio fundamental no direito do consumidor. Ela estabelece que os fornecedores de produtos e serviços são responsáveis pela qualidade, segurança e melhoria dos produtos e serviços que disponibilizam aos consumidores.

No Brasil, a responsabilidade do fornecedor está prevista no Código de Defesa do Consumidor (CDC), mas especificamente nos artigos 12 a 17, no qual estabelece que, o fornecedor é sempre

responsável pelos danos causados aos consumidores decorrentes de defeitos nos produtos ou serviços, independentemente de culpa.

Desse modo, a reparação ao consumidor deve ser aplicada ao fornecedor conforme preconiza o artigo 14o do CDC, com o fito de preservar o direito do indivíduo que foi lesado por conduta indevida, seja de maneira direta ou indireta. “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e risco”.

Entretanto o art. 51o do CDC dispõe o seguinte a respeito da responsabilidade do fornecedor em cláusulas contratuais sobre o direito de indenizar em algumas situações, vejamos:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor- pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis.

Nesse contexto, o Direito do Consumidor emprega um papel fundamental na proteção dos consumidores em um ambiente globalizado. Conforme já dito no decorrer do presente trabalho, o Direito do Consumidor é um ramo do direito que visa regular as relações de consumo e garantir que os consumidores tenham direitos básicos e proteção contra práticas comerciais injustas.

É importante ressaltar que a legislação consumerista pode variar em diferentes países, mas a ideia geral é proteger os consumidores e garantir que eles tenham direitos e aceitem caso de produtos ou serviços defeituosos. Assim, o arcabouço jurídico é muito claro em demonstrar que tais práticas são coibidas por vários meios, no qual a legislação por mais que seja moderna, ainda precisa de reparos em determinados assuntos, assim como, deverá

observar com mais cautela algumas situações específicas deste período de vendas.

### **As Irregularidades Cometidas Contra os Consumidores no Evento “Black Friday”**

A Black Friday ocorre geralmente no mês de novembro e, conforme já dito no capítulo anterior, é o evento mais aguardado do ano pelos consumidores e fornecedores, por oferecer vantagens financeiras para ambos, como também, é o período que deixa o consumidor prejudicado diante de sua vulnerabilidade.

Embora mundialmente conhecido, pouco se fala sobre a origem desse evento, que possui natureza americana em seu enredo de criação. Segundo alguns portais eletrônicos, a Black Friday é um evento comercial referente ao “dia de ações de graças”, data em que se comemora um feriado nos EUA:

A Black Friday é uma data tão interessante que existem diversas teorias sobre sua criação. Segundo pesquisas, esse tipo de ação comercial começou nos anos 1990, nos Estados Unidos, se consolidando mais tarde, nos anos 2000, onde se tornou o principal dia de compra e venda do país. Como já comentamos, a data especificamente acontece na última sexta-feira de novembro, após o feriado de Ação de Graças – porém, hoje em dia muitas empresas estendem essa época de promoção, chegando a oferecer um mês inteiro, semanas ou mais dias de promoção. O portal The New York Times<sup>14</sup> descrito por Marcos (2021) apresenta uma versão mais

---

<sup>14</sup> “How Black Friday got its name”: The term “Black Friday” has for years been synonymous with mayhem at stores, and its origin story has roots in turbulence. Black Friday began in Philadelphia in the 1960s. Tourists would descend on the city on the day between Thanksgiving and the annual Army-Navy football game held on Saturday. Historians say the Philadelphia police took to calling the day Black Friday because officers had to work long hours and deal with terrible traffic, bad weather and other crowd-related miseries. Local retailers wanted to draw in shoppers that day. But they disliked the term because of the connotation of the word “black” in front of a day of the week, which historically has been used to mark unpleasant events. One was Black Tuesday, the day of the stock market crash

densa e explicativa na matéria. O termo “Black Friday” há anos é sinônimo de caos nas lojas, e sua história de origem tem raízes na turbulência. A Black Friday começou na Filadélfia na década de 1960. Os turistas chegavam à cidade no dia entre o Dia de Ação de Graças e o jogo anual de futebol americano Exército-Marinha, realizado no sábado. Historiadores dizem que a polícia da Filadélfia começou a chamar o dia de Black Friday porque os policiais tinham que trabalhar longas horas e lidar com o tráfego terrível, o mau tempo e outras misérias relacionadas à multidão.

Os varejistas locais queriam atrair compradores naquele dia. Mas eles não gostavam do termo por causa da conotação da palavra “negro” antes de um dia da semana, que historicamente tem sido usado para marcar eventos desagradáveis. Um deles foi a terça-feira negra, o dia do crash da bolsa de 1929, e outro, a segunda-feira negra, o dia em 1987 em que o mercado perdeu mais, em termos percentuais, do que em qualquer outro dia de 1929.

Nessa época os fornecedores se aproveitam para cometer algumas irregularidades como divulgar as mercadorias com um valor elevado e no dia da Black Friday com um preço menor para transmitir a sensação de “oferta”. Além dessa prática enganosa, muitos lojistas disponibilizam a venda de produtos eletrônicos, por exemplo, que apresentam alguma falha com um desconto a preço de “banana” para esvaziar o estoque dessa mercadoria, sem comunicar o consumidor dos possíveis defeitos que poderão surgir em um determinado período de uso.

A maquiagem de preços é uma prática comercial que consiste em alterar os valores dos produtos ou serviços de forma a induzir o consumidor ao erro ou engano. Essa prática pode ocorrer de maneiras diferentes, como aumentar os preços antes de uma promoção para depois aplicar um cartão aparentemente visível, apresentar preços fragmentados ou enganosos, ocultar

---

of 1929, and another, Black Monday, the day in 1987 when the market lost more, on a percentage basis, than on any day in 1929.

informações relevantes sobre custos adicionais, entre outras estratégias.

Quando os preços são manipulados de forma enganosa, o consumidor acaba tomando decisões de compra com base em informações distorcidas, o que compromete sua liberdade de escolha e sua capacidade de fazer um julgamento consciente sobre o valor do produto ou serviço. Ainda temos os produtos falsificados, que são réplicas de marcas conhecidas como a Nike, Adidas, Ralph Lauren, porém feitos com baixa qualidade de materiais, assim como não são avaliadas pelo INMETRO (Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia).

Destaca-se que a missão do INMETRO é viabilizar soluções de infraestrutura da qualidade que adicionem confiança, qualidade e competitividade aos produtos e serviços disponibilizados pelas organizações brasileiras, em prol da prosperidade econômica e bem-estar da nossa sociedade.

Não obstante, existem aqueles consumidores que efetuam a compra de um produto específico através dos sites do próprio fornecedor ou marketplace, e por algum motivo ocorre o cancelamento sem justificativa, o atraso da entrega sem previsão de recebimento ou até mesmo, a informação de que o produto comprado não está mais disponível com a sugestão de um envio de um produto similar, configurando assim um abuso de direito.

Durante essa época do ano, as lojas físicas e online oferecem descontos, contratos de adesão, venda casada e tantas outras irregularidades que acontecem diariamente que somente o consumidor é atingido, por ser o destinatário final nessa cadeia.

Dentro deste assunto, vale destacar a presença do contrato de adesão, muito comum na venda de aparelhos de telefonia. Este contrato trata dessa relação de consumo entre o consumidor e o fornecedor que está presente no nosso dia a dia quando compramos um eletrodoméstico, um smartphone, um objeto, por exemplo.

Neste contrato as cláusulas não são discutidas, portanto, é um contrato unilateral pois prevalece apenas a vontade do fornecedor,

logo, é uma conduta irregular que tem acontecido com frequência, no qual a tecnologia possibilita a assinatura digital deste contrato. O contrato de adesão pode conter cláusulas abusivas, que são aquelas que trabalham o consumidor em comportamento excessivo, restringindo seus direitos ou impondo obrigações desproporcionais. Essas cláusulas podem limitar a responsabilidade do fornecedor, impor taxas ou encargos indevidos, restringir o direito de reclamar ou desistir do contrato, entre outras práticas abusivas.

A respeito dos contratos de adesão, o CDC em seu artigo 54 dispõe nos seguintes termos:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. § 1o A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato. § 2o Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2o do artigo anterior. § 3o Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. § 4o As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Sobre o assunto o professor Nunes (2018), tem o seguinte entendimento que esse nome dado ao contrato que envolve relação jurídica de consumo, “de adesão”, é pura e simplesmente a constatação de que na sociedade capitalista em que vivemos o fornecedor decide, sem a participação do consumidor, tudo o que pretende fazer: escolhe ou cria os produtos que quer fabricar ou o serviço que pretende oferecer, faz sua distribuição e comercialização, opera seu setor de marketing e publicidade para apresentar e oferecer o produto ou o serviço, e elabora o contrato que será firmado pelo consumidor que vier a adquirir o produto ou

o serviço. Tudo unilateralmente, isto é, tudo sem que o consumidor participe ou palpite.

É risco e responsabilidade do fornecedor. Ao consumidor cabe apenas adquirir o produto ou o serviço e “aderir” ao contrato. Na verdade, para comprar qualquer produto ou serviço, o consumidor é obrigado a aderir à oferta, pagando o preço anunciado e nas condições de pagamento exigidas. O contrato de adesão é um dos componentes da oferta e que existe na forma escrita quando desse modo exige a natureza da operação.

Sobre este tema, vale destacar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de julgamento do Recurso Especial no 1.362.084/RJ 30, em destaque do (TJMS. Apelação Cível n. 0800490-17.2021.8.12.0010, Fátima do Sul, 5a Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Antônio Cavassa de Almeida, j: 08/03/2022, p: 11/03/2022)

CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA. CLÁUSULA DE FIDELIZAÇÃO. LEGALIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS. 1. É firme a jurisprudência do STJ de que a chamada cláusula de fidelização em contrato de telefonia é legítima, na medida em que se trata de condição que fica ao alvedrio do assinante, o qual recebe benefícios por tal fidelização, bem como por ser uma necessidade de assegurar às operadoras de telefonia um período para recuperar o investimento realizado com a concessão de tarifas inferiores, bônus, fornecimento de aparelhos e outras promoções. 2. Precedentes desta Corte Superior: AgRg no AREsp 253.609/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 05.02.2013; REsp. 1.097.582/MS, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 08.04.2013; AREsp 248.857/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 20.03.2014; REsp. 1.236.982/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIM, DJe 08.05.2013 e REsp. 1.337.924/DF, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 30.10.2012. 3. As tutelas judiciais de proteção ao consumidor, sem embargo da essencialidade de sua macro-função nos mercados mono ou oligopolísticos, não devem ir ao ponto de exercer impedimentos ou restrições à vontade jurídica livremente manifestada pelos indivíduos, como se fossem devolvidos à incapacidade de contratar ou de cuidar da defesa dos seus próprios interesses; essas tutelas devem ter atuação eficaz nos casos de abusos caracterizados ou se uma das partes prevalecer-se de sua posição dominante para impor à outra quaisquer avenças ou acordos. 4. Recursos Especiais providos para, considerando

legítima a cláusula de fidelização cassar o acórdão recorrido, restabelecendo in totum a sentença de 1ª. Grau, que julgou improcedente a Ação Civil Pública ajuizada pelo MP do Estado de Minas Gerais. Ou seja, o ministro estabelece como legítimo a possibilidade de cláusulas de fidelizadas desde que, seja concedido benefícios em favor do contratante, sob pena de caracterizar um abuso na relação consumerista. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul reconhece poucos casos de ilegitimidade na cobrança de multa por quebra de fidelidade contratual, adotando uma posição mais dura em STJ - REsp: 1362084 RJ 2013/0005792-1, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 16/05/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2017. desfavor do consumidor, conforme destaca os votos dos Desembargadores Luiz Antônio Cavassa de Almeida pela 5ª Câmara Cível e Geraldo de Almeida Santiago pela 1ª Câmara Cível: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – SERVIÇO DE TELEFONIA – CANCELAMENTO DE PLANO - COBRANÇA DE MULTA POR QUEBRA DA CLAUSULA DE FIDELIDADE – VÁLIDA – AUSÊNCIA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - DANO MORAL INEXISTENTE – RECURSO IMPROVIDO. É legítima a cobrança de multa por quebra de fidelização, desde que comprovado que a empresa de telefonia agiu dentro dos limites impostos pela lei, conforme estabelecem as normas consumeristas. Deve ser mantida a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais quando não restou comprovada falha na prestação de serviço por parte da operadora de telefonia. Recurso conhecido e improvido. APELAÇÃO CÍVEL DA PARTE AUTORA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM RAZÃO DE COBRANÇA INDEVIDA – CONTRATO DE TELEFONIA MÓVEL – CONTRATAÇÃO DE PLANO CONTROLE – CLÁUSULA DE FIDELIZAÇÃO – RESILIÇÃO ANTECIPADA DE CONTRATO – MULTA POR QUEBRA DE FIDELIDADE – COBRANÇA LEGÍTIMA - AUSÊNCIA DE MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I.

De acordo com a regulamentação vigente é cabível a cobrança de multas em caso de cancelamento antecipado de serviços, principalmente porque as cláusulas de fidelização estão atreladas à promoção, seja para a concessão de serviços sem custo ou com preços promocionais, seja para a aquisição de aparelhos ou acessórios.

II. A cobrança de multa por quebra de fidelidade somente é devida quando a empresa comprove que agiu nos limites legais, demonstrando que prestou os serviços de maneira adequada. III. Revela-se lícita a cláusula de fidelização em contrato de serviços de telecomunicação, tendo em vista os benefícios concedidos pela operadora requerida ao autor que optam por tal acordo e a necessária estipulação de prazo mínimo para a recuperação do investimento realizado, razão pela qual a manutenção da sentença proferida na origem é medida que se impõe. (TJMS. Apelação Cível n. 0810053-04.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Geraldo de Almeida Santiago, j: 28/05/2020, p: 02/06/2020)

Com relação a venda casada, devemos observar atentamente o artigo 39, inciso I, do CDC, que veda o condicionamento de venda de um produto sobre o outro e isso inclui prestação de serviço também, bem como, o oferecimento de uma mercadoria que o consumidor não tenha interesse, vejamos:

É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; outras palavras, como exemplo, o fornecedor não pode condicionar a venda de uma mesa somente se o consumidor comprar o jogo de cadeiras, ainda que seja em um preço acessível, pois cabe ao consumidor decidir o que quer adquirir.

Seguindo este raciocínio o professor Rizatto Nunes em sua obra “Curso de Direito do

Consumidor” tem a seguinte ideia, no primeiro caso, existem exemplos bem conhecidos da prática abusiva. É o caso do banco que, para abrir a conta corrente do consumidor, impõe a manutenção de saldo médio ou, para conceder um empréstimo, exige a feitura de um seguro de vida. Há, também, o caso do bar em que o garçom somente serve bebida ou permite que o cliente continue na mesa bebendo se pedir acompanhamento para comer etc.

É preciso, no entanto, entender que a operação casada pressupõe a existência de produtos e serviços que são usualmente vendidos separados. O lojista não é obrigado a vender apenas a calça do terno. Da mesma maneira, o chamado “pacote” de viagem

oferecido por operadoras e agências de viagem não está proibido. Nem fazer ofertas do tipo “compre este e ganhe aquele”. O que não pode o fornecedor fazer é impor a aquisição conjunta, ainda que o preço global seja mais barato que a aquisição individual, o que é comum nos “pacotes” de viagem. Assim, se o consumidor quiser adquirir apenas um dos itens, poderá fazê-lo pelo preço normal.

Desta forma, é importante o consumidor estar atento aos seus direitos e deveres para exercê-los diante de uma relação de consumo desvantajosa. Dentro deste tema, o Superior Tribunal de Justiça fixou o Tema Repetitivo 97232, que trata sobre a questão de venda casada em contratos bancários, conforme mostra o texto da tese firmada:

1 - Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da despesa com o registro do pré-gravame, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula pactuada no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva. 2 - Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada. 3 - A abusividade de encargos acessórios do contrato não descaracteriza a mora. (grifo nosso)

A discussão deste versava sobre as contratações de seguros prestamistas embutidos em diversos contratos bancários, que eram ocultados pelo fornecedor, a fim de realizar uma venda casada, favorecendo tanto o banco contratado, como a seguradora envolvida na negociata, o que foi barrado pelo STJ.

Com o intuito de suprir a necessidade do consumidor, houve a criação de entidades públicas para amparar o consumidor, como o PROCON, por exemplo. O PROCON é um órgão fiscalizador que auxilia o poder judiciário para proteger os direitos do consumidor em uma relação de consumo tanto no âmbito estadual como municipal, com o intuito de fornecer informações e defender as causas do consumidor. Diante de uma irregularidade, principalmente durante o período da Black Friday, o consumidor pode recorrer ao PROCON para denunciar a empresa que estiver

praticando condutas que induzem o consumidor ao erro e que acarrete um prejuízo material ou moral. Além dessa entidade pública que fiscaliza e protege os direitos do consumidor, existe também o direito de arrependimento.

A fim de exemplificar essa atuação, o PROCON/MS atuou na fiscalização da Black Friday em novembro de 2021<sup>33</sup>, no qual autuou mais 107 ocorrências naquele período, como destacou o portal oficial do órgão estadual:

A Superintendência para Orientação e Defesa do Consumidor (Procon/MS), órgão vinculado à Sedhast (Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Assistência Social e Trabalho), registrou 107 procedimentos durante as ações de fiscalização realizadas nesta sexta-feira (26.11) durante a Black Friday em Campo Grande. O superintendente Estadual do Procon/MS, Marcelo Salomão, avaliou que durante a Black Friday deste ano houve mais irregularidades no comércio virtual. “Constatamos este ano que as pessoas preferiram realizar compras online. Houve menos compras em lojas físicas. Foram encontrados diversos problemas nos sites de compras. Orientamos a população a redobrar os cuidados ao realizarem as compras online”.

No final da tarde desta sexta-feira, o Procon/MS divulgou o balanço final da atividade. Ao longo do dia da Black Friday foram feitas 36 aberturas de reclamações de consumidores, 42 duas orientações em estabelecimentos comerciais, nove fiscalizações em lojas físicas.

Foram lavrados seis auto de infração em lojas físicas e 14 infrações em lojas virtuais. Entre as regularidades encontradas no comércio da capital, o Procon/MS constatou publicidade enganosa, falta de informação de juros na venda a prazo e falta de produto com propaganda e publicidade ativa.

Outro ponto relevante para discutirmos sobre o período de vendas é sobre o direito de arrependimento, muito debatido, porém com pouca profundidade pela sociedade em geral, que está estabelecido no artigo 49 do Código Consumerista que dispõe o seguinte:

O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Esse artigo refere-se apenas a compra realizada de forma online e não a compra presencial, em outras palavras, não se aplica aquela compra realizada direto no balcão da loja,

com o vendedor, como usualmente era feito antes da globalização da internet. Necessário destacar que o comércio eletrônico, ou e-commerce, é muito novo no Brasil, iniciando em meados dos anos 2000, no qual se tem conhecimento que o portal de vendas “Submarino” foi um dos pioneiros dessa prática comercial, conforme relata o blog Contaazul:

No Brasil, essa história começou nos anos 90. Porém, foi tudo bem devagar, já que computadores eram bem caros e os celulares, também de mesmo preço, não acessavam a internet. Nesse contexto, a primeira loja que teve sucesso no Brasil foi a Booknet, loja virtual de livros do carioca Jack London. Inclusive, mesmo sem saber, talvez você já conheça esse site, com o nome atual de Submarino.

Antes de irmos para o próximo passo na história da Booknet, é bom comentar que nessa época a Pão de Açúcar usava métodos alternativos de compras virtuais, adaptados para a época. Ela distribuía CDs com o catálogo de seus produtos para que as pessoas enviassem pedido por fax ou e-mail. O pagamento era feito na hora da entrega.

Em 1999, um ano antes do Bug do Milênio, a Booknet se transformou no Submarino após ter sido comprada. Seu novo nome foi adaptado para facilitar sua expansão por países de língua portuguesa e espanhola.

Outras empresas tiveram o início nessa mesma época, mas todas ainda engatinhando também. O e-commerce começou a sua ascensão nos anos 2000, quando a internet grátis começou no Brasil, facilitando o acesso a sites de vendas online. Hoje, os sites de

vendas online brasileiros como a Americanas.com e o Mercado Livre são os dois maiores e-commerces da América Latina. E eles surgiram nessa época. Inclusive, a Submarino pertence agora ao mesmo grupo das lojas Americanas (Grupo B2W).

A garantia desse direito surge a partir da compra de produtos ou da contratação de serviços, onde o consumidor pode desistir tanto do produto como do serviço. Se no período de

reflexão, o consumidor pense melhor e não queira mais aquele produto ou serviço, poderá se arrepender no prazo de 7 dias a contar do recebimento do produto e a contar do prazo de contratação, conforme a redação do artigo 49 do CDC, in verbis: Parágrafo único. “Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados”.

A devolução do valor deve ser realizada de maneira imediata e corrigida monetariamente, não sendo necessário o consumidor explicar o motivo, basta informar ao fornecedor o seu arrependimento. Podemos entender também que a defesa desse direito é coletiva, no qual sobre essa defesa destes direitos, o Prof. Guilherme Mungo Brasil (2017), trata e define sobre este ponto: Os conflitos envolvendo direitos coletivos, como qualquer outra espécie de desavença humana, deve ser solucionado de forma a melhor tutelar os interesses que se contrapõem, gerando assim a paz social. Dessa forma, em que pesem as dificuldades em torno de se conceber e levar a efeito medidas efetivas que contemplem e beneficiem toda uma coletividade, parece certo que a melhor resposta a esse desafio se insere no campo da tutela jurídica.

A tutela em questão não se reduz exclusivamente à heterocomposição judicial. Pelo contrário, hoje mais do que nunca se reconhece a importância de se adequar a forma de solução do conflito ao direito substantivo envolvido. Com base nessa constatação é que se defende, inclusive, a autocomposição no âmbito dos conflitos coletivos, aí inseridas a conciliação e a mediação.

Importante frisar que este procedimento deve ser pautado pelo princípio da boa-fé objetiva, pois o consumidor deve agir com lealdade e se arrepender de comprar o produto durante o prazo de reflexão estabelecido em lei, sem que essa prática se torne rotineira, o que pode acontecer muito dentro do e-commerce, visto que em tese, poderia permitir uma troca infinita de produtos, o que não pode ocorrer de forma alguma.

Em caso de descumprimentos dessa obrigação de boa-fé objetiva, o consumidor poderá buscar seus direitos por meio de medidas legais, como ações judiciais, reclamações em órgãos de defesa do consumidor ou obtenção extrajudicial, para garantir uma relação equilibrada e justa, protegendo os direitos e interesses das partes envolvidas. Os juristas Bernardo de Souza Dantas Fico e Bruno Blum Fonseca destacam esse ponto na redação do artigo “Direito de arrependimento envolvendo a compra de videogames” publicado pelo CONJUR.

No tocante à boa-fé, é evidente que o consumidor não pode exercer o arrependimento visando obter vantagem indevida, o que configura abuso de direito. Por exemplo, se o jogador adquire moedas virtuais e as usa para comprar itens dentro do jogo, a primeira compra, das moedas virtuais, aperfeiçoou-se. Isto é, o jogador já demonstrou, por meio de sua conduta, que desejava adquiri-las, possibilitando ao jogo negar seu pedido de arrependimento da compra inicial. Todavia, ainda poderia discutir-se o arrependimento dos itens comprados in game e esta segunda compra pode, em alguns casos, ser desfeita pelo arrependimento. Se, no entanto, o jogador usar um item comprado e tentar posteriormente exercer seu arrependimento, ainda que dentro do prazo, este pedido poderia ser negado, também em virtude do aperfeiçoamento da compra. A extensão de uso que aperfeiçoa a compra dos itens in game dependerá do caso concreto.

Além disso, o Decreto 7.962/2013 editou a Lei 8.078/1990 determinando a regulamentação do comércio eletrônico e o artigo 50, traz em sua redação que o fornecedor deve informar ao consumidor sobre o seu direito de arrependimento de forma clara

e objetiva, orientando também, o fornecedor a como proceder com a devolução do pagamento realizado através do cartão de crédito. Art. 5º o fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

§ 1o O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.

§ 2o O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor.

§ 3o O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que:

I - a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou II - seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado.

Não obstante, o Decreto 7.692/2013 além de regulamentar os direitos do consumidor, determina algumas obrigações aos sites eletrônicos como o dever de colocar à disposição do consumidor as informações necessárias para saber a origem do comércio e os elementos do produto, conforme elenca o artigo 2o do referido decreto.

Art. 2o Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;

II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;

III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;

IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;

V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e

VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

Por isso é muito importante o constante alerta aos consumidores sobre a responsabilidade de realizar compras online em portais eletrônicos de confiança, verificando se as informações são procedentes, se cumprem as determinações estabelecidas pelo artigo supracitado, sendo sempre relevante a divulgação e promoção de conteúdos voltados para este tema. Segundo o portal Uol Economia o top 3 de reclamações em época de Black Friday são "atraso na entrega" com 20,88% das reclamações, "propaganda enganosa" com 16,59% e "estorno do valor pago" com 8,82%.

Dentro deste cenário apontado pelo portal de notícias, a questão da entrega de produtos mostra uma situação relevante, pois não é de conhecimento geral da sociedade a ocorrência do prazo prescricional estabelecido no art. 26, §1o do CDC. Por esta razão, o §2o do referido artigo traz a necessidade de se realizar uma reclamação formal, a fim de resguardar o consumidor do efeito preclusivo, o que vale o destaque destes termos legais:

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis. §1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. §2º Obstat a decadência: I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca; III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento. § 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito. (destaque nosso)

Este é mais um grande risco dentro dos eventos da Black Friday, principalmente pelo fato das vendas serem, na maioria, de produtos não duráveis, como destacou o jornal Estado de Minas (2021) de acordo com os dados levantados pelo Méliuz, diferentemente do que se viu em 2020, ano em que muita gente

procurou adquirir itens de necessidade, dessa vez, a motivação é comprar itens de desejo: modelos novos de itens já obtidos, presentes de Natal (e de outras datas comemorativas) e produtos de uso recorrente. Os produtos que mais interessam o público são, em ordem de prioridade:

- 1) eletrodomésticos e eletroportáteis; 2) acessórios e calçados; 3) eletrônicos e informática; 4) móveis e decoração; 5) smartphones; 6) roupas; 7) perfumes e cosméticos; 8) alimentos e bebidas; 9) livros;
- 10) viagens; 11) artigos esportivos; 12) relógios e jóias; 13) jogos e consoles;
- 14) produtos pet; 5) assinaturas de serviços.

Ou seja, com o crescimento na venda destes produtos, qualquer irregularidade na entrega deles (seja atraso, extravio, entre outros) acarretam diversas consequências negativas ao consumidor, devendo estar sempre atento para estas situações. A questão do atraso é até discutida em leis estaduais, como destaca a jurista Raisia Matos(2019) o atraso na entrega de produto é problema tão recorrente, que no Estado de São Paulo existe uma Lei Estadual no 14.951/2013, que garante ao consumidor o direito ao agendamento de entrega de bens e serviços numa faixa de horário que lhe seja mais conveniente, justamente com o fim de evitar o desvio produtivo do consumidor com a espera interminável pela entrega, que sequer sabemos se ocorrerá no dia e na forma combinado.

Não são poucos, os danos ocasionados pelo atraso na entrega. Já imaginou comprar o presente de natal ou de aniversário para seu filho, esposa, marido etc que tanto eles queriam e na data combinada o produto não chegar? E, além da sua frustração, já escolheu o presente com tanto carinho, ter que se justificar para as pessoas?

Já pensou, também, para você que mora sozinho, trabalha o dia inteiro e não possui correspondência ou porteiro em seu condomínio e precisa disponibilizar alguém para que fique à espera da encomenda que nunca chega?! A situação não é simples

e não é demais afirmar que, no mínimo, o bem jurídico “tempo” do consumidor é atingido.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul já teve condenações sobre este tema, conforme destacamos (TJMS. N/A n. 0800591-77.2018.8.12.0101, Juizado Especial de Dourados, 1ª Turma Recursal Mista, Relator (a): Juiz Ariovaldo Nantes Corrêa, j: 11/09/2019, p: 12/09/2019)

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL - PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - MAJORAÇÃO DEVIDA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - VALOR MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. A ausência de entrega da mercadoria constitui falha na prestação de serviços, devendo o consumidor ser ressarcido pelos danos morais suportados. Analisadas as condições econômicas das partes, o valor da indenização a título de danos morais deve ser fixado de forma a reparar o sofrimento da vítima e penalizar o causador do dano, respeitando a proporcionalidade e razoabilidade. Considerando o grau de zelo dos advogados, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo causídico e o tempo exigido para seus serviços (incisos I a IV do § 2º do art. 85) coerente os honorários advocatícios fixados em sentença. Recurso de Universo Online S/A e PagSeguro Internet S/A (requerido)

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NA ENTREGA DO PRODUTO - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS INTEGRANTES DA CADEIA DE CONSUMO. QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL - PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. DANO MATERIAL - RESTITUIÇÃO DO VALOR - DEVIDO. QUANTIA DEPOSITADA EM JUÍZO - JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA - RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DESDE A DATA DO DEPÓSITO - RESPONSABILIDADE DO REQUERIDO ATÉ O DEPÓSITO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - VALOR MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. No âmbito das relações de consumo, todos os envolvidos na cadeia de fornecimento do produto e serviço, respondem objetiva e solidariamente, pela reparação de eventuais danos gerados ao consumidor, conforme caput dos arts. 18, 20 e 25, §2, do CDC. A ausência de entrega da mercadoria constitui falha na prestação de serviços, devendo o consumidor ser ressarcido pelos danos morais suportados. Analisadas as condições econômicas das partes, o valor

da indenização a título de danos morais deve ser fixado de forma a reparar o sofrimento da vítima e penalizar o causador do dano, respeitando a proporcionalidade e razoabilidade. Configurada a ilicitude da conduta e demonstrado o prejuízo pelo pagamento do produto não entregue, deve haver a restituição da requerente ao statu a quo ante, com a devolução de valor, tal como determinado em sentença. A Súmula no 179 do STJ dispõe que "o estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos". Porém, é devida a incidência de juros de mora e correção monetária pelo interstício entre a data da atualização (01/03/2014 – f. 56) e o efetivo depósito (20/08/2014 – f. 80), pois somente a partir do depósito em juízo é que a responsabilidade pela atualização monetária passa a ser da instituição financeira. Considerando o grau de zelo dos advogados, o lugar da restação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo causídico e o tempo exigido para seus serviços (incisos I a IV do § 2o do art. 85), coerente os honorários advocatícios fixados em sentença. (TJMS. Apelação Cível n. 0807922-61.2014.8.12.0001, Campo Grande, 3a Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 13/04/2023, p: 17/04/2023) (grifo nosso) Entretanto, caso o consumidor se socorra dos Juizados Especiais de Mato Grosso do Sul, encontrará uma resistência epistêmica sobre esse ponto, conforme mostra os abaixo: E M E N T A – RECURSO INOMINADO – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS C.C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONSUMIDOR – COMPRA DE PRODUTOS PELA INTERNET – ATRASO NA ENTREGA DE ALGUNS PRODUTOS – DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO. (TJMS. N/A n. 0801038-31.2019.8.12.0101, Juizado Especial de Dourados, 3a Turma Recursal Mista, Relator (a): Juíza Cíntia Xavier Letteriello, j: 21/05/2020, p: 25/05/2020) RECURSO INOMINADO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ATRASO NA ENTREGA DO PRODUTO – MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE – DANO EXTRAPATRIMONIAL NÃO CARACTERIZADO – MULTA COERCITIVA – LIMITAÇÃO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJMS. N/A n. 0800187-47.2019.8.12.0018, Paranaíba, 3a Turma Recursal Mista, Relator (a): Juiz Francisco Vieira de Andrade Neto, j: 11/12/2019, p: 15/12/2019) E M E N T A – RECURSO INOMINADO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONSUMIDOR – COMPRA DE PRODUTO PELA INTERNET - ATRASO

NA ENTREGA – DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO (TJMS. N/A n. 0800007-59.2019.8.12.0041, Ribas do Rio Pardo, 3a Turma Recursal Mista, Relator (a): Juíza Larissa Castilho da Silva Farias, j: 12/11/2019, p: 17/11/2019) RECURSO INOMINADO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – PEDIDO NÃO ACOLHIDO NA SENTENÇA – ATRASO NA ENTREGA DO PRODUTO – MERO ABORRECIMENTO - DANO MORAL INEXISTENTE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Assim, mostra-se necessário que as situações decorrentes de práticas abusivas no período da Black Friday devem ser observadas atentamente pelos consumidores, reforçando sempre a necessidade de um bom conjunto probatório, visto que o Judiciário local noticia um duro caminho para reparar o dano. Uma opção viável em substituição aos Juizados é a plataforma consumidor.gov.br criada em 2014 pela Secretaria Nacional do Consumidor, o qual o seu portal oficial explica sua função (2023).

O Consumidor.gov.br é um serviço público que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução de conflitos de consumo pela internet. Monitorada pela Secretaria Nacional do Consumidor - Senacon - do Ministério da Justiça, Procons, Defensorias, Ministérios Públicos e também por toda a sociedade, esta ferramenta possibilita a resolução de conflitos de consumo de forma rápida e desburocratizada: atualmente, 80% das reclamações registradas no Consumidor.gov.br são solucionadas pelas empresas, que respondem às demandas dos consumidores em um prazo médio de 7 dias. O Consumidor.gov.br coloca as relações entre consumidores, fornecedores e o Estado em um novo patamar, a partir das seguintes premissas: Transparência e controle social são imprescindíveis à efetividade dos direitos dos consumidores;

As informações apresentadas pelos cidadãos consumidores são estratégicas para gestão e execução de políticas públicas de defesa do consumidor; O acesso à informação potencializa o poder

de escolha dos consumidores e contribui para o aprimoramento das relações de consumo. Por se tratar de um serviço provido e mantido pelo Estado, com ênfase na interatividade entre consumidores e fornecedores para redução de conflitos de consumo, a participação de empresas no Consumidor.gov.br, só é permitida àqueles que aderem formalmente ao serviço, mediante assinatura de termo no qual se comprometem em conhecer, analisar e investir todos os esforços disponíveis para a solução dos problemas apresentados. O consumidor, por sua vez, deve se identificar adequadamente e comprometer-se a apresentar todos os dados e informações relativas à reclamação relatada.

A Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça é a responsável pela gestão, disponibilização e manutenção do Consumidor.gov.br, bem como pela articulação com demais órgãos e entidades do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor que, por meio de cooperação técnica, apoiam e atuam na consecução dos objetivos do serviço.

A criação desta plataforma guarda relação com o disposto no artigo 4o inciso V da Lei 8.078/1990 e artigo 7o, incisos I, II e III do Decreto 7.963/2013. Esta plataforma vem com um papel muito importante que é a substituição dos atendimentos presenciais realizados pelos PROCON's, assim como, traz mais facilidade e versatilidade para resolução de conflitos consumeristas, do início ao fim, o atendimento pode ser realizado de forma virtual, do seu computador ou smartphone.

Segundo informações compartilhadas pelo próprio portal (2023), a empresa Claro Celular recebeu 241.267 reclamações, das quais 90,3% foram solucionadas. O portal atribui um índice de notas de 1 a 5, o qual a empresa ficou com conceito 3,9. Ou seja, o portal mostra eficiência e solidez nas resoluções de conflito.

Assim como, conforme foi destacado anteriormente, a plataforma é um instrumento fundamental para produção de provas robustas, a fim de que o consumidor possa recorrer diretamente ao Procon, Defensoria Pública, Ministério Público, Juizado Especial Cível, entre outros.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que o consumidor sempre exercerá um papel muito difícil em sua jornada, pois a balança entre o mero cidadão e as grandes companhias sempre terá um pêndulo mais pesado, principalmente pelo modelo econômico adotado pelo Brasil e o resto do mundo, devendo assim sempre estar atento aos seus direitos estabelecidos no ordenamento jurídico. Cabe ao Direito do Consumidor equilibrar tal relação.

Com a vigência da Lei no 8.078 de 11 de setembro de 1990, o consumidor não está imune de sofrer os danos causados por uma irregularidade do comércio eletrônico, mas está amparado por uma lei específica.

As leis consumeristas são bem sucintas e fundamentadas, com o papel de proteger os direitos do consumidor e garantir a efetividade das normas estabelecidas na Constituição Federal de 1988. Com este trabalho podemos concluir que com o avanço tecnológico os fornecedores inovaram suas habilidades de promover cada vez mais publicidades enganosas e abusivas que não condizem com as normas constitucionais, tampouco consumeristas, ao ponto de obter vantagem apenas para si e prejudicando a outrem.

Entretanto, a fiscalização dos órgãos designados para o cumprimento da garantia dos direitos dos consumidores têm feito um excelente trabalho, de maneira que não há justificativa por parte dos fornecedores em insistir com a conduta delituosa.

Desta feita, o Código de Defesa do Consumidor tem o escopo de promover, garantir, proteger e tutelar o direito do indivíduo que se encontra em situação vulnerável em comparação ao fornecedor em toda e qualquer situação. Tal situação tem acontecido com frequência no final do ano, principalmente com o evento Black Friday que é o momento mais esperado, onde as pessoas juntam suas economias para no dia certo realizar as compras desejadas, seja por necessidade ou por impulso.

É certo que com o avanço da internet muitos têm acesso a essas informações em instantes, mas é preciso ter um olhar para a população mais carente e que também vive ainda os antigos costumes, onde toda e qualquer informação era transmitida no rádio ou na TV. O Código de Defesa do Consumidor foi um divisor de águas e precisa ser cada vez mais manuseado e explorado, visto que, são raros os fornecedores que buscam melhorias e condutas que fidelizam seus consumidores, a fim de reparar o erro cometido no ano e principalmente no período da Black Friday.

A contextualização da globalização no direito do consumidor envolve, portanto, o reconhecimento dos desafios e oportunidades decorrentes da interconexão global dos mercados e da implementação de medidas adequadas para proteger e promover os direitos dos consumidores em um contexto internacional. Isso implica em promover a transparência, a informação adequada, a segurança dos produtos, a responsabilidade das empresas e a facilitação da resolução de disputas, a fim de garantir que os consumidores possam fazer escolhas seguras e ter acesso ao interruptor eficaz de proteção, independentemente de onde os produtos e serviços sejam originários.

Em suma, os direitos e deveres de todo cidadão consumidor também estão assegurados pela Constituição Federal de 1988 e devem ser respeitados. Ademais, o presente trabalho possui o objetivo de esclarecer como a Lei no 8.078 de 11 de setembro de 1990 age em favor do consumidor, visto que é uma legislação abrangente que estabelece direitos básicos do consumidor, como o direito à informação, à proteção contra publicidade enganosa ou abusiva, à transformação de danos causados por produtos defeituosos, à garantia de segurança e qualidade dos produtos, entre outros.

A partir da análise jurisprudencial e doutrinária, podemos entender que a população por falta de conhecimento jurídico muitas vezes perece diante de um conflito inesperado, visto que, as condutas abusivas, enganosas e irregulares ferem o princípio da transparência, da vulnerabilidade, da boa-fé objetiva e da

segurança do consumidor. Portanto, se for identificado o abuso de direito, o consumidor deve ser indenizado e o fornecedor deve ser responsabilizado civilmente.

Para tanto, é fundamental que a legislação e as práticas de proteção ao consumidor acompanhem as mudanças na sociedade e garantam a proteção efetiva dos direitos dos consumidores em todas as esferas de consumo. Em síntese, faz-se necessário a propagação deste direito nas mídias para que todos tenham acesso à informação e não incorrem em erro, para que haja a eficácia da aplicabilidade da Lei Consumerista.

## REFERÊNCIAS

ANTHONY, I. <https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/noticias/como-comecou-a-campanha-da-black-friday-no-brasil>. Educ amaisbrasil, 2020. Disponível em: <<https://www.educamaisbrasil.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2023.

AZUL, E. D. C. A evolução dos sites de vendas online no Brasil. Conta Azul Blog, 2022. Disponível em: <<https://blog.contaazul.com/a-evolucao-dos-sites-de-vendas-online-no-brasil#:~:text=O%20e%2Dcommerce%20come%C3%A7ou%20a,E%20eles%20surgiram%20nessa%20%C3%A9poca.>>. Acesso em: 25 Abril 2023.

BENJAMIN, Antonio Herman, C. L. M. L. R. B. **Manual de Direito do Consumidor**. In: ANTONIO HERMAN BENJAMIN, C. L. M. L. R. B. Manual de Direito do Consumidor. 3a. ed. São Paulo: RT, 2010 BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. planalto.gov.br, 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 Abril 2023.

BRASIL, G. M. O conflito coletivo como produto da globalização: consequências e reflexões. Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em:<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/108641>>. Acesso em: 24 Abril 2023.

BRASIL, CONSUMIDOR.GOV.BR. Indicadores. consumidor.gov.br - é seu. é facil. Participe, 2023. Disponível em: <[https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/empresa/abrir?idPriEmpresa=s3wuj0aVkCa\\_gV2fAWX6oFdX9TppPbFqy](https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/empresa/abrir?idPriEmpresa=s3wuj0aVkCa_gV2fAWX6oFdX9TppPbFqy)>. Acesso em: 28 Fevereiro 2023.

BRASIL, CONSUMIDOR.GOV.BR. é seu. é facil. Participe de 2023. Disponível em: <<https://www.consumidor.gov.br/>>. Acesso em: 28 Fevereiro 2023

BRASIL, Estadão. Atraso na entrega e propaganda enganosa são principais queixas na Black Friday. Uol Economia, 2021. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2021/11/26/atraso-na-entrega-e-propaganda-enganosa-sao-principais-queixas-da-black-friday.htm>>. Acesso em: 25 Abril 2023.

BRASIL, Senado Federal Collor relembra sanção do Código de Defesa do Consumidor há 30 anos. senado Notícias, 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/11/collor-relembra-sancao-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-ha-30-anos#:~:text=Antes%20do%20C%C3%B3digo%20de%20Defesa,setembro%20de%201990%>>. Acesso em: 6 nov. 2022.

BRASIL, Senado Federal. Fernando Collor comenta a importância e os desafios do Código de Defesa do Consumidor. YouTube, 2020. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=U7VXIUXMK-Q&ab\\_channel=SenadoFederal](https://www.youtube.com/watch?v=U7VXIUXMK-Q&ab_channel=SenadoFederal)>. Acesso em: 6 Novembro 2022.

BRASIL, GOV.BR. Institucional. INMETRO, 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/inmetro/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/institucional-index>>. Acesso em: 25 Abril 2023.

BRASIL MINAS, E. D. Saiba quais são os produtos mais procurados da Black Friday 2021. Estado de Minas, 2021. Disponível em <<https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2021/11/05/internas/economia,1320303/saiba-quais-sao-os-produtos-mais-procurados-da-black-friday-2021.shtml>>. Acesso em: 24 Abril 2023.

BRASIL, NACIONAL, C. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília:

Congresso Nacional, 1988. ND, B. S. Por que a Black Friday acontece sempre na última sexta-feira de novembro?

BRASIL, ND+, 2022. Disponível em: <<https://ndmais.com.br/economia/por-que-a-black-friday-acontece-sempre-na-ultima-sexta-feira-de-novembro/>>. Acesso em: 24 Abril 2023.

BRASIL, PROCON/MS. Procon/MS registra 107 procedimentos durante Black Friday.

BRASIL, PROCON/MS - Secretaria-Executiva de Orientação e Defesa do Consumidor, 2021. Disponível em: <<https://www.procon.ms.gov.br/procon-ms-registra-107-procedimentos-durante-black-friday/>>. Acesso em: 25 Abril 2023.

BRASIL, SENADO, R. -. Collor relembra sanção do Código de Defesa do Consumidor há 30 anos. Senado Notícias, 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/11/collor-relembra-sancao-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-ha-30-anos>>. Acesso em: 24 Abril 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Precedentes Qualificados. STJ, 2019. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=972&cod\\_tema\\_final=972](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=972&cod_tema_final=972)>. Acesso em: 25 Abril 2023.

BRASIL, STJ - REsp: 1362084 RJ 2013/0005792-1, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 16/05/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2017.

FICO, B. D. S. D.; FONSECA, B. B. Direito de arrependimento envolvendo a compra de videogames. Consultor Jurídico - CONJUR, 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-ago-15/ficoe-fonseca-direito-arrependimento-compra-game>>.

Acesso em: 25 Abril 2023.

FRANÇA, R. L. Manual de Direito Civil. In: FRANÇA, R. L. Manual de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1980.

GRINOVER, A. P. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, A. P. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, v. 12a, 2019. MARCOS, C. M. How Black Friday got its name. The New York Times, 2021. Disponível em:

<<https://www.nytimes.com/2021/11/26/business/how-black-friday-got-its-name.html>>. Acesso em: 24 Abril 2023.

MATOS, R. Atraso na entrega de produto pode gerar dano moral. JusBrasil, 2019. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/atraso-na-entrega-de-produto-pode-gerar-dano-moral/760092674>>. Acesso em: 25 Abril 2023.

NEVES, F. T. E. D. A. A. Manual de Direito do Consumidor. In: NEVES, F. T. E. D. A. A. Manual de Direito do Consumidor. 7a. ed. São Paulo: Forense, 2017.

NUNES, L. A. R. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. In: NUNES, L. A. R. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 497.

NUNES, Rizzato. Curso de direito do consumidor. 12a. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OLIVEIRA, J. M. A importância do Discurso do Presidente John Kennedy para o Direito do Consumidor. jus.com.br, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47308/a-importancia-do-discurso-do-presidente-john-kennedy-para-o-direito-do-consumidor>>. Acesso em: 28 Fevereiro 2023.

PEDRON, F. Q. Evolução histórica do Direito do Consumidor. jus.com.br, 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/687/evolucao-historica-do-direito-do-consumidor>>. Acesso em: 5 Janeiro 2023.

SILVA, D. N. Pioneirismo inglês na Revolução Industrial. Mundo Educação, 2022. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/revolucao-industrial-pioneirismo-ingles.htm>>. Acesso em: 24 Abril 2023.

TERRAZZAN, M. <https://abcomm.org/>. Abcomm, 2021. Disponível em: <<https://abcomm.org/noticias/o-e-commerce-cresceu-amadureceu-e-precisa-mais-do-que-uma-boa-tecnologia-para-levar-a-melhor-experiencia-ao-consumidor/>>. Acesso em: 15 abr. 2023.



# DIREITO DE INDENIZAÇÃO: A NÃO COMUNICAÇÃO DA GRAVIDEZ E A RECUSA DA GESTANTE A RETORNAR AO TRABALHO APÓS A RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Andressa Scheibeler  
Priscila Rocha Margarido Mirault  
Fernando Coelho Mirault Pinto  
Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil

## INTRODUÇÃO

De acordo com Machado e Pinho Neto (2017), aproximadamente 50% das mulheres perdem seus empregos até 24 meses após a gestação. Nesse período a probabilidade da mulher ser despedida é alta, e a recolocação no mercado de trabalho é pouco provável. Assim, o legislador brasileiro pensou em formas de garantir o sustento em um período de fragilidade da mulher e do nascituro.

A legislação brasileira garante a estabilidade da gestante desde a confirmação da gravidez da trabalhadora até 5 meses após o parto (art. 10, II, b, do ADCT). Caso o empregador rescinda o contrato nesse período, a trabalhadora tem direito à reintegração ao cargo ou à indenização do período de estabilidade.

Ocorre que, quando a empregada é dispensada grávida sem que o empregador tenha conhecimento do estado gravídico, muitas vezes são ajuizadas reclamações trabalhistas contra o empregador pleiteando apenas a indenização do período de estabilidade. E há casos em que o empregador toma conhecimento e oferece a reintegração, porém há recusa da trabalhadora, que requer apenas a indenização.

Assim, o empregador se sente injustiçado, pois não teve sequer a possibilidade de disponibilizar o posto de emprego novamente à gestante, somente tomando conhecimento de seu estado gravídico

após o término do período de estabilidade. Dessa forma, é necessário conhecer os entendimentos concernentes ao assunto, de forma a se criar uma melhor interpretação das leis para proteger tanto a grávida e o nascituro, quanto o empregador.

A pergunta-problema foi como possibilitar que o mercado de trabalho da mulher não seja afetado pela questão gravídica, em que mulheres não dão ao empregador a possibilidade de reintegração ao emprego, solicitando apenas a indenização do período de estabilidade?

Isso porque, muitos empregadores têm receio de contratar mulheres e serem surpreendidos com a obrigação de ter de pagar o período estável.

Não se está tratando aqui do período de licença-maternidade, que é um período em que a mulher se afasta do trabalho para se dedicar aos cuidados com o recém-nascido, sendo o período custeado pelo governo. O direito à licença-maternidade é indiscutível e deve ser preservado.

O que se questiona é o direito de a mulher não comunicar a gravidez antes do fim do período estável, não permitindo, assim, que o empregador lhe devolva a possibilidade de retornar ao emprego, mas ficando obrigado ao pagamento do período de estabilidade. Nesse caso, o empregador não pode contar com a força de trabalho da mulher, mas se verá obrigado a indenizar o valor de meses de remuneração em razão de a mulher não ter comunicado sua gravidez.

E como hipóteses, uma das maneiras de o empregador se resguardar seria exigir o exame de gravidez no momento da demissão, para poder se assegurar de não estar dispensado gestante e, assim, evitar problemas futuros. O exame de gravidez no momento da dispensa não implica em ofensa à intimidade e dignidade da mulher, conforme reconhecido pela Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no Processo nº RR-61-04.2017.5.11.0010, DEJT 18/06/2021. Uma segunda hipótese seria firmar documento no momento da rescisão afirmando que será nulo o aviso em caso de gravidez da trabalhadora.

Outra hipótese seria interpretar a lei no sentido de que constitui abuso de direito o pedido de estabilidade apenas após o esgotamento do período. Frise-se que a garantia primeira é a de manutenção do emprego, para assegurar a subsistência da mãe e do nascituro, sendo devida a conversão em indenização apenas quando inviável a reintegração.

Não se olvide que o C. TST considera possível o ajuizamento de reclamação trabalhista buscando o reconhecimento da estabilidade até o fim do período prescricional, não reconhecendo o abuso de direito mesmo quando a ação é ajuizada muito tempo após o fim da estabilidade, mas antes de consumada a prescrição.

Contudo, tal entendimento cria ônus demasiadamente injusto ao empregador, uma vez que sequer teve a oportunidade de proceder à reintegração e contar com a força de trabalho da empregada gestante.

Nesse sentido, já há decisão de alguns Tribunais, como, por exemplo, o TRT2:

ESTABILIDADE DA GESTANTE. ABUSO DE DIREITO. ÓCIO REMUNERADO. É certo que, no que diz respeito à estabilidade da empregada gestante, a intenção da norma legal é o benefício da empregada e do nascituro, propiciando-lhe a garantia de seu emprego nos primeiros meses de vida do recém nascido, uma vez que o artigo 10, inciso II, alínea b, do ADCT, da CF/88, assegura à empregada gestante proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Todavia, a norma constitucional não pode ser utilizada para referendar o ócio remunerado da gestante, o abuso do exercício do direito e o enriquecimento sem causa. Estabilidade no emprego significa prestação de serviços por parte da empregada gestante, de um lado, e o pagamento dos salários pelo empregador, do outro lado. TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO: RO 5603520135020 SP 00005603520135020056 A28

Assim, haveria maior segurança jurídica no final do contrato e possibilitaria ao empregador mantê-la pelo tempo de estabilidade, no lugar de indenizá-la após judicialização.

E como justificativa é importante ressaltar que caso haja a confirmação da gravidez durante o período do contrato ou até o

final do aviso-prévio, a empresa pode reintegrar ou indenizar a trabalhadora. Ocorre que muitas empresas solicitam a reintegração, contudo a mulher prefere esperar o término do prazo de estabilidade para exigir apenas a indenização do período correspondente. Dessa forma, o mercado de trabalho da mulher acaba sendo prejudicado por minoria que exerce seu direito de má-fé ou de forma abusiva, e assim, a contratação de mulheres é vista como alto risco para as empresas.

Se a estabilidade se justifica como medida protetiva à mulher e ao nascituro de ter renda que seja capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família, a reintegração seria a primeira opção.

O estudo foi elaborado utilizando-se da pesquisa descritiva explicativa, buscando-se explicar os fatores que contribuem para a ocorrência destes pedidos de indenização e por meio do método hipotético-dedutivo, a partir das hipóteses, deduzir a solução do problema.

Em primeiro momento foi analisada a legislação e a jurisprudência relativas ao direito de indenização da gestante, e no segundo serão apresentadas soluções que contemplem tanto o direito do empregador quanto da empregada gestante, para que não haja resistência à contratação de mulheres.

O estudo tem como objetivo geral apresentar solução que contemple tanto o direito da gestante quanto do empregador no caso de gravidez que não foi comunicada no término do contrato de trabalho e como objetivos específicos têm-se: Analisar a legislação e jurisprudência relativas ao direito de indenização da gestante. Apresentar soluções que contemplem tanto o direito do empregador quanto da empregada gestante, para que não haja resistência à contratação de mulheres.

## **FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA**

Segundo Machado e Pinho Neto (2017), a mulher brasileira no mercado formal tem probabilidade de emprego até o momento da

licença-maternidade, momento em que sua empregabilidade decai. Quase metade das mulheres que tiram essa licença perdem o emprego após 24 meses do fim do período, sendo a maior parte das demissões ocorridas por parte do empregador e sem justa causa.

Em muitos casos há receio de que a mãe comece a faltar ao serviço por problemas com a saúde da criança, com a escola ou por exaustão ligada à dupla jornada que é imposta às mulheres. Assim, a legislação brasileira previu uma forma de assegurar à mulher e ao nascituro assistência em um primeiro momento, período de maior vulnerabilidade.

De acordo com o Art. 391-A da CLT, “a confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

O ADCT, em seu art. 10 prevê que “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: (...) II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: (...) b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

Assim, a Constituição Federal e a Consolidação das Leis Trabalhistas não proíbem as demissões (BRASIL, 2023). A demissão por justa causa é permitida e não indenizada, pois ocorre em casos em que a trabalhadora dá razão ao fato. Já quando ocorre a demissão sem justa causa, é obrigatório o pagamento de indenização adicional, para se evitar despedidas nesse momento de vulnerabilidade da trabalhadora e da criança (RAMOS, 2021).

Conforme Sum-244, TST, o empregador mesmo não sabendo do estado gravídico, deve assegurar o direito à estabilidade da empregadora. Contudo, se for pleiteado este direito após o período de estabilidade, o empregador deve indenizar a gestante por todo o período, não possuindo a alternativa de reintegração:

SUM-244 GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art.10, inciso II, alínea b, do ADCT, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Portanto, a gestante tem direito à estabilidade provisória, sendo garantido o emprego – reintegração – se a solicitação for feita durante o período de estabilidade. Ocorre que, muitas vezes, a legislação é utilizada de maneira indevida. De forma proposital, por não querer voltar ao trabalho, a gestante busca que se expire o período de estabilidade para ganhar a indenização, ou, quando judicializa o pedido ainda no período de estabilidade, recusa a oferta de reintegração.

Segundo jurisprudência do TST, recusar-se a ser reintegrada não constitui renúncia à estabilidade provisória, visto que o período estabilitário busca como garantia principal a proteção ao nascituro e da mãe. A ministra relatora do RR-10729-13.2017.5.03.0089, Maria Cristina Peduzzi, afirmou que não configura abuso de direito e não afasta o pagamento de indenização pela recusa da reintegração ou ausência de pedido desta por parte da empregada. No processo, a oitava turma do Tribunal Superior do Trabalho condenou o empregador à indenização.

Segundo Gregório (2021), o posicionamento recorrente do TST é de que a reintegração pode ser convertida em indenização substitutiva. Contudo, nenhuma garantia deve ser admitida havendo má-fé da requerente ou caso esta esteja em busca de enriquecimento ilícito (interesse puramente monetário). Assim, é necessário analisar as particularidades de cada caso.

A oitava turma do TST, no julgamento do ARR-10538-05.2017.5.03.0012, julgou improcedente o pedido de indenização da

empregada dispensada grávida. A empregada estava em período de experiência quando tomou ciência da gravidez, e a empresa buscou por três vezes reintegrá-la, tendo aquela se recusado. O ministro Márcio Amaro, relator do caso, ressaltou que nas três oportunidades não havia nenhuma circunstância que tornasse desaconselhável o retorno da grávida ao trabalho, tendo a trabalhadora recusado a reintegração de forma injustificada.

Assim, o caso foi enquadrado como abuso de direito por parte da gestante, pois se buscou apenas receber a indenização substitutiva, e não o restabelecimento do vínculo de emprego. Contudo, em sede de Embargos em Recurso de Revista com Agravo, o parecer da corte foi (BRASIL, 2023):

EMBARGOS SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. RECUSADA A PROPOSTA DE RETORNO AO EMPREGO. PROTEÇÃO DO NASCITURO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA DEVIDA. A jurisprudência desta Corte Superior está pacificada no sentido de que a recusa à proposta de reintegração ao emprego não constitui abuso de direito por parte da empregada gestante, tampouco retira o direito de perceber a indenização substitutiva do período estável. No presente caso, a Eg. 8ª Turma ao considerar que a Empregada gestante incorreu em abuso de direito ao recusar o retorno ao emprego e indeferir o recebimento da indenização substitutiva, decidiu em dissonância com a iterativa, notória e atual jurisprudência deste TST. Precedentes. Recurso de Embargos conhecido e provido.

Embora a decisão da 8ª Turma tenha sido reformada, demonstra que há espaço para discussão da matéria e formação de entendimento diverso daquele há anos firmado no âmbito do TST. Aliás, o fato de existir jurisprudência pacificada não impede que a discussão seja trazida à lume, pois a evolução da jurisprudência pressupõe que entendimentos consolidados possam ser revistos, ainda mais quando não se mostrarem adequados à determinada realidade fática.

A discussão que ora se coloca, não tem o objetivo de extirpar o direito da mulher à indenização pelo período estável. O que se pretende demonstrar é que cabe à gestante que não tenha restrição

de ordem física ou pessoal para a continuidade do labor, dar ao empregador a oportunidade para oferecer o emprego de volta e, com isso, dar concretude ao comando constitucional que prevê a estabilidade da gestante.

Embora possa parecer, à primeira vista, uma restrição de garantia alcançada a duras penas pelas mulheres, o que se quer, ao revés, é proteger o mercado de trabalho da mulher. Isso porque, a forma abusiva como algumas poucas mulheres utilizam seu direito, acaba por refletir em todo o mercado de trabalho, dificultando a contratação de mulheres.

Dessa forma, com tantos processos que são abertos na Justiça do Trabalho, as empresas que já veem dificuldade em contratar mulheres, por serem vistas como um risco para a empresa por sua gravidez e pelo tempo desprendido para os filhos e para o trabalho doméstico, ainda veem o risco aumentado de processos trabalhistas que demandem indenização, sem a possibilidade de reintegração para que a empresa se beneficie com os serviços prestados futuramente.

Isto posto, é necessário discutir a estabilidade da gestante e as garantias da mulher, para que, o mercado de trabalho desta não seja prejudicado por minoria que exerce seu direito de má-fé ou de forma abusiva. E avaliar os direitos do empregador de poder contar com a força de trabalho da mulher no lugar de indenizá-la no caso de comunicação da gravidez sem seu conhecimento.

## **DO DIREITO À REINTEGRAÇÃO OU À INDENIZAÇÃO DURANTE A ESTABILIDADE**

Discussões surgiram quanto à necessidade de ciência do empregador quanto ao estado gravídico da mulher. Para a teoria subjetiva, a estabilidade dependeria da comunicação, diferentemente da teoria objetiva que afirma que a ciência do empregador seria desnecessária (BRAIANI, 2005)

O Egrégio Tribunal Superior do Trabalho adota a Teoria Objetiva, conforme Súmula nº 244, supracitada, bem como o

Colendo Supremo Tribunal Federal, de acordo com o acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2023), cuja ementa segue transcrita:

EMPREGADA GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT, ART. 10, II, “b”). PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO EMPREGADOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. - A empregada gestante tem direito subjetivo à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT/88, bastando, para efeito de acesso a essa inderrogável garantia social de índole constitucional, a confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao empregador, revelando-se írrita, de outro lado e sob tal aspecto, a exigência de notificação à empresa, mesmo quando pactuada em sede de negociação coletiva (STF-AI 448572/SP – DJ 22/03/2004, p. 00053).

No mesmo sentido há manifestação do Tribunal Superior do Trabalho no texto da Orientação Jurisprudencial 399:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (DEJT divulgado em 02, 03 e 04.08.2010) O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estabilitário.

Na mesma linha, seguem julgados de Turmas da Corte Superior (BRASIL, 2023):

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. RITO SUMARÍSSIMO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. RECUSA À REINTEGRAÇÃO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA DEVIDA. 1. Constata-se haver transcendência, tendo em vista o desrespeito à jurisprudência desta Corte Superior. 2. Na hipótese, o Tribunal Regional manteve a decisão de primeiro grau em que julgado improcedente o pedido de indenização substitutiva da estabilidade da gestante ao fundamento de que “houve

recusa injustificada da parte-demandante para a reintegração no emprego, oferecida pela parte-ré". 3. Decisão regional em desconformidade com a pacífica jurisprudência desta Corte, no sentido de que não implica renúncia à estabilidade provisória da gestante a não aceitação, pela empregada, da proposta patronal de retorno ao emprego, visto que a garantia estabelecida no artigo 10, II, "b", do ADCT objetiva não apenas coibir ato discriminatório do empregador, mas também proteger o nascituro, razão pela qual continua a fazer jus ao pagamento da indenização substitutiva da garantia de emprego, correspondente aos salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-0010010-06.2021.5.18.0111, 1ª Turma, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 29/08/2022).

RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/2017. ESTABILIDADE PROVISÓRIA - GESTANTE - AUSÊNCIA DE INTERESSE EM RETORNAR AO TRABALHO - IRRELEVANCIA - INDENIZAÇÃO DEVIDA. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. Tratando-se de recurso interposto em face de decisão regional que se mostra em possível contrariedade à jurisprudência desta Corte, revela-se presente a transcendência política da causa (art. 896-A, §1º, inciso II, da CLT), a justificar o prosseguimento do exame do apelo. Na questão de fundo, cumpre pontuar que o artigo 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias garante à empregada gestante a estabilidade no emprego, desde a dispensa até 5 meses após o parto. Tal garantia se condiciona tão somente à ocorrência da gestação no curso do contrato de trabalho. Nesses termos, ao consignar que a ausência de interesse em retornar ao trabalho seria obstáculo à percepção da indenização substitutiva à garantia provisória no emprego, o Tribunal Regional violou o teor do artigo 10, II, "b" do ADCT. Precedentes, inclusive desta 7ª Turma. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-1001806-55.2017.5.02.0720, 7ª Turma, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 01/07/2022).

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE - RITO SUMARÍSSIMO - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - GESTANTE - RECUSA À REINTEGRAÇÃO - INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA DEVIDA - TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA Nos termos da jurisprudência desta Corte, a recusa de retorno ao trabalho não implica renúncia à estabilidade, sendo devido o pagamento da indenização substitutiva. A estabilidade provisória, nesse caso, tem por objetivo não só a proteção da gestante, mas também do nascituro, sendo, nessa esteira, irrenunciável. Recurso de Revista conhecido e provido" (RR-10337-38.2017.5.15.0122, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 10/06/2022).

Caso a empregada seja dispensada sem justa causa, o ato será nulo e determinada a sua reintegração, contudo, a depender do caso concreto, o juiz poderá, se desaconselhável a reintegração, convertê-la em obrigação de indenizar. Se passado o período de estabilidade, mas dentro do prazo prescricional de ajuizamento de ação trabalhista, o juiz estará vinculado à indenização (BRAIANI, 2005).

Assim, muito se discute quanto aos aspectos de abuso de direito ou má-fé no período estabilitário. Para Josserand, cujo posicionamento foi citado por Sílvia Rodrigues (1989, p. 54):

Haverá abuso de direito quando o seu titular o utilizar em desacordo com a finalidade social para a qual os direitos subjetivos foram concedidos. Pois os direitos foram conferidos ao homem para serem usados de forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição.

De acordo com Braiani (2005), “o ato abusivo, sem dúvida, diferencia-se do ato ilícito propriamente dito. Este viola os limites objetivos traçados pela lei, enquanto aquele, embora praticado dentro dos contornos definidos como legais, distancia-se da finalidade da lei”. Higa (2013) afirma que o abuso de direito é aplicável em todos os ramos do direito e ocorre quando o titular de algum direito o exerce de forma a afrontar princípios do direitos e causar lesão a terceiros.

O abuso de direito pode ser verificado na sentença proferida pela Juíza substituta Isabela Parelli Haddad Flaïtt, na 2ª VT de São Caetano do Sul-SP, em que a trabalhadora, assim que comunicou a gravidez, começou a faltar injustificadamente ao trabalho, levando à justa causa (BRASIL, 2021). Segundo a juíza, “a estabilidade gestante suscitada pela autora não é capaz de afastar a dispensa por justa causa. Não é aceitável que o direito da reclamante à permanência no emprego a imunize das penalidades que poderão advir de atos incompatíveis com a conduta profissional. Assim, a dispensa por justa causa repele a estabilidade gestante”.

Em relação à empregada gestante que reivindica o direito à indenização após o período estabilitário, Braiani (2005) afirma que: A finalidade da norma que assegura a estabilidade da gestante é a proteção à maternidade e ao nascituro, sendo que a referida proteção não se exaure simplesmente com o nascimento da criança, mas ao contrário, perdura ainda durante algum tempo, de modo que a empregada não estará agindo de forma contrária aos fins econômicos e sociais da norma se ajuizar ação após o término do período de estabilidade.

Não obstante, preconiza a autora que:

Se a empregada, intencionalmente, omite seu estado gravídico do empregador, com o objetivo de, futuramente, obter vantagem pecuniária sem a contraprestação do trabalho, esse ato praticado pela empregada é ilícito, enquadrando-se nas disposições do artigo 187 do Código Civil, e deve, por óbvio, ser reprimido ao ponto de, não apenas retirar-lhe o direito à reintegração e/ou indenização, mas também de impor-lhe a condenação pela má-fé utilizada para conseguir vantagem ilícita.

Assim, o ajuizamento da ação após o período estabilitário e antes de encerrar o prazo prescricional, sem a ciência do empregador quanto ao estado gravídico, pode criar oportunidades para atos que atentem a boa-fé ou mesmo atos ilícitos. Também podem criar tais oportunidades, ações propostas dentro do período estabilitário, porém em que a empregadora pleiteia apenas a indenização, mesmo que não haja motivo para negar a reintegração.

A omissão da gestação acarreta em ônus demasiadamente injusto ao empregador, pois ao não tomar conhecimento, não tem possibilidade de proceder à reintegração e contar com a força de trabalho da empregada gestante, preservando seu emprego ao mesmo tempo que possibilita a continuidade do negócio.

No caso julgado pelo Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho do TRT da 3ª Região, relator do RO 02611-2013-043-03-00-7, indeferiu a indenização da reclamante ao constar que ela não comunicou a gravidez ao realizar o exame demissional e nem ao

sindicato quando foi homologar a rescisão contratual. Além disso, levou quase sete meses para ajuizar a ação e, então, mesmo tendo sido notificada, deixou de comparecer e comprovar sua gravidez ao empregador, de modo a possibilitar a reintegração. A reclamante, ainda, havia recebido o salário maternidade do INSS e seguro desemprego no período em que requereu a indenização substitutiva (BRASIL, 2017). Segue acórdão proferido:

Diante da consideração ética e moral de que na ordem jurídica todos são sujeitos de direitos e de deveres/obrigações (art. 1º/CC), deve-se respeitar os princípios da boa fé objetiva e da lealdade contratuais (arts. 113 e 422/CC), e seus deveres anexos de informação e mútua assistência, hoje alçados à normas de ordem pública e cogentes (art. 2.035, § único/CC e Enunciados 24 da 1ª Jornada de Direito Civil STJ/CJF, 168 e 170 da 3ª Jornada de Direito Civil SJT/CJF), e que a proteção jurídica da maternidade é ao emprego, e não proteção/fomento às indenizações pelo ócio. (...) O desenrolar do processo demonstra que a autora, de forma deliberada, além de criar embaraços para que o empregador pudesse ter oportunidade de cumprir a lei, isto é, reintegrá-la ao posto de trabalho, efetivamente buscou se valer de sua condição de gestante para auferir, unicamente, a indenização relativa ao período da garantia constitucional.

As atitudes da empregada não demonstram mera recusa à reintegração, o que não afastaria seu direito à estabilidade, mas demonstra que a mesma agiu de maneira contrária aos costumes moralmente aceitos pelo direito ao criar embaraços para o empregador pretendendo apenas indenização e não a finalidade real do instituto da estabilidade (TRT 3 - Relator: Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho. RO 02611-2013-043-03-00-7 RO).

Em processo ajuizado na 4ª Vara do Trabalho de Mogi das Cruzes, o juiz Diego Taglietti Sales negou o pedido de indenização por estabilidade provisória, pois “ao descobrir a gravidez, a reclamante se utilizou de várias maneiras para não ser reintegrada e receber indenização do período de garantia de emprego sem executar o labor, mesmo tendo a ré ofertado o emprego e não havendo qualquer situação que impossibilitasse a reintegração (...) Restou evidente que a reclamante não buscava a

manutenção do emprego e agiu de maneira que refoge aos ditames da boa-fé” (BRASIL, 2021).

Em ação movida no Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, em que a reclamante ajuizou reclamação ainda em período de estabilidade pleiteando apenas a indenização, a empregadora afirmou que o intuito da ação era apenas o dinheiro e não a real finalidade da estabilidade que é a garantia de emprego. O Tribunal, assim, concordou com a reclamada, ao afirmar que a caberia reintegração ao serviço, porém ao buscar somente indenização ficou evidenciado seu interesse pecuniário sem prestar serviço, bem como ficando perceptível a caracterização do abuso de direito da empregada não sendo devida a indenização (TRT 18 - RO-0010853-45.2014.5.18.0004. Relator (a) Gentil Pio de Oliveira. DJ 30/10/2014).

No Processo nº 10006805920195020021, em maio de 2019 a empregadora entrou com ação de estabilidade, sendo que a dispensa sem justa causa havia ocorrido em março de 2018. A juíza Brígida Della Rocca Costa, da 21ª Vara do Trabalho de São Paulo julgou improcedente, alegando que “quando uma mulher descobre em maio de 2018 que está grávida, estando desempregada desde março do mesmo ano (...) espera-se que esta mulher, dignamente, utilize da boa-fé e comunique seu empregador que está grávida e que tem direito ao trabalho”. Assim, a mulher se inerte e sem comunicar empresa, começa a desmerecer tal princípio. Para ela, “a boa-fé não deve ser exigida apenas do empregador, mas também da empregada em qualquer relação de emprego” (BRASIL, 2019).

A 3ª Turma do TRT da 2ª Região teve o mesmo entendimento, ao afirmar que a garantia de estabilidade não ocorre quando a empregada recusa a reintegração, não tendo motivos para tal. No caso em questão, ao tomar conhecimento da gravidez, a empresa encaminhou termo para cancelar a despedida e para que a empregada voltasse ao emprego. A empresa, ainda, afirmou que reposicionaria a trabalhadora para atividades que não arriscassem a gravidez, o que foi negado. Conforme a desembargadora-relatora Mércia Tomazinho, “o empregador não pode ser responsabilizado por ato da empregada que inviabiliza o cumprimento da estabilidade que lhe é legalmente conferida, mormente quando comprovada a intenção da empresa em cumprir o ditame legal mediante oferta de reintegração de emprego”.

Outro caso julgado, foi o ajuizamento de ação após um ano do nascimento da criança, sem justificativa para a demora na

propositura da ação, e sem informar ao empregador sobre a gestação, restando assim, impossibilitada a reintegração. No referido caso, ficou evidente o interesse apenas na indenização pecuniária, sendo em primeira instância indeferido tal pedido, pois, devido ao Princípio da Segurança Jurídica, o empregador não pode ficar sempre submisso às normas protetivas, bem como a trabalhadora gestante pode ainda assim trabalhar (TRT 3 - RO 0001191-14.2013.5.03.0003. Relatora: Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos. DJ: 28/06/2015).

Dessa forma, com todo o exposto, se a empresa não tinha ciência do estado gravídico da empregada, e após um longo período de tempo é surpreendida com uma reclamatória pleiteando indenização, está-se diante de situação que contraria a finalidade da estabilidade e o princípio da segurança jurídica. Do mesmo modo, no caso de empresa que, sabendo da gravidez da empregada, busca reintegrá-la e tem a proposta não aceita sem motivo aparente, também há desvio de finalidade da norma e do princípio da boa-fé.

Surgem, então, discussões sobre como evitar que os abusos de direito ocorram, de maneira a apresentar soluções que contemplem tanto o direito do empregador quanto da empregada gestante, para que não haja resistência à contratação de mulheres. A Organização Internacional do Trabalho divulgou relatório sobre a disparidade global na busca de emprego entre gêneros, de modo que cerca de 15% das mulheres estão em busca de emprego. Esse índice aumenta em países em desenvolvimento, em que o percentual de mulheres que buscam emprego cresce para 24,9%. O percentual cai para 10,5% e 16,6%, respectivamente, em relação aos homens (OIT, 2023).

Segundo a OIT (2023), há diferença salarial global na ordem de a cada 1 dólar de renda masculina, as mulheres ganham apenas 51 centavos, sendo que a disparidade aumenta em países mais pobres, chegando a 29 centavos para cada dólar para as mulheres. Para a organização, isso reflete a disparidade de gênero nos mercados de trabalho, e indica que a participação das mulheres deve melhorar, expandindo o acesso ao emprego, melhorando as ocupações e

abordando as lacunas na qualidade do trabalho que as mulheres encaram.

Deli Júnior (2016) afirma que seguir a Orientação Jurisprudencial (OJ) 399 do TST, que dispõe que “o prazo para promoção de ação pleiteando os direitos decorrentes da estabilidade gestante é de dois (02) anos, uma vez que inexistente previsão dispondo diversamente”, pode abrir brechas para o enriquecimento sem causa, pois poderia ocorrer a demora premeditada da gestante na promoção da ação, demonstrando que o interesse é o recebimento do valor da indenização, e não o de ter assegurado direito ao emprego.

Assim, isso poderia ocasionar efeitos colaterais que irão prejudicar um número indeterminado de mulheres que terão plena desvantagem na concorrência de uma ocupação no mercado de trabalho. O empregador evitaria “contratar mulheres para composição de seu quadro de funcionários, vez que tais implicações além de parecerem demasiadamente abusivas, ocasionam situação de desvantagem do lado operacional e financeiro” (DELI, 2016).

Consoante Cassar (2021), uma das opções seria utilizar-se do momento da rescisão, para que o empregador entregue à empregada documento afirmando que será nulo o referido aviso caso a mesma esteja gestante, ou venha a ficar durante o curso de possível projeção de aviso prévio indenizado. Nessa situação a empregada voltaria ao trabalho em 30 dias, sob pena de estar abdicando à estabilidade gestacional e incorrendo em abandono de emprego. Isso garantiria o emprego e a proteção ao nascituro e à genitora em período de grande insegurança.

Outra alternativa é a apresentada por Lino (2013), que seria dar à funcionária a possibilidade de inclusão do teste de gravidez no exame demissional. O artigo 2º da Lei 9.029/1995 proíbe a exigência de atestados de gravidez para efeitos admissionais ou de permanência no emprego, mas não na demissão. Contudo, tal hipótese é controvertida. Seria uma das únicas formas de o empregador, no momento da demissão, ter certeza da gravidez da

empregada, mas pode haver certo constrangimento para a mulher ao realizar o exame.

O Projeto de Lei 6074/2016 que tramita no Congresso Nacional busca permitir a exigência de teste ou exame de gravidez por ocasião da demissão, de forma a garantir o exercício do direito à estabilidade de emprego à gestante. No mesmo sentido, a realização de exame de gravidez na demissão não configura dano moral tendo em vista que não gera dano evidenciado ou situação vergonhosa para a empregada, não caracterizando ato ilícito que enseja configuração de dano moral (TRT 3 - RO 01150-2014-033-03-00-9, Relator Desembargador Júlio Bernardo do Carmo, DJ: 27/02/2016).

Com a mesma compreensão, o Tribunal Superior do Trabalho postula que uma forma de o empregador se resguardar seria exigir o exame de gravidez do momento da demissão, para poder se assegurar de não estar dispensado gestante e, assim, evitar problemas futuros. O exame de gravidez no momento da dispensa não implica em ofensa à intimidade e dignidade da mulher, conforme reconhecido pela Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no Processo nº RR-61-04.2017.5.11.0010, DEJT 18/06/2021.

Outra hipótese seria interpretar a lei no sentido de que constitui abuso de direito o pedido de estabilidade apenas após o esgotamento do período. Frise-se que a garantia primeira é a de manutenção do emprego, para assegurar a subsistência da mãe e do nascituro, sendo devida a conversão em indenização apenas quando inviável a reintegração.

Nessa situação, descartou o documento assinado no aviso-prévio caso a empregada esteja grávida, bem como a possibilidade de exames de gravidez findo o contrato. A empregada comunicaria a empresa dentro do período estável para que houvesse a possibilidade da empresa, se este for de seu entendimento, requerer que a empregada volte ao seu posto de trabalho. Nesse caso, o motivo maior da garantia de estabilidade seria atingido, que

é a proteção da mãe e do nascituro, bem como evitar-se-iam casos de má-fé.

Ante o exposto, depreende-se que o direito da empregada gestante à estabilidade é de extrema relevância para a proteção ao nascituro e da genitora. Todavia, em alguns casos a empregada utiliza de seu direito de forma abusiva, de modo a contribuir para que se diminua a contratação de mulheres. Necessário, pois, que novas discussões sejam feitas, bem como que haja mais estudos sobre o assunto.

Dessa forma, analisando a legislação e jurisprudência, inúmeros casos foram apresentados em que a indenização do período gestacional foi negada, configurando má-fé da empregada por buscar apenas verbas de indenização.

Discussões foram desenvolvidas no sentido de apresentar soluções que contemplassem o direito tanto da empregada gestante, quanto do empregador. Uma das formas seria, conforme Cassar (2021) no momento da rescisão contratual firmar documento afirmando ser nula a rescisão caso a trabalhadora esteja gestante, ou venha a ficar durante o curso de possível projeção de aviso prévio indenizado, de forma a ter de retornar ao serviço, incorrendo na perda da estabilidade gestacional caso não regresse.

A segunda alternativa seria a possibilidade de inclusão de teste de gravidez no exame demissional, segundo Lino (2013). Essa hipótese, embora não gere dano moral e seja a forma mais precisa de se tomar conhecimento da gravidez a fim de evitar problemas futuros para o empregador, pode gerar constrangimento às trabalhadoras.

Em outra perspectiva, a alteração na interpretação da lei seria válida, pois ao examiná-la de forma a constituir abuso de direito quando a empregadora busca a estabilidade após o esgotamento do período já constituiria maior segurança ao empregador. A comunicação da gravidez da trabalhadora faria com que a empresa pudesse avaliar a reintegração da empregada ou tentar prever valores indenizatórios, evitando-se o abuso de direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de grande importância o direito da empregada gestante à estabilidade, pois promove a proteção ao nascituro e da genitora em período de grande insegurança, desde a confirmação da gravidez da empregada até 5 meses após o parto.

Necessário, todavia, analisar os casos em que o direito é utilizado de forma abusiva, corroborando com a disparidade global entre gêneros, em que o acesso ao emprego e a participação feminina no mercado de trabalho ainda é desproporcionalmente menor.

Em casos como o de empregadores que não sabem sobre a gravidez de mulher despedida e que são surpreendidos até dois anos após a rescisão contratual, e nos casos em que o empregador toma conhecimento durante o período estável e busca a reintegração da empregada, sem o aceite imotivado da empregada, buscando-se, nos dois casos apenas valores indenizatórios, sem a contrapartida do trabalho, discussões devem ser abertas quanto a abusividade do direito.

Em todos os casos, a garantia primeira da estabilidade da gestante seria mantida, que é a de manutenção do emprego, de forma a assegurar a subsistência da mãe e do nascituro, sendo devida a conversão em indenização apenas quando inviável a reintegração. Assim, seria garantido o direito da gestante, bem como mantido o princípio da boa-fé e segurança das relações, e diminuído o receio na contratação de mulheres. Necessário, ainda, que novas discussões e estudos sejam propostos, de forma a se fundar entendimento a ser seguido.

## REFERÊNCIAS

BRAIANI, Kátia Lirim Pasquini. A estabilidade da empregada gestante e o abuso do direito. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 27, p. 167-177, 2005.

Disponível em: <[http://www.trt15.jus.br/escola\\_da\\_magistratura/Rev27Art9.pdf](http://www.trt15.jus.br/escola_da_magistratura/Rev27Art9.pdf)>. Acesso em 27 fev. 2023.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)> Acesso em 27 fev. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 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: 27 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo338.htm#Trabalhadora%20Gestante%20Estabilidade%20Provis%C3%B3ria%20\(Transcri%C3%A7%C3%B5es\)](https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo338.htm#Trabalhadora%20Gestante%20Estabilidade%20Provis%C3%B3ria%20(Transcri%C3%A7%C3%B5es)). Acesso em: 27 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/importadas-2017/trabalhadora-que-demonstrou-resistencia-a-reintegracao-nao-recebera-indenizacao-substitutiva-da-estabilidade-da-gestante-09-01-2017-06-02-acs>> Acesso em: 1 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (Região, 2ª). Trabalhadora que passou a faltar ao trabalho após comunicação da gravidez não consegue reverter justa causa. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://ww2.trt2.jus.br/noticias/noticias/noticia/trabalhadora-que-passou-a-faltar-ao-trabalho-apos-comunicacao-da-gravidez-nao-consegue-reverter-justa-causa>

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (Região, 2ª). JUSTIÇA NEGA INDENIZAÇÃO A TRABALHADORA GRÁVIDA POR RECUSA DE REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://ww2.trt2.jus.br/noticias/noticias/noticia/justica-nega-indenizacao-a-trabalhadora-gravida-por-recusa-de-reintegracao-ao-emprego>

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (Região, 2ª). GESTANTE PERDE DIREITO A INDENIZAÇÃO POR NÃO TER COMUNICADO SUA CONDIÇÃO A EMPREGADOR APÓS SER DEMITIDA. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://ww2.trt2.jus.br/noticias/noticias/noticia/noticia-juridica-gestante-perde->

direito-a-indenizacao-por-nao-ter-omunicado-sua-condicao-a-empregador-apos-ser-demitida>

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2023. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?jsessionid=08C873D1DED66FC42EBE46F81473CC4A.vm153?conscsjt=&numeroTst=10538&digitoTst=05&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0012&consulta=Consultar>>.

Acesso em: 27 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2019. Disponível em: <[https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/id/24905573/pop\\_up](https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24905573/pop_up)> . Acesso em: 1 mar. 2023.

CASSAR, V. B. Direito do trabalho. São Paulo. Método, 2021.

DELI JÚNIOR (2016). O abuso no exercício do direito da estabilidade gestante e a orientação jurisprudencial 399 TST. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48345/o-abuso-no-exercicio-do-direito-da-estabilidade-gestante-e-a-orientacao-jurisprudencial-399-tst>. Acesso em: 20 mar. 2023.

GREGÓRIO, J. P. Os efeitos da recusa à reintegração ao emprego pela empregada gestante. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/347588/os-efeitos-da-recureintegracao-ao-emprego-pela-empregada-gestante>>. Acesso em: 27 fev. 2023.

HIGA, F. C. Abuso do direito na relação de emprego - uma visão teórico-sistêmica. RKL Escritório de Advocacia, 2013. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde030920185655/publico/gravacao\\_versao\\_completa\\_09\\_05\\_2011\\_Flavio\\_da\\_Costa\\_Higa.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde030920185655/publico/gravacao_versao_completa_09_05_2011_Flavio_da_Costa_Higa.pdf). Acesso em: 1 mar. 2023.

LINO, L. J. de O. Teste de Gravidez no exame demissional e a estabilidade da gestante. Blog Lino Advocacia, Bebedouro/SP, 2013. Disponível em: <http://linoadvogados.blogspot.com/2013/03/teste-de-gravidez-no-exame-demissional.html>. Acesso em: 1 mar. 2023.

MACHADO, C; PINHO NETO, V. R. The Labor Market Consequences of Maternity Leave: Evidence from Brazil. In: 39TH MEETING OF THE BRAZILIAN ECONOMETRIC SOCIETY, 2017, Natal-RN. Disponível em: <https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/>

files/the\_labor\_market\_consequences\_of\_maternity\_leave\_policies\_evidence\_from\_brazil.pdf

\_\_\_\_\_. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.OIT:desigualdades de gênero no emprego são maiores do que se pensava. 2023. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2023/03/1810927>. Acesso em: 15 mar. 2023.

RAMOS, W.Direitos da Trabalhadora Gestante.Disponível em: <<https://saberalei.com.br/direitos-da-trabalhadora-gestante/>>Acesso em: 27 fev. 2023.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 12<sup>a</sup> ed., atual., São Paulo: Saraiva, 1989, v. 4.

SANTOS, Fernando Ribeiro dos et al. Effects of clown activities on patients eligible for palliative care in primary healthcare. Revista Brasileira de Enfermagem [online]. 2021, v. 74, n. 05 [Acessado 12 Agosto 2021], e20200431. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0034-7167-2020-0431>>. Epub 28 Jul 2021. ISSN 1984-0446. <https://doi.org/10.1590/0034-7167-2020-0431>.

## EFICÁCIA DA PRISÃO CIVIL NA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

João Pedro Pedra Domingos  
João Carlos Lima de Oliveira  
Jaqueline Karina Rodrigues de Lima  
Fernando Coelho Mirault Pinto

### INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, o homem tende a viver em sociedade, segundo o filósofo Aristóteles, o homem é um ser político e, em decorrência disso, ele busca estabelecer relações sociais. Alguns estudiosos conflitam com esse pensamento e entabulam que a sociedade advém de uma formação artificial – Contrato Social de Thomas Hobbes, outros asseveram que por necessidade o homem naturalmente busca compartilhar sua existência com a coletividade.

A partir disso, independentemente do processo de formação dos agrupamentos sociais, o homem estabelece vínculos civis durante o lapso temporal de sua vida, assim, as obrigações firmadas geram direitos e deveres que devem ser respeitados e observados como preceitos norteadores na constância dessa relação civil.

Conquanto, por divergências de interesses, conflitos emergem durante esse vínculo e se consubstanciam em uma lide. Diante desse cenário, o Estado surge como o fiel da balança, isto é, o único capaz de pôr termo e reestabelecer a ordem dessa relação horizontal. Para isso, normas são criadas e com elas doutrinas e jurisprudências são fixadas, a fim de mitigar as lides civis. Notadamente do ponto de vista jurídico formal, a relação contratual permeia a existência de agente capaz, forma prescrita ou não defesa em lei, além de objeto lícito, possível, determinado ou determinável; quando esses requisitos de validade do negócio jurídico são atendidos, o contrato se materializa em uma obrigação

- certa, líquida e exigível-, nessa ordem de ideais, a lide surge quando encerra o termo ou quando a condição não é cumprida, persistindo o inadimplemento do devedor.

Dessa perspectiva, o legislador originário verificou a necessidade da criação de procedimentos especiais para solucionar essa problemática, assim, a execução se estabelece com a perspectiva de satisfação do credor e, conseqüentemente, a utilização de meios coercitivos pelo aparato estatal, a fim de promover o adimplemento do objeto da lide. Pontuado isso, a execução de alimentos é uma modalidade do processo executivo, tendo como finalidade dar efetividade a uma obrigação especial, qual seja, a obrigação de prestar alimentos, independentemente da origem voluntária, legítima ou mesmo ressarcitória.

A partir desse raciocínio cronológico, a execução de alimentos, sob a perspectiva da prisão civil, é temática que merece destaque nos atuais estudos acadêmicos, pois, ao passo que a sociedade se desenvolve, dívidas alimentícias se tornam comuns em decorrência das contemporâneas relações líquidas. Por se tratar de uma problemática progressiva na densidade populacional brasileira, esse artigo se volta ao estudo minucioso dessa modalidade de execução principalmente da eficácia dos instrumentos estatais para solução desse impasse. Não restam dúvidas que uma das questões de maior relevância nas relações civis é a aplicação da prisão civil pela violação de uma obrigação alimentar. Desse modo, este estudo analisará a sua eficácia ao caso concreto, além da busca por medidas alternativas a este instituto, a fim de que os alimentos sejam prestados de forma célere, eficiente e satisfatória.

## **EXECUÇÃO COMO MEDIDA DE EFICÁCIA DAS OBRIGAÇÕES DE MODO GERAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PRINCÍPIOS BASILARES**

É de conhecimento basilar que o processo executivo é de fundamental importância para o sistema jurídico brasileiro atual, posto que tem por finalidade proporcionar a satisfação de um

direito líquido e certo, o qual a parte autora busca mediante prestação jurisdicional.

A partir disso o processo de execução se consubstancia em um procedimento especial pelo qual o credor clama a satisfação de um débito tendo em vista o inadimplemento do devedor quanto a um título executivo. Rapidamente, é necessário salientar que o título executivo é um instrumento de previsão normativa que ao ser constituído confere adequação à ação executiva e permite a celeridade do recebimento do crédito.

A professora e doutora Tereza Cristina Sorice Baracho em seu artigo “História e perspectivas da execução cível no direito brasileiro” (2013) ensina que, como grande parte das origens e tendência brasileiras, a influência do continente europeu sempre foi uma realidade sobre os nacionais, para tanto não foi diferente quanto a evolução do nosso sistema executivo, o qual possuiu grandes afinidade com o direito português, este que colacionava duas espécies de execução diferentes, mas com objetivos similares.

Ainda sobe a perspectiva desse estudo, é possível inferir que na sequência evolutiva Portugal perde influência do seu sistema de execução sobre países europeus, apesar do desuso nesse continente, o Brasil se direciona na contramão dos países balizadores do mundo, de maneira que promove a manutenção desse sistema executivo em território nacional.

Com o transcurso do tempo, o direito processual brasileiro passou a adotar três formas executivas, entretanto, com a chegada do Código de Processo Civil de 1939, apenas duas dessas modalidades sobreviveram à reforma. O referido código inovou ao estabelecer o sistema unitário como meio de regulamentar o sistema processual por todo Brasil, assim, incisivamente fixando apenas um processo de execução autônomo para todas as espécies de execuções, no entanto, foi apenas em 1973 que as formas de execução foram sintetizadas em um novo estatuto processual. O aspecto material do crédito alimentar, voltado ao dever da colaboração financeira para garantia do mínimo existencial, estruturou-se em alguns diplomas legais, tal como, o Código Civil,

o Código de Processo Civil, a Constituição Cidadã, a Lei de Alimentos, dentre outros. A partir disso, verificou-se que o débito alimentício percorreu uma construção gradual no sistema jurídico brasileiro, assim, iniciaram-se discussões processuais no tocante a execução propriamente dita, de modo a se aproximar da atual obrigação de prestar alimentos.

Diante dessa evolução sistemática, faz-se necessário ressaltar alguns princípios importantes para execução dos alimentos, mas antes é imprescindível fixar que os princípios se consubstanciam em estrelas norteadoras das relações da ciência jurídica, com o fiel propósito de pacificar conflitos sociais ao balizar as interpretações das regras jurídicas. Depreende-se disso que o processo executivo possui princípios próprios que atribuem especificidades à compreensão e aplicação das normas. Em primeiro lugar, podemos destacar o Princípio da *Nulla Executio Sine Titulu*, o qual preleciona que não haverá execução sem título que o dê causa, isso se fundamenta na situação desvantajosa que o executado ficaria em relação ao exequente, sendo assim, este princípio confere maior segurança jurídica à parte passiva.

Em segundo lugar, é possível evidenciar o Princípio da *Nulla Titulus Sine Leges*, o qual elenca taxativamente os títulos executivos previstos na legislação, assim, não permitindo que as partes criem um novo título através da vontade mútua. Dentro desse contexto, há discussões doutrinárias com diversos fundamentos que estendem ou relativizam a taxativa do dispositivo que prevê os títulos, a fim de abranger a decisão interlocutória que concede tutela de urgência, mas não se discute a dívida alimentícia, o qual é um título incontestável.

Quanto ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tendo fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil e no Código de Processo Civil, objetiva a satisfação das necessidades essenciais do ser humano, coletivizando e, ao mesmo tempo, individualizando o mínimo existencial inerente a cada alimentado, sendo transponível os obstáculos para que o intento seja alcançado.

O direito alimentício provém do princípio da dignidade humana, ao passo que pelo senso comum, lhe é atribuído o sentido exclusivo de comida, no entanto, o sentido jurídico atribuí uma perspectiva mais ampla, posto que, para se viver com dignidade, não basta ter comida. É importante frisar o Princípio do Desfecho Único, o qual petrifica que a execução tem um único escopo, qual seja, a satisfação do direito do autor, dessa maneira - sendo o direito líquido, certo, exigível e determinado ou determinável - o processo terá uma sentença decisória ou um fim anômalo com o acolhimento dos embargos à execução. Sintetizando os demais princípios, ainda é necessário lembrar do Princípio da Disponibilidade, que permite o exequente a desistir integralmente da execução ou de alguma medida, sendo dispensado a concordância do executado; sendo de grande importância destacar que a desistência não pode ser confundida com a renúncia, aquela é de direito processual e está de direito material, assim podendo o autor ingressar com demanda idêntica em outro momento oportuno caso verifique o preenchimento dos pressupostos e os recolhimentos das custas.

O Princípio da Menor Onerosidade firma o entendimento de que o executado não sofrerá maior dano, do que aquele necessário para satisfação da dívida contraída, portanto, este princípio impede a utilização deste procedimento processual como ferramenta de vingança contra o alimentante.

Já o Princípio da Maior Eficiência do Processo, busca alcançar a plena satisfação o direito do autor com a maior celeridade e aproveitamento da demanda executiva, de modo que, na prática, a pressão psicológica é a mais utilizada através do instituto da prisão civil na tentativa de garantir o crédito alimentício; por vezes este princípio aparenta conflitar com o da menor onerosidade, entretanto, eles devem caminhar juntos e serem ponderados pelo aplicador da lei.

Tendo em vista isso, os princípios aqui expostos adquirem um grau de importância na execução de alimentos ao considerar que objetivam pacificar possíveis conflitos sociais ao balizar as interpretações das regras jurídicas e processuais, assim, não se

pode ingressar com um cumprimento de sentença ou mesmo um processo autônomo de execução sem que observe esses valores.

## CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO CÍVEL

Segundo o doutrinador e desembargador Cândido Rangel Dinamarco (1997, p. 115), o processo executivo caracteriza-se por uma série de atos, os quais tem capacidade de alcançar o patrimônio do devedor, a fim de atingir o resultado materialmente pretendido, vide:

[...] um conjunto de atos estatais através de que, com ou sem o concurso da vontade do devedor (e até contra ela), invade-se seu patrimônio para, à custa dele, realizar-se o resultado prático desejando concretamente pelo direito objetivo material.

Sob essa perspectiva é imprescindível estruturar que o Estado dispõe da adoção de algumas medidas para manutenção da força das decisões executivas, por meio de atos de coerção, sub-rogação, mandamentais e indutivos; de modo que o aplicar da lei utiliza as medidas necessárias para o cumprimento da sentença ou do título extrajudicial.

Partindo dessa sistematização, o juiz poderá utilizar-se de medidas executivas atípicas e típicas, tal como a penhora, a prisão civil no caso do devedor de alimentos, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, a inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes e o protesto de título judicial.

Dentre essas medidas, destaca-se a prisão civil, instituto respaldado no artigo 5º, LXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil e regulamentado pelos artigos 528 a 531 do Código de Processo Civil de 2015, configurando como uma das medidas mais aplicadas na busca da prestação jurisdicional do alimentado.

Para o doutrinador Arnaldo Marmitt (1989, p. 385), a prisão civil é uma ferramenta coercitiva simples, que subitamente impõe

suficiente pressão psicológica capaz de estimular o inadimplente a cumprir com a obrigação, contudo, a hipótese dever-se-á observar o binômio necessidade e possibilidade. Hodiernamente, já pacificado na doutrina e na jurisprudência, o débito alimentar autoriza a prisão civil do alimentante quanto a compreensão das três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. Ciente da aparente força cogente da prisão civil, cabe analisarmos a constitucionalidade desse apetrecho estatal.

É de notório conhecimento jurídico que a legislação constitucional e infraconstitucional, bem como a legislação internacional aplicada ao Brasil admitem e zelam pela aplicação desse instituto, nesta senda o Pacto San Jose da Costa Rica prevê em seu artigo 7º diz que, “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Depreende-se, dessa forma, que a obrigação alimentar é de fundamental importância no ordenamento jurídico pátrio e em âmbito internacional, haja vista que tutela o direito daqueles que dependem totalmente de outrem para garantir uma vida digna, conforme os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar.

Nesse ínterim, o Brasil é signatário de Tratados Internacionais que permitem a prisão civil do devedor de alimentos, sendo essas previsões ratificadas pela Carta Magna de 1988, no artigo 5º, inciso LXVII, “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Não havendo dúvidas quanto à constitucionalidade deste dispositivo, deve-se atentar ainda a declaração do Superior Tribunal de Justiça (RHC 101.008/RS), no sentido de que:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CUMPRIMENTO DE DECISÃO QUE ESTABELECE PRESTAÇÃO DE

ALIMENTOS EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. OBRIGAÇÃO DECORRENTE DE ATO ILÍCITO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. PRISÃO CIVIL DE DEVEDOR (CPC/2015, ARTS. 528 E 533). IMPOSSIBILIDADE. GARANTIA CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, LXVII). RECURSO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Antes de se considerar qualquer disposição legal a respeito do sensível tema da prisão civil por dívida, deve-se atentar para a sólida garantia constitucional inerente ao direito fundamental de liberdade do indivíduo, identificado por Karel Vasak, em sua reconhecida classificação, como direitos humanos de primeira geração. Em relação aos direitos de liberdade, ressaí o dever estatal de respeito, consistente em postura negativa, de abster-se de violá-los. Descabem, assim, interpretações normativas que conduzam as ampliações da exceção constitucional à ampla garantia de vedação à prisão civil por dívida.

Depreende-se disso que não há possibilidade de adesão da prisão civil prevista exclusivamente para o devedor de alimentos decorrentes de ato ilícito, como meio de coagir o devedor de alimentos de origem indenizatória proveniente de ato ilícito. Isso para poder promover a manutenção da harmonia com a excepcionalidade admitida pela Constituição da República - art. 5º, LXVII. Isso porque a natureza jurídica indenizatória difere da daquela embasada em laços de parentesco.

Dessarte, a constitucionalidade dessa ferramenta de coerção psicológica resta provada, sendo pacificado nos tribunais e claramente fixada na Constituição, bem como tendo os seus procedimentos elencados no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, contudo, sua aplicabilidade depende da origem do crédito alimentício.

## **CONCEPÇÃO JURÍDICA DE ALIMENTOS**

De acordo com o doutrinador Silvio Rodrigues (1983, p. 380), alimentos se caracterizam pela “[...] prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou espécie, para que possa atender as necessidades da vida”. Ao visar essa qualidade de vida, a estrutura que se busca definir é aquele que melhor se amolda à proteção do direito à vida e dignidade por meio da garantia do mínimo

existencial. Levando isso em conta, a prestação alimentícia vai além da carência de suprir as necessidades fisiológicas e de nutrientes do alimentando, se traduz por satisfazer todas as demandas essenciais para garantir a qualidade de vida do credor, isto é, prover o estudo digno, facilitar o acesso à saúde e moradia, além de permitir o desenvolvimento intelectual e moral.

Diante desses fatos, é importante reiterar o conceito de alimentos por meio de outro estudioso, o jurista Yussef Said Cahali (2002, p.16), o qual sustenta o entendimento de que o alimento é compreendido pelas "[...] prestações devidas, feitas para quem as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional)".

Indo além dessas prestações, o próprio professor Silvio Rodrigues, já mencionado, ainda especifica que os alimentos "[...] abrange também o vestuário, a habitação, assistência médica, enfim, todo o necessário para atender às necessidades da vida, e, em se tratando de menor, compreende também o que for preciso para sua educação e instrução" (1983, p. 421). Nota-se que o mínimo existencial possui uma abrangência que transpõe o elemento fome ou a acepção literal da palavra alimento. Muitas vezes o crédito alimentar não tem natureza de alimento, sendo necessário compreender a origem dos créditos alimentares, a fim de desmitificar essa temática tão discutida na modernidade.

## **CLASSIFICAÇÃO**

O crédito alimentar pode nascer de diversas relações, jurídicas ou não, que possuem embasamento em vários diplomas legais, sendo materialmente certo e processualmente discutido, mas o que será decisivo nessa relação processual é a origem desse crédito. Em decorrência das diversas classificações de alimentos, os quais culminam em várias espécies, a doutrina hodierna instituiu duas óticas para o referido estudo, permeando o campo do sentido lato (aquele proveniente de ato ilícito ou da vontade humana) e o

terreno do sentido estrito – aquele proveniente de laços familiares, isto é, obrigação decorrente de parentesco.

Acerca do exposto, a origem dos alimentos pode ser legítima, voluntária e ressarcitória; resumidamente, será legítimo quando suceder de relações familiares ou de parentesco; no tocante a origem voluntária, emana do ato de espontaneidade, podendo advir da relação de vontade “inter vivos” ou “causa mortis”, aquela é contratualmente pactuada pertencendo ao direito das obrigações; o alimento ainda poderá surgir de causa ressarcitória, o qual provém de um ato ilícito que gera sentença condenatória que indeniza outrem.

A maneira como surge a condição que incapacita um indivíduo de prover os próprios alimentos, determinará a pessoa que terá por obrigação legal prestar alimentos, assim, a classificação quanto a origem alimentícia é fundamental para estabelecer a legitimidade do alimentante.

É necessário destrinchar que os alimentos legítimos irão ter uma relação de parentesco, podendo ser devidos ao ascendente, ao descendente e até mesmo aos colaterais, havendo previsão, neste caso, dos colaterais de até quarto grau. É substancialmente importante lembrar que os alimentos gravídicos, os quais são considerados como assistenciais, decorrem de uma relação de parentesco, visto que a finalidade é alimentar indiretamente o filho que ainda não nasceu.

Apesar disso, não há qualquer previsão normativa que estabeleça uma relação hierárquica entre essas classificações, sendo que qualquer tentativa doutrinária ou jurisprudencial de selecionar por grau de importância, dever-se-á ser considerada ilegal, ao passo que, há decisões judiciais que mitigam a aplicação do instrumento da prisão civil a depender da classificação quanto a origem alimentícia.

## **FINALIDADE DA PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA**

Os alimentos são prestações para satisfação das necessidades mínimas daqueles que não pode provê-las por si. Isso significa que é absolutamente vital à vida do alimentado, compreendendo, assim, as despesas básicas como alimentação, saúde, habitação, além de abranger também outras necessidades que propiciam uma qualidade de vida harmônica com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, compreendendo as necessidades intelectuais e morais, sendo que essa prestação irá variar conforme a condição social e financeira do alimentante.

Nessa senda, é perceptível que a prestação alimentícia está intimamente ligada a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III, da Carta Magna Brasileira, dessa maneira, a finalidade principal dos alimentos é garantir a sobrevivência digna do ser humano.

## **EXECUÇÃO DE ALIMENTO NO ÂMBITO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL**

Notadamente do ponto de vista jurídico formal, o casamento é um instituto que regula as relações jurídicas entre os consortes, estabelecendo direitos e deveres que devem ser respeitados e observados como preceitos norteadores na constância do casamento. Entretanto, quando há uma ruptura dos vínculos conjugais - que se traduz pela regular convivência e observância de deveres entre os cônjuges - é comum que ocorra a separação matrimonial.

A partir disso, instituído o divórcio, é comum que um dos cônjuges seja intitulado por decisão judicial como responsável por prover o sustento dos filhos, isto é, arcar com as despesas essenciais. É necessário salientar que a pensão alimentícia não se relaciona exclusivamente a alimentos, mas também a necessidades básicas e essenciais para garantir a dignidade do beneficiado. Em

conformidade com o entendimento de Fredie Didier (2017, p. 714), processualista civil, existe uma tripartição da classificação quanto a origem dos alimentos, os quais podem ser legítimos (decorrentes de lei), voluntários (provenientes de um negócio jurídico), impróprios (que se traduz por uma indenização decorrente de um ilícito).

Partindo da premissa de que os alimentos configuram o escopo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tutelando a subsistência de um indivíduo, é perceptível que urge um procedimento eficiente e célere para que a obrigação alimentícia possa garantir o direito à vida.

O magistrado poderá fixar alimentos por meio de ato judicial, os quais poderão ser provisórios ou definitivos. Da mesma forma, as próprias partes poderão transacionar, de modo assumir uma obrigação alimentícia. Nessa ordem de ideias, quando a parte provedora deixa de cumprir sua obrigação, que foi firmada em sentença judicial, o beneficiário-credor pode exigir o cumprimento da sentença para que tome para si o crédito, valendo-se do Estado para que este imponha meios coercitivos para efetivar o cumprimento da obrigação; diante disso, a referida execução só poderá ocorrer em crédito de alimentos de espécie de natureza legítima ou voluntária, os quais se originam de procedimentos distintos, ou seja, que deriva do processo cognitivo ou que se origina de título executivo extrajudicial amparado por lei, formando um processo autônomo.

No entanto, antes de firmar o entendimento do Novo Código de Processo Civil acerca da execução alimentícia, é importante distingui-la do cumprimento da sentença que reconhece a exigibilidade da obrigação de prestar alimentos, haja vista que é comum verificar a confusão desses “institutos”. aduzindo para uma linguagem mais simples, a inadimplência de uma obrigação constante em um título executivo judicial, que pressupõe a existência de um processo cognitivo, pode dar ensejo a uma nova fase da execução por ser sincrético ao processo de conhecimento. Conforme o artigo 528, parágrafo 3º do Código de Processo Civil,

o Estado pode se valer da prisão civil, como ato de coerção para o adimplemento e ato de punição do devedor, desde que o exequente ou o Ministério Público requeira.

Depreende-se disso que o inadimplemento da obrigação alimentar, proveniente de um ato judicial, autoriza a decretação da prisão civil, ao passo que, será viabilizado quando o alimentando não arcar com a referida obrigação, deixando de provar que efetuou ou mesmo deixando de apresentar justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, conforme dispõe o artigo art. 528, § 1º e §3º do Código de Processo Civil de 2015.

O cumprimento da sentença, isto é, de decisão judicial, ainda poderá ocorrer através da modalidade de penhora, medida que atingirá o patrimônio do devedor, ao passo que afastará a aplicação do instituto da prisão civil, segundo o § 8º do art. 528 do CPC.

Mas vale frisar que antes de qualquer ato punitivo, o devedor deve ser intimado para que quite o débito ou prove o pagamento ou justifique a impossibilidade de realizá-lo, com o decurso desse prazo, não havendo manifestação por parte do executado, este será submetido a medida punitiva de prisão civil de 1 a 3 meses, desde que observados os requisitos supracitados, por fim, se essa medida não for suficiente para que haja o adimplemento, dever-se-á realizar o aresto e a penhora dos bens, assim, atingindo diretamente o patrimônio do devedor. A cerca disso, o Código de Processo Civil entabula que nessa perspectiva, quando o crédito alimentício é voluntário, ou seja, proveniente de um negócio jurídico que constitua título executivo extrajudicial, esta dará ensejo a um processo autônomo, o qual denominar-se-á Processo de Execução de Alimentos. Isso se amolda perfeitamente ao artigo 911 do CPC:

Na execução fundada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar, o juiz mandará citar o executado para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.

É evidente a similaridade inicial desse procedimento com o de cumprimento de sentença, ao passo que também é evidenciado a distinção, pois, está expresso a necessidade da citação do executado, o que ratifica ser um processo autônomo. Ressalta-se que as principais diferenças se fixam na possibilidade de o exequente requerer o desconto do débito alimentar diretamente da folha de pagamento do executado, caso este seja militar, funcionário público ou gerente de empresa.

Além disso, o Código de Processo Civil inova ao vislumbrar, nos termos do artigo 913, que se a execução não for requerida, poder-se-á realizar a execução por quantia certa, tendo por consequência a expropriação dos bens do devedor para satisfazer o exequente. Dessa forma, é inegável a importância do crédito alimentar para manutenção da vida e da dignidade - reconhecida como o mínimo existencial - haja vista a proteção jurídica que o legislador atribui a essa temática.

Diante disso, quanto ao título extrajudicial o art. 911, CPC, expressamente contempla que na “execução fundada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar”, aplica-se também as disposições pertinentes à prisão civil. Isso fundamenta a possibilidade da utilização desta medida coercitiva no âmbito de um acordo de divórcio, separação ou extinção de união estável, além da convenção por documento particular, com a assinatura de duas testemunhas, bem como no caso de transação, onde há também a assunção desse compromisso.

## **FORMAS DE SATISFAÇÃO DO CRÉDITO ALIMENTÍCIO**

O Código de Processo Civil de 1973 previa a prisão cível como única medida que coagia o alimentante a pagar o crédito alimentício, com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e de legislações específicas, novas modalidades de coerção foram criadas e impostas ao devedor de alimentos, com o fito de originar mecanismos mais eficientes para satisfação do alimentado.

Hodiernamente, o credor dispõe de ação de alimentos, execução por quantia certa, desconto em folha de pagamento da pessoa obrigada, reserva de aluguéis de prédio da pessoa alimentante, protesto e prisão civil do devedor, como modalidades para satisfazer a pretensão.

Diante dessas inovações e com uma análise sistêmica da obra literária “A prisão civil do devedor de alimentos: constitucionalidade e eficácia”, do promotor de justiça militar Marcos José Pinto, torna evidente que a prisão do devedor fixada sobre os preceitos constitucionais é medida de exceção absoluta, isto é, *última ratio*, dessa forma, devem ser exauridas todas as modalidades alternativas, antes da restrição à liberdade. O promotor ainda discorre que (2017, p. 18):

[...] existem alternativas mais eficazes, como a sumária execução patrimonial dos bens do devedor, o sequestro de valores da sua conta-corrente bancária, do saldo de seu FGTS, o arresto de seus bens, a penhora on-line. Enfim, uma série de outras medidas são possíveis, cabíveis, mais efetivas e perfeitamente viáveis [...].

Na execução de alimentos, a proteção entabulada pelo legislador originário visa a garantia da subsistência do alimentando, assim, o texto constitucional teoricamente não atribui o instituto da prisão civil como uma espécie de sanção, mas atua como medida de coerção e repressão, a qual visa “compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação civil, qual seja, a pensão alimentícia, que tutela o bem maior, isto é, a vida.” (Nascimento Júnior; Nunes, 2018). Na prática o devedor sofre consequências similares quando considerada como um instrumento punitivo.

Nessa senda, o Código de Processo Civil estabeleceu a possibilidade de restrição de liberdade em um prazo de um a três meses, seja ao tratar do cumprimento de título judicial, seja ao estabelecer o procedimento sobre a execução por título extrajudicial que se consubstancie em crédito alimentar, tendo as previsões dos artigos 528 e 911 do CPC.

De acordo com o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça (309), “o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”. Seguindo a perspectiva de pressionar psicologicamente o alimentante, o código prevê que o cumprimento dessa medida ocorrerá inicialmente no regime fechado, com a ressalva de que o apenado ficará separado dos presos comuns.

Levando em consideração o entendimento doutrinário já apresentado e a previsão normativa do artigo 528 do CPC, torna-se evidente que o sistema processualista civil, autoriza e aparentemente prioriza a aplicação precoce do aparato da prisão civil, no entanto, é importante analisar que a privação da liberdade do devedor pode impossibilitá-lo de buscar meios necessários para a adimplência do que é devido.

Por um lado, a prisão é medida que impossibilita o devedor de alimentos de laborar, auferir renda para quitar e satisfazer a obrigação, por outro, se ele é preso e paga a dívida, é porque tinha meios para fazer, assim, o Estado deveria ter utilizado uma medida menos intensa para forçar o devedor a pagar, para tanto, a primeiro momento utilizando um instrumento menos hostil. Em consonância com as observações de Didier, Braga e Oliveira (2008, p. 426):

Diante do valor inerente à liberdade individual, a prisão civil, e isso é um ponto pacífico para os que, como nós, a admitem como medida coercitiva atípica, só deve ser utilizada em último caso, quando não foi possível alcançar a tutela específica ou o resultado prático equivalente por nenhum outro meio. Ao visar a garantia constitucional ao direito fundamental à liberdade, o instituto da prisão civil deve ser a última e não a primeira medida a ser aplicada. Haja vista que, a mera restrição de liberdade não solucionará de imediato uma questão patrimonial; o que se deve buscar, em primeiro momento, é a aplicação de uma medida razoável, proporcional e adequada, de modo que seja exaurido todos os meios compulsórios patrimoniais antes de cogitar a prisão. Isso facilitaria a satisfação do crédito, garantindo o direito constitucional social ao alimento, bem como promovendo a manutenção não só da dignidade do alimentado, mas

também, do alimentando, além de preservar o princípio da última ratio. Em território brasileiro, a legislação vigente prevê a penhora como um procedimento para garantir o cumprimento da obrigação alimentar. Sua aplicação deriva de uma ordem judicial que bloqueia bens ou valores pertencentes ao alimentante, assim, sendo feitos em proporção suficiente para suprir a satisfação do débito, de modo que os valores são repassados ao credor de alimentos.

Nessa perspectiva, o procedimento da penhora segue uma ordem no cumprimento de sentença, no qual, primeiramente, é analisado o pedido e a causa de pedir pelo magistrado e posteriormente é determinado as medidas cabíveis para assegurar o pagamento do débito.

Existem diferentes formas de satisfazer o débito alimentar, dentre elas é possível destacar o procedimento do desconto em folha de pagamento, o qual consiste em descontar o valor fixado a título de alimentos diretamente dos rendimentos do devedor, no entanto, é necessário observar que essa medida poderá ser empregada ao devedor que possui renda fixa, se não comprometer a subsistência desse.

Acerca desse instrumento de coerção, é preciso consolidar que o art. 529 do novo CPC e seu parágrafo §3º dispõe que:

Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia. § 3º Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do caput deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.

Depreende-se que são requisitos para requisição e aplicabilidade dessa medida, a condição de ser funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, além desse desconto não ultrapassar o limite de 50% dos ganhos líquidos mensais do alimentante. Com isso é notório o esforço do legislador em conferir uma ampliação dos

meios para atribuir a exequibilidade e eficiência na satisfação desse direito fundamental.

Caso alguma dessas medidas executivas falhe, o magistrado ainda pode se valer de medidas atípicas, sendo alternativas que fogem da aplicação convencional para satisfação do débito, ao passo que trazem viabilidade para prestação jurisdicional do alimentado e afastam a aplicação precoce da medida de privação de liberdade, isto é, da prisão civil. Nesse contexto, embora a legislação hodierna não forneça uma relação exaustiva dessas medidas, o aplicador da lei, através da sua discricionariedade, pode se valer de institutos como a alienação antecipada de bens, a expropriação de renda futura e o arresto de bens.

## **ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL**

É indiscutível que a prisão civil é uma medida prevista no ordenamento nacional que objetiva cumprir com uma obrigação alimentar voluntária ou legítima. Embora seja um instrumento de coerção que tenta compelir o devedor a cumprir com sua obrigação, mostra-se evidente que é uma medida radical, assim, tem por escopo uma repressão extrema que merece cuidado na aplicação. No entanto, o que se discute não sua abolição da atual legislação, mas é a sua eficiência quando em comparação com outras medidas.

Segundo o entendimento do advogado Pena Júnior (2008, p. 359) não é difícil observar a desproporção da eficiência da aplicação da prisão civil com a eficiência da aplicação de medidas que atinjam o patrimônio do devedor, sendo está mais vantajosa para satisfazer a pretensão inicial. Ele aduz que:

Se o devedor de alimentos é solvente, deve-se atacar seu patrimônio. Abalar sua condição econômico-financeira, seja pela expropriação de seus bens, da aplicação de multa diária, de anotações restritivas ao seu nome nos serviços de proteção ao crédito e nas instituições bancárias e por outras medidas cabíveis. gora, tudo isso de maneira uniforme e urgente. Diante disso, o advogado entende que atacar o patrimônio do devedor de

alimentos é sem dúvida a estratégia mais eficiente no combate à sonegação da prestação alimentícia. Ele ainda acrescenta que:

Fazer da prisão civil meio de coerção pessoal para o devedor de alimentos, equiparando-o a um criminoso qualquer, é de uma violência medonha. [...] contra a prisão civil do devedor de alimentos, principalmente por uma questão de respeito à dignidade dessas pessoas, porém ferrenhos defensores de providências imediatas e eficazes de combate à sonegação da prestação alimentícia.

Posto isso, qualquer medida que prejudica a liberdade produzirá efeitos negativos sobre o apenado, assim, para o detido não faz diferença se a prisão é de natureza civil ou penal, portanto, além da baixa eficiência desse instrumento para o cumprimento da obrigação de caráter patrimonial, há uma clara aplicação de medida extrema que muitas vezes é o primeiro instrumento usado pelo Estado. Em face do exposto, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 390-391) discorrem que:

Entre todas as técnicas destinadas à execução da obrigação alimentar, a prisão civil é a mais drástica e a mais agressiva ao devedor, de modo que a sua adoção somente é possível quando não existirem outros meios idôneos à tutela do direito. Isto pelo simples motivo de que os meios de execução se subordinam às regras do meio idôneo e da menor restrição possível.

A desproporcionalidade da prisão civil por dívida alimentar é um tema que tem ganhado notoriedade frente a justiça brasileira, é possível visualizar uma evolução nas decisões judiciais, de modo que alguns magistrados começaram a adotar uma postura mais cautelosa e restritiva na aplicação dessa medida, buscando, para tanto, ponderar e levar em consideração os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e adequação. A partir dessa gradual evolução, o que se espera é que a justiça tenda a esgotar todos os meios compulsórios patrimoniais antes de executar uma ordem de prisão, nesse sentido, o desembargador Cezar Peluso, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, em decisão da 2ª Câmara Civil do TJSP - RT 631/115 – reconheceu que:

Não se justifica a modalidade extrema da prisão civil do devedor de alimentos que possui disponibilidades suscetíveis de arresto e penhora cuja efetivação garante a satisfação imediata do credor. Tal modalidade coercitiva só é cabível em caso de frustração de execução pelo devedor.

Nessa mesma linha de raciocínio, inúmeros julgados consolidam entendimentos que caminham no mesmo sentido, como por exemplo o RSTJ 24/166, o 456/368 e o 468/297. Diante dessa perspectiva o Desembargador Relator Cunha Bueno, TJSP, RT 529/301, em Câmara Conjunta Criminal, em unanimidade, fixa que:

Estando a ação de alimentos em fase de execução e oferecendo o devedor bens à penhora, não pode ser decretada sua prisão civil antes de decidir o juiz sobre aquela oferta. Isso porque a prisão civil do alimentante relapso é exceção à regra de que não haverá prisão civil por dívida, devendo, pois, a medida ter aplicação restrita, obedecendo, na sua aplicação, a todas as cautelas e formalidades legais.

A fim de enriquecer essa argumentação, Rios (2010, p.9) ensina que ao fazer alusão ao Direito Comparado, analisando o tema em território português, nota-se que há muito tempo o instituto da prisão civil deixou de existir em seu ordenamento, de modo que o encarceramento não é vislumbrado como medida mais efetiva para atingir o patrimônio do devedor. Seguindo esse raciocínio, Lucas Machado (2019) explica que:

Antes, a coercibilidade da prisão civil se apresentava como a única medida inibitória ao implemento das obrigações alimentares pelo cônjuge ou genitor em mora. Agora, com o novo Código de Processo Civil em vigor, os alimentos estão mais protegidos, a dignidade do credor alimentário se coloca melhor tutelada e novas medidas processuais inibitórias ao incumprimento da obrigação podem ser implementadas, a tempo instante.

É evidente que o legislador flexibilizou as técnicas executivas e modernizou os instrumentos de coação para adotar medidas mais adequadas de satisfação do crédito; o advogado e escritor José Roberto Santos (2003, p.68) ainda complementa acerca da efetividade que os novos instrumentos trazem para o cumprimento

do débito, fixando que “quanto mais tivermos procedimentos adequados às especialidades da tutela pleiteada, mais próximos estaremos da justiça substancial, isto é, mais o direito processual se aproxima do direito material, com vista a assegurar, com eficiência, a efetividade deste”. Apesar do tendente posicionamento de afastar a aplicação da prisão civil de imediato, há muitos doutrinários que vão de encontro das ideias ora apresentadas, compreendendo que a natureza desse instituto se afasta do caráter punitivo do direito penal e se amolda ao caráter preventivo e coercitivo da esfera cível, defendendo, para tanto, que a inserção de uma medida drástica tem a capacidade de tornar os inadimplentes mais responsáveis com as obrigações contraídas. Dessa maneira, é

possível citar o respeitável jurista Pontes de Miranda (1976, p. 483), o qual reconhece que nossa legislação atual enunciou a prisão civil “não como medida penal, nem como ato de execução pessoal, e sim como meio de coerção”.

Para o procurador de justiça Sergio Shimura (2001, p. 674), a prisão deve ser entendida com uma medida capaz de alcançar a proteção de um direito fundamental e fazer cumprir decisões judiciais.

[...] é preciso interpretar a prisão como forma de concretização do direito fundamental à tutela efetiva, e não apenas como uma odiosa lesão ao direito de liberdade. Realmente, a prisão, no caso, não tem a ver com dívida. Trata-se de meio coercitivo para cumprimento das determinações judiciais.

Através de um estudo minucioso do Curso Avançado de Processual Civil dos doutrinadores Talamini e Rodrigues (2013, p.609) o enérgico meio coercitivo da prisão “Trata-se de forma de pressão psicológica sobre o ânimo do devedor, para obrigá-lo ao cumprimento da prestação.”. Por conseguinte, a pressão psicológica age como um instrumento que ameaça o devedor a cumprir com a obrigação que é devida. Nessa mesma perspectiva segue a lição de Yussef Cahali (2013, p. 735),

a prisão civil não passa de uma medida coercitiva com finalidade econômica “não para puni-lo, como se criminoso fosse, mas para forçá-lo indiretamente a pagar, supondo-se que tenha meios de cumprir a obrigação e queira evitar sua prisão”. Nessa ordem de ideias o Estado-Juiz objetiva coagir o devedor ao cumprimento de sua obrigação mediante ameaça de restrição da liberdade, assim, podendo aprisionar em regime fechado por até três meses, conforme preleciona o art. 528 do CPC.

Nesse ínterim, diante das argumentações supracitadas é possível observar que existe uma discussão acerca da natureza da prisão civil, contudo o ponto que envolve maior debate está centrado na eficiência dessa medida e conseqüentemente na prioridade de aplicação desse meio coercitivo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este estudo científico teve como objetivo analisar a eficácia da prisão civil na execução de alimentos, coletando-se, para isso, diversos entendimentos doutrinários e um compilado de informações acerca da execução alimentícia. Ao concluir este estudo, ressaltam-se algumas considerações finais importantes para dar propriedade ao trabalho.

Primeiramente, é possível averiguar que o instituto da prisão civil é um instrumento legal utilizado para coagir o devedor de alimentos a cumprir uma obrigação patrimonial. Apesar desta ferramenta legalmente ser reconhecida no Brasil, sua eficácia tem sido objeto de muitas discussões jurídicas. Ao longo do desenvolvimento desta pesquisa, é possível analisar os principais argumentos de reconhecidos juristas brasileiros que defendem a eficácia da prisão civil e daqueles que contrariam a aplicação dessa medida. De um lado os críticos indicam que a aplicação da prisão civil muitas vezes ocorre de maneira desproporcional, assim, argumentam que a aplicação dessa modalidade extrema é a primeira arma lançada pelo estado no combate à dívida alimentícia. Além disso, questionam a eficácia desse instrumento

quando em comparação a outros meios de satisfação da pretensão do alimentado.

Por outro lado, os defensores, dessa medida coercitiva discorrem sobre a necessidade de garantir o cumprimento da obrigação assumida. Possuem a convicção de que a ameaça da prisão estimula os devedores a atuarem de forma mais responsável, sendo que o principal incentivo é o medo de ter a liberdade tolhida.

Conquanto, a partir de uma análise minuciosa dos levantamentos aqui entabulados, tornou-se evidente que a eficácia da prisão civil varia de acordo com o caso concreto, devendo o aplicador da lei atentar-se ao equilíbrio entre a necessidade de garantir a satisfação da obrigação e a possibilidade do agente em arcar com o débito de imediato, dada a urgência do crédito, de modo que, se o devedor tem a possibilidade de patrimonialmente satisfazer à dívida, deve-se exaurir todas as medidas diversas da prisão, a fim de atingir o patrimônio do sujeito passivo com maior destreza e preservar a dignidade do alimentado e do alimentante.

Por fim, cabe salientar que a eficácia da prisão civil é um tema complexo, o qual envolve duas linhas de raciocínio jurídico que aparentemente são conflitantes, mas que em sua essência buscam a mesma coisa, isso é, a garantia de que o alimentado tenha seu direito assegurado com a maior celeridade possível.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. A nova ação de alimentos, Ed. Forense, Rio de Janeiro-São Paulo, 2a ed., 1969, p. 64, no 18.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 68

CAHALI, Y. S. Dos alimentos. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 735 p.

CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<https://>

conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/57379/medidas-diversas-priso-civil-por-dbito-alimentar-como-instrumentos-mais-ficazes-satisfao-do-crdito-do-alimentado>. Acesso em: 5 maio. 2023.

DIDIER, Fredi. Curso de Direito Processual Civil. 2017. Volume 5. Cap. 21. p. 714

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil, 5ª edição SP: Editora Malheiros, 1997. p. 115.

IBDFAM: A prisão civil por dívida de alimentos e o estado de coisas inconstitucional. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1655/A+pris%C3%A3o+civil+por+d%C3%ADvida+de+alimentos+e+o+estado+de+coisas+inconstitucional>>.

LOPES, R. K. A execução de alimentos no novo código de processo civil. Disponível em: <<https://rkadvocacia.com/execucao-de--no-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 1 maio. 2023.

LOPES, R. K. A origem do crédito alimentar e os meios de execução direto e indireto. Disponível em: <<https://rkadvocacia.com/origem-do-credito-alimentar-e-os-meios-de-execucao-direto-e-indireto/>>. Acesso em: maio. 2023.

\_\_\_\_\_. Medidas executivas atípicas e o entendimento do STJ - Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-superiores/318956/medidas-executivas-atipicas-e-o-entendimento-do-stj>>.

Miranda, P. Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1976, p. 483.

MACHADO, Lucas. Novo CPC: Prisão Civil como medida atípica de execução de obrigações de fazer ou não fazer. Disponível em: <<https://lucasfmachado.jusbrasil.com.br/artigos/450120070/novo-cpc-prisao-civil- como-medida-atipica-de-execucao-de-obrigacoes-de-fazer-ou-nao-fazer>>. 2019.

NASCIMENTO JUNIOR, Jaime Meira do; NUNES, Renata Cristina da Silva. Breve Reflexão sobre Possíveis Alternativas à Prisão Civil do Devedor de Alimentos. Revista Justitia, ISSN 0101-949X. São Paulo, v. 204, n. 204-6 (70), 01 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Os novos meios de coerção para execução do devedor de alimentos. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56499/os>>.

novos-meios-de-coercao-para-execucao-do-devedor-de-alimentos-presentes-no-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 5 maio. 2023. Direito das pessoas e das famílias (doutrina e jurisprudência). São Paulo: Saraiva, 2008.

PINTO, Marcos José. A prisão civil do devedor de alimentos: constitucionalidade e eficácia / Marcos José Pinto. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2017. P. 18

RODRIGUES, B. et al. A Ineficácia da Prisão Civil. Disponível em: <<https://unisaiesiano.com.br/aracatuba/wp-content/uploads/2020/12/Artigo-A-Ineficacia-da-prisao-civil>>. Acesso em: 20 março. 2023.

RODRIGUES, S. Direito Civil. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 374.

RODRIGUES, S. Direito Civil: direito de família, 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, V. 6. p. 374.

RODRIGUES, W. L.; Talamini, E. Curso avançado de processo civil. Execução. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 2. v, p. 609.

\_\_\_\_\_. STJ RHC: 101.008 RS, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento:

17/11/2020, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: Dje 27/11/2020

SHIMURA, Sérgio Seiji. Efetivação das tutelas de urgência. In Processo de Execução. Coord. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 674.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho Et.al; História e perspectivas da execução cível no direito brasileiro. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12945](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12945)>. Acesso em maio de 2023.

RIOS, A. B. Desajuste jurídico e social da prisão civil do devedor de alimentos. Monografia. 2010



# FUNÇÃO REGULATÓRIA DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES, COM VISTAS À PROMOÇÃO DA SUSTENTABILIDADE

Gabriel Espíndola Lopes Pereira  
Jaqueline Karina Rodrigues de Lima  
Ana Cristina Fernandes Martins de Oliveira  
João Carlos Lima de Oliveira

## INTRODUÇÃO

Considerando a quantidade massiva de aquisições realizadas periodicamente pelo Poder Público, o qual acaba dispondo, em pelo menos na maior parte dos setores, de grande capacidade em induzir como esses contratos serão orquestrados no mercado. A Administração Pública é detentora do condão no desenvolvimento das relações de aquisição de bens, contratações de serviços e obras. Dessa forma, é constituído o preceito da função regulatória da nova Lei de Licitações e Contratos no 14.133, de 1o de abril de 2021.

A presente monografia tratará da função regulatória da Nova Lei de Licitações no 14.133/2021, no que diz respeito ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável, princípio esse já previamente estabelecido com a alteração promovida pela Lei no 12.349/10 no art. 3o, caput, da Lei no 8.666/1993, a qual vigorou até 1o de abril de 2023, e onde foram dispostos os novos procedimentos licitatórios que visam proteger o meio-ambiente, erguendo-se o tripé da sustentabilidade que engloba o ambiental, social e econômico.

Além de consolidar a norma anteriormente vigente, há também uma série de inovações em relação ao princípio da sustentabilidade promovidas pela Lei no 14.133/2021 capazes de transformar o cenário das Licitações, no entanto dependem da sua boa aplicação por parte dos gestores públicos, juristas e Tribunais para implementar objetivos e normas.

Neste contexto, com a promulgação da Lei no 14.133/2021, a qual veicula a nova Lei de Licitações (NLL), surgiu então a necessidade de examinar se as mudanças legislativas realmente evoluíram nos quesitos de sustentabilidade em relação à Lei no 8.666/1993, ou seja, se houve um avanço ou retrocesso na nova conjuntura trazida pela NLL. Para tal finalidade, serão abordadas as extensões e fundamentos que regem a sustentabilidade e, posteriormente, indagar acerca das disposições adotadas na NLL com base em doutrinas, marcos normativos e jurisprudenciais.

A presente indagação busca investigar se a função regulatória estabelecida na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei no 14.133/2021, efetivamente assegura a promoção da sustentabilidade no âmbito das contratações públicas. Para tanto, é necessário realizar uma análise profunda acerca das disposições legais contidas na referida norma, identificando possíveis avanços em relação à Lei no 8.666/1993, a qual regia o tema anteriormente.

Dessa forma, é preciso levar em consideração que o objetivo principal da Lei no 14.133/2021 é modernizar e aprimorar as normas de licitações e contratos administrativos, estabelecendo novos critérios e práticas mais eficientes e transparentes. Não obstante, a promoção da sustentabilidade assume papel fundamental, visto que se torna cada vez mais urgente a adoção de práticas sustentáveis em todas as esferas da sociedade, inclusive na esfera pública.

A análise crítica e comparativa entre as legislações é imprescindível para a verificação da evolução da convergência dos conceitos de licitação e sustentabilidade. Isso requer uma avaliação minuciosa dos elementos jurídico normativos de ambas as leis, bem como uma investigação profunda sobre a aplicação prática dessas normas nas contratações públicas, a fim de se averiguar se há uma efetiva incorporação dos critérios de sustentabilidade em todo o processo licitatório.

Diante disso, conclui-se que a indagação proposta é extremamente relevante, já que busca analisar de forma criteriosa se a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos representa,

de fato, um avanço na promoção da sustentabilidade. Para tanto, é fundamental adotar uma abordagem metodológica consistente, a fim de se obter uma resposta sólida e embasada acerca da questão levantada.

A aplicação da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei no 4.133/2021, é um tópico complexo e multifacetado que requer cuidadosa consideração de vários fatores legais, econômicos e ambientais. Esta nova lei representa uma grande mudança de paradigma na forma como os contratos públicos são concebidos e gerenciados, e tem o potencial de impactar significativamente o cenário empresarial e ambiental do Brasil.

Uma das principais características da nova lei é sua ênfase na sustentabilidade e práticas empresariais responsáveis. Isso inclui a adoção de práticas de compras sustentáveis, como a avaliação do impacto ambiental e social de produtos e serviços durante todo o seu ciclo de vida, além de promover transparência e responsabilidade no processo de contratação. Essas medidas têm o objetivo de promover uma economia mais sustentável e equitativa, além de reduzir a pegada ambiental das operações governamentais.

Outro aspecto importante da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos é seu foco em promover a participação de pequenas e médias empresas (PMEs) no processo de compras públicas. Isso é alcançado por meio de uma variedade de medidas, incluindo a simplificação de procedimentos e a redução de requisitos onerosos, além da adoção de modelos de contratação inovadores que são mais adequados às necessidades das PMEs. Ao criar um campo de jogo mais equilibrado para todos os negócios, a nova lei busca promover competição, inovação e crescimento econômico.

Ao mesmo tempo, no entanto, a implementação da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos não é isenta de desafios. Uma das principais dificuldades é a necessidade de equilibrar as demandas concorrentes de conformidade legal, responsabilidade ambiental e eficiência econômica. Alcançar esse equilíbrio requer

um alto nível de especialização e experiência, bem como uma compreensão completa dos complexos quadros legais e regulatórios que governam a aquisição pública no Brasil.

Uma implementação bem-sucedida da nova lei também depende da capacidade das agências governamentais e outros interessados em trabalhar juntos de maneira coordenada e colaborativa. Isso requer comunicação eficaz, confiança e um compromisso compartilhado com os objetivos de sustentabilidade, transparência e responsabilidade.

No campo das contratações públicas, é de extrema importância prestar atenção em como são desenvolvidos os contratos de licitação pelo governo. Por extensão, é ainda mais imperativo permanecer vigilante sobre a lei que os rege. Nesse contexto, o presente estudo é relevante para entender a gestão pública no âmbito licitatório e as possibilidades de promoção à sustentabilidade na nova Lei de Licitações (NLL), que é de interesse social extremo.

É imprescindível salientar que as atualizações legislativas recentes devem ser objeto de uma discussão abrangente, a fim de permitir que os gestores públicos aprimorem seus conhecimentos e habilidades, capacitando-os a aplicar de forma eficiente e competente o novo conjunto de fundamentos jurídicos. O estudo em questão, por sua vez, apresenta-se como uma contribuição relevante, que pode ser utilizada para incorporar e enriquecer a discussão do tópico em pauta.

Portanto, analisar a NLL com foco na promoção do desenvolvimento sustentável possui imenso impacto científico e cultural para o pleno exercício do controle social. Nesse sentido, o estudo explora os modelos e dimensões intrincadas do desenvolvimento sustentável, bem como o princípio fundamental que o sustenta, em relação à NLL.

O estudo também tem como objetivo examinar a sustentabilidade em contratos públicos por meio de uma revisão abrangente de marcos regulatórios, constitucionais, legais e infralegais que tiveram um impacto significativo sobre o assunto

na adoção da NLL. Ao examinar esses marcos regulatórios, o estudo explora as maneiras pelas quais a NLL pode ser operacionalizada para promover o desenvolvimento sustentável e como esses esforços podem ser avaliados e melhorados.

Em geral, este estudo contribuirá para avançar nossa compreensão da complexa interseção entre contratações públicas e desenvolvimento sustentável, e como a NLL pode servir como uma poderosa ferramenta para promover responsabilidade social e ambiental em contratos públicos.

É importante observar que a nova Lei no 14.133/2021 vai além da abordagem tradicional da contratação pública, que se concentrou principalmente na eficiência e na relação custo-benefício. Com a inclusão do princípio da sustentabilidade como um dos princípios orientadores, há a necessidade de desenvolver uma nova mentalidade centrada no equilíbrio dos aspectos econômicos, sociais e ambientais da contratação pública.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei no 14.133/2021, representa um passo significativo para a aquisição pública no Brasil. Sua ênfase na sustentabilidade, práticas empresariais responsáveis e participação de PMEs têm a promessa de uma economia mais equitativa e sustentável, enquanto seu foco em conformidade legal e transparência garante responsabilidade e boa governança. No entanto, a implementação bem-sucedida da nova lei exigirá um planejamento cuidadoso, coordenação e colaboração entre todas as partes interessadas.

A fim de fornecer uma fundamentação sólida para a presente pesquisa, optou-se por uma metodologia que se baseou em um levantamento bibliográfico e documental criterioso. Para tanto, a coleta de dados foi conduzida com rigor metodológico, consistindo na seleção de fontes confiáveis e relevantes para a investigação em questão. Dentre as fontes consultadas, foram incluídos livros, artigos acadêmicos e dados provenientes de órgãos públicos renomados, a exemplo do Ministério do Meio Ambiente. Salienta-se que a seleção dos materiais foi pautada não apenas na adequação temática, mas também na idoneidade dos autores e na qualidade

das publicações. Ademais, o embasamento legal se deu por meio da análise das Leis 8.666/1993 e 14.133/2021, que dispõem sobre as normas para licitações e contratos da administração pública.

Em conclusão, considerando o escopo desta pesquisa e seus objetivos, pode-se afirmar que se trata de um estudo exploratório de cunho qualitativo, voltado para a promoção da sustentabilidade por meio da análise das evoluções legislativas da Nova Lei de Licitações. Ressalta-se que a abordagem metodológica adotada é robusta e confiável, uma vez que se valeu de uma ampla variedade de fontes de informações criteriosamente selecionadas.

## **FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA: HISTÓRICO E CONCEITOS GERAIS**

Conforme Barcellos (2017, p. 11), a palavra licitação é originária do latim *licitatione*, significando “arrematar em leilão”, sendo esse um sistema que existe desde o Estado Medieval. O autor esclarece que naquela época, era ofertado a aqueles que se interessavam em constituir negócios de interesse entre ambos os lados, um método chamado de “vela e prego”, pois era anunciado (apregoad) uma obra desejada pelo Estado e, enquanto uma vela queimava, eram oferecidas ofertas (lances) pelos construtores. E assim, quando a chama da vela extinguiu, era oferecido o direito de realização a quem cobrasse menos pela obra. Desde então, esse sistema foi se aperfeiçoando e, cada país adotando um modelo próprio.

Como afirmam Di Pietro e Júnior (2019, p. 55), a licitação é um processo essencial para a administração pública, pois, por meio dele, é possível adquirir bens, produtos e serviços de forma transparente e eficiente, garantindo a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. No Brasil, a primeira normatização ocorreu em 1862, pelo Decreto no 2.926, o qual regulamentou alienações e compras, sendo complementado posteriormente por outras leis.

Por fim, em 1988, ganhou status de princípio constitucional, sendo de obediência obrigatória, tanto pela administração pública

direta quanto pela indireta, em todos os entes federados. O marco regulatório ocorreu anos mais tarde, quando foi homologada a Lei no 8.666/1993, a qual tratou e especificou as licitações e contratos da Administração Pública.

## **LICITAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL**

As regulamentações que governam as licitações públicas no Brasil estão sujeitas às disposições da Lei no 8.666/1993, popularmente conhecida como Lei de Licitações e Contratos, que estabelece as normas gerais que se aplicam às licitações e aquisições de serviços, obras e bens realizadas pela administração pública. No entanto, essa legislação foi alterada em 2021 pela Lei no 14.133/2021, que introduziu mudanças significativas em comparação com a legislação anterior.

De acordo com o artigo 1º da nova Lei de Licitações e Contratos, as licitações públicas têm como objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a administração pública, levando em consideração critérios como qualidade, preço e prazo, entre outros. A nova legislação também adicionou novos recursos, como a oportunidade de licitar propostas por meio do diálogo competitivo, a criação do Portal Nacional de Licitações Públicas e a introdução de novos mecanismos para combater a corrupção e a impropriedade administrativa.

No entanto, é essencial destacar que a nova Lei de Licitações e Contratos já está totalmente em pleno vigor, uma vez que todas as disposições entraram em vigor em 2023. Portanto, a Lei no 14.133/2021 já é a legislação que governa as licitações públicas no Brasil e deve ser seguida totalmente.

Em relação às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), a NBR 14.653-1 fornece diretrizes para a avaliação de bens, enquanto a NBR 14.653-2 oferece orientação para a elaboração de laudos de avaliação. Essas normas são fundamentais para o processo de licitação de bens e serviços, pois estabelecem critérios técnicos para avaliação e redação de

relatórios, que devem ser observados por profissionais que atuam nessa área.

Ademais, vale ressaltar que a legislação de licitações públicas deve ser lida em conjunto com outras normas e leis, como a Lei de Responsabilidade Fiscal, que estabelece regras para o controle dos gastos públicos, e a Lei de Acesso à Informação, que garante o direito do público de acessar informações sobre os processos de licitação e aquisição realizados pela administração pública.

Em resumo, as licitações públicas no Brasil estão sujeitas à nova Lei no 14.133/2021, que trouxe mudanças significativas em relação à legislação anterior. Não obstante, as normas da ABNT, como a NBR 14.653-1 e a NBR 14.653-2, são essenciais para o processo de licitação de bens e serviços, pois fornecem critérios que devem ser seguidos por profissionais que atuam nessa área.

Por fim, a legislação de licitações públicas deve ser interpretada em conjunto com outras leis e normas relevantes, como a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei de Acesso à Informação, que são importantes para garantir a transparência e a efetividade do processo de licitação e aquisição de serviços, obras e bens pela administração pública. É fundamental que as empresas e profissionais envolvidos em licitações públicas no Brasil estejam cientes dessas regulamentações e normas para garantir que suas propostas sejam consideradas e selecionadas com base nos critérios legais e técnicos aplicáveis.

## **AS DIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE**

O conceito de impacto ambiental, conforme definido pela legislação brasileira na Resolução CONAMA no dia 1º janeiro de 1986, abrange qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente causada por atividades humanas. Essas alterações, de forma direta ou indireta, afetam a saúde, segurança e bem-estar da população, as atividades sociais e econômicas, as condições estéticas e sanitárias do ambiente e a qualidade dos recursos ambientais.

O impacto ambiental está intrinsecamente ligado à existência humana, desde o desenvolvimento embrionário até a decomposição ou destruição do corpo humano. Podemos contemplar que a cada momento gera-se um impacto no ambiente. Surge da necessidade de suprir a energia gasta pelo nosso corpo por meio do consumo de alimentos. Além disso, a interação com a microbiota, em que o número de bactérias no corpo humano supera o número de células, contribui ainda mais para esse impacto. Além disso, o consumo de oxigênio e a geração de dióxido de carbono através da respiração pulmonar, assim como a mera presença de seres humanos, que altera o ambiente ao ocupar espaço, tudo isso contribui para esse impacto constante.

No entanto, o termo "impacto ambiental" é predominantemente usado em relação aos efeitos de atividades humanas que afetam significativamente o ambiente em grande escala. Tais atividades afetam sistematicamente as condições de vida de um grande grupo de pessoas, a vida animal e vegetal em uma região ou área específica e os padrões de qualidade dos recursos ambientais.

De forma sucinta, "o impacto ambiental pode ser definido como a alteração da qualidade ambiental resultante da modificação de processos naturais ou sociais causados pela ação humana" (SÁNCHEZ, 2008, p. 32).

No caso da indústria da construção, toda nova edificação gera impactos ambientais, sociais e econômicos. É fundamental considerar que as mudanças significativas resultantes das atividades de construção interferem na sociedade devido à implantação de novas estruturas. Diversas medidas podem ser adotadas para evitar ou minimizar os impactos gerados pelos projetos de construção. Por exemplo, a reutilização de materiais novos com menor impacto ambiental ou a organização dos canteiros de obra para reduzir a quantidade de resíduos de construção e seu impacto geral devem ser consideradas, uma vez que os materiais de construção não são renováveis.

"Os impactos causados por projetos de construção podem causar perturbações para as pessoas que residem ou transitam na área. No entanto, as mudanças resultantes nem sempre são negativas, pois também podem trazer benefícios para o ambiente circundante. Portanto, é essencial levar em consideração a opinião da sociedade em relação às alterações causadas por projetos de construção" (SPADOTTO et al., 2011, p. 173).

Para identificar os impactos ambientais associados a um empreendimento específico, é necessário selecionar cuidadosamente todas as atividades, produtos e serviços relacionados à atividade produtiva. Isso permite distinguir uma ampla gama de impactos ambientais reais e potenciais, benéficos e adversos, resultantes de cada aspecto identificado. Além disso, é crucial considerar se esses impactos são significativos ou não (BACCI; LANDIM; ESTON, 2006).

A Resolução CONAMA 307/2002 estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para a gestão de resíduos da construção civil. Ela especifica os aspectos ambientais e seus respectivos impactos, a frequência e a probabilidade de ocorrência desses aspectos, a gravidade dos impactos e caracteriza vários tipos de resíduos da construção: resíduos sólidos (sobras de concreto, lajes, tijolos, etc.), resíduos químicos (aditivos de concreto, agrotóxicos, etc.), recursos naturais renováveis ou não (água, energia elétrica, óleo diesel, etc.), emissões atmosféricas (gases de combustão, poeira, material particulado, etc.), efluentes líquidos (contaminação por óleo, esgoto, lavagem de peças de veículos, etc.), resíduos líquidos (restos de tintas e solventes, vazamento de óleo de xisto/diesel, etc.), riscos ambientais (derramamentos de produtos químicos, diesel, lubrificantes, incêndio, explosão, etc.).

Além disso, esses tipos de resíduos originam-se de construção, demolição, reformas, reparos e preparação e escavação do solo (BACCI et.al, 2006). Pode-se observar a meticulosidade da legislação na preservação dos recursos naturais, considerando que a construção demanda a utilização de quantidades significativas de recursos tanto renováveis quanto não renováveis, como energia,

água e terra. No entanto, uma parte dos resíduos gerados na indústria da construção é deixada sorrateiramente em terrenos baldios, áreas de inundação e encostas de cursos d'água, causando impactos prejudiciais ao meio ambiente e interrompendo o tráfego de veículos e pedestres.

Quando os resíduos não são removidos pelas autoridades, o local se torna um depósito para outros tipos de lixo, incluindo podas de árvores, móveis, pneus e, ocasionalmente, resíduos domésticos. O acúmulo desses materiais pode levar à contaminação e à proliferação de animais e insetos transmissores de doenças. Além disso, quando carregados pela água, esses materiais obstruem os canais de drenagem, aumentando o risco de enchentes e causando prejuízos à sociedade (KUSTER et al., 2007).

É evidente que o impacto ambiental é uma questão complexa e multifacetada intimamente ligada às atividades humanas. O setor da construção, em particular, contribui significativamente para esses impactos. No entanto, ao adotar práticas sustentáveis e considerar as opiniões e necessidades da sociedade, é possível mitigar os efeitos adversos e promover mudanças positivas no ambiente. Buscar uma gestão responsável dos resíduos, a conservação de recursos e a preservação dos ecossistemas naturais são passos essenciais para alcançar uma convivência mais harmoniosa entre o desenvolvimento humano e o bem-estar ambiental.

Nesse contexto, é fundamental que os atores envolvidos na indústria da construção, desde empreiteiras e arquitetos até órgãos reguladores e comunidades locais, colaborem para a implementação de práticas sustentáveis. Isso pode incluir a adoção de materiais de construção com menor impacto ambiental, o uso eficiente de recursos naturais, a redução do desperdício e a reciclagem de materiais. Além disso, é importante considerar o planejamento adequado das obras, minimizando o impacto nas áreas circundantes, protegendo a biodiversidade e preservando os recursos hídricos. Ao mesmo tempo, é crucial envolver a comunidade e garantir sua participação ativa no processo de

tomada de decisões. O diálogo aberto e transparente, o compartilhamento de informações e a consideração das preocupações e expectativas das partes interessadas são fundamentais para construir um consenso e promover

práticas sustentáveis que beneficiem a todos.

Portanto, é criterioso que a indústria da construção adote uma abordagem holística, considerando não apenas os aspectos técnicos e econômicos, mas também os impactos sociais e ambientais. Somente através de uma visão integrada e comprometida com a sustentabilidade será possível construir um futuro onde o progresso humano consiste em equilíbrio com a proteção do meio ambiente.

## **IMPACTO AMBIENTAL**

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei no 14.133/2021, promulgada em abril de 2021, introduz uma grande quantidade de mudanças inovadoras no processo de licitação brasileiro. De particular interesse é a abordagem muito mais elaborada e extensa ao conceito de sustentabilidade, que agora se destaca como um dos princípios fundamentais da lei.

A sustentabilidade, um assunto altamente significativo nas sociedades modernas, possui grande importância dentro do contexto da administração pública. De acordo com as disposições da Lei no 14.133/2021, a sustentabilidade deve ser levada em consideração em todas as etapas do processo de licitação, desde o planejamento até a execução do contrato.

Durante a etapa de planejamento, por exemplo, a análise do ciclo de vida deve ser levada em consideração. Essa metodologia é usada para avaliar os impactos ambientais de um produto ou serviço em todo o seu ciclo de vida, desde a extração de matérias-primas até a disposição final. Ao utilizar essa abordagem, pode-se alcançar a seleção de produtos e serviços mais sustentáveis, com menor impacto ambiental.

Sustentabilidade é um conceito multidimensional que abrange aspectos diversos e inter-relacionados. Ele compreende a sustentabilidade ambiental, social e econômica, todas as quais exigem abordagens e estratégias específicas para um futuro mais equilibrado e equitativo.

A sustentabilidade ambiental diz respeito à preservação e conservação dos recursos naturais e ecossistemas. Seu principal objetivo é alcançar a harmonia entre os seres humanos e o meio ambiente. Para alcançar esse objetivo, é essencial adotar práticas e tecnologias ambientalmente amigáveis, como fontes de energia renovável, manejo sustentável de recursos florestais e hídricos e outras práticas sustentáveis que possam reduzir as pegadas ecológicas.

A sustentabilidade social, por outro lado, visa promover a justiça social, equidade e direitos humanos. Seu principal objetivo é garantir acesso igualitário a oportunidades e recursos para todos, independentemente de sua classe social, gênero, etnia ou orientação sexual. Para alcançar esse objetivo, é necessário adotar políticas públicas que reduzam as desigualdades sociais, como programas de inclusão social, geração de emprego e renda e esforços para combater a violência e discriminação.

Por fim, a sustentabilidade econômica se refere à busca pelo desenvolvimento econômico sustentável sem degradar o meio ambiente e garantindo distribuição equitativa dos benefícios econômicos. Esse aspecto da sustentabilidade requer práticas empresariais responsáveis, como gerenciamento eficiente de recursos naturais, redução de resíduos e controle de poluição, desenvolvimento do capital humano e critérios éticos em todas as relações comerciais.

Vale ressaltar que as três dimensões da sustentabilidade estão interconectadas e interdependentes, de modo que as ações em uma área podem ter impactos significativos nas outras. Por exemplo, uma empresa que adota práticas ambientalmente sustentáveis pode gerar benefícios sociais e econômicos ao promover a conservação dos recursos naturais e reduzir os custos operacionais.

Da mesma forma, políticas públicas que promovem a inclusão social podem estimular o desenvolvimento econômico e incentivar a adoção de práticas ambientais mais responsáveis.

Para garantir a sustentabilidade em todas as suas dimensões, é necessário adotar abordagens integradas e holísticas que considerem as interações e interdependências entre os sistemas sociais, econômicos e ambientais. Nesse sentido, a Agenda 2030 das Nações Unidas fornece uma referência importante, pois estabelece 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável que engloba as três dimensões da sustentabilidade e visam promover a transformação socioeconômica de maneira integrada.

Ademais, a Lei no 14.133/2021 também exige a inclusão de critérios de sustentabilidade nos processos de licitação, que podem ser utilizados como diferenciadores entre propostas tecnicamente equivalentes. Esses critérios podem incluir o uso de materiais reciclados, a utilização de fontes de energia renováveis e a redução do consumo de água e energia.

Em conclusão, a Lei no 14.133/2021 representa um avanço significativo na incorporação da sustentabilidade nos processos de licitação e contratos administrativos brasileiros. A utilização de critérios de sustentabilidade e análise do ciclo de vida pode ajudar a selecionar produtos e serviços mais sustentáveis, reduzindo assim o impacto ambiental das atividades governamentais.

## **A SUSTENTABILIDADE COMO UM PRINCÍPIO**

Di Pietro (2019, 414) coloca que o princípio da sustentabilidade gira em torno da concepção de que é possível, através do procedimento licitatório, promover e estimular a preservação ambiental. A primeira vez que o princípio foi abordado foi pela Lei no 6.838/81, a qual dispôs a respeito da Política Nacional do Meio Ambiente. Em seu art. 4o, foram estabelecidos seus objetivos, entre eles, destaca-se a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio econômico-social, difusão de tecnologias

de manejo do meio ambiente, divulgação de dados, informações ambientais e formação de uma consciência pública sobre a necessidade em preservar o equilíbrio ecológico, com vistas à utilização consciente e racional de recursos ambientais.

Por sua vez, a Lei no 8.666/1993 regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988. O art. 3º dessa Lei estabelece:

Art. 3o - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

O tema é ainda mais especificado com a promulgação da Lei no 12.349/10, que alterou a redação do art. 3o da Lei no 8.666/1993, disciplinando a sustentabilidade da licitação, dando preferência para a proposta mais vantajosa no âmbito sustentável para a Administração, ou seja, aquela que promova o desenvolvimento nacional e garanta a isonomia entre os licitantes. Esse dispositivo foi regulamentado pelo Decreto no 7.746/12, alterado pelo Decreto no 9.178/17, e pelo Decreto 10.179/19.

Os requisitos de sustentabilidade ambiental adotados nas aquisições de bens, e contratações de serviços são estabelecidos na Instrução Normativa no 01/10. Essa instrução, em seu art. 1o, normatiza que as Licitações deverão seguir critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte de produtos e matérias-primas.

Os critérios disponíveis para empresas que procuram soluções sustentáveis são diversos e multifacetados. Um desses critérios é a redução significativa no consumo de energia tanto para o ar-condicionado quanto para a iluminação ambiente. Outro envolve o uso de energia solar para fornecer água quente, juntamente com o uso exclusivo de lâmpadas fluorescentes. Medir a água e a energia

elétrica separadamente, utilizar água da chuva e verificar a origem da madeira também são critérios importantes.

Além desses, há várias outras considerações importantes. Estas incluem a aquisição de commodities e materiais que são biodegradáveis e ambientalmente sustentáveis, bem como o cumprimento dos requisitos ambientais para a certificação do Inmetro. Utilizar embalagens apropriadas, agentes de limpeza e antissépticos que atendam aos padrões da Anvisa é também crucial, além de reduzir o desperdício de água e conformidade com a resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente sobre o ruído.

Desta forma, é importante que as empresas garantam que seus profissionais terceirizados usem equipamentos de proteção e passem por treinamentos para minimizar o consumo de água, produção de energia e resíduos sólidos. As empresas também devem priorizar a reciclagem e o descarte responsável de pilhas e baterias e separar adequadamente qualquer resíduo potencial de acordo com os padrões estabelecidos pela Agência Brasileira de Normas Técnicas.

No geral, esses critérios demonstram a importância da adoção de práticas sustentáveis que abrangem uma variedade de fatores, desde o consumo de energia até o descarte de resíduos. É fundamental que as empresas considerem esses vários fatores para contribuir para um planeta mais saudável e sustentável.

Conforme o artigo 4o, caput, as obras públicas e os serviços de engenharia; “devem ser elaborados visando à economia da manutenção e operacionalização da edificação, a redução do consumo de energia e água, bem como a utilização de tecnologias e materiais que reduzam o impacto ambiental”.

E por fim, no art. 5o, é estabelecido que as compras devem ser feitas de forma total ou parcial de materiais reciclados, não tóxicos, biodegradáveis e certificados pelo Inmetro como sustentáveis ou de menor impacto ambiental, estipulando a exigência de que atenda aos requisitos ambientais necessários para que os licitantes tenham a oportunidade de demonstrar conformidade com os requisitos para não comprometer a ampla competitividade.

Por consequência, o aproveitamento desse poder de compra do setor público traz não apenas benefícios econômicos, mas também socioambientais. Isso porque se trata de um processo formal de gestão que insere critérios sociais, ambientais e econômicos para, em última instância, contribuir para o desenvolvimento sustentável de uma nação, na compra de obras, na compra de mercadorias e na execução de obras.

Nas palavras de Marçal Justen Filho “o desenvolvimento nacional sustentável significa a elevação da riqueza nacional mediante a adoção de práticas compatíveis com a preservação do meio ambiente e de modo a garantir a viabilidade da vida humana digna no presente e no futuro.” (2014, p. 75)

## **A IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO E APLICAÇÃO DOS CONCEITOS DE SUSTENTABILIDADE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA GESTÃO PÚBLICA**

É necessário que os ideais que orientam a gestão sustentável sejam baseados no princípio da harmonização dos aspectos sociais, econômicos e ambientais, sendo que o foco principal é a sustentabilidade de toda a sociedade. Não obstante, é importante ter responsabilidade pelos impactos das ações humanas, que afetam o presente e se estendem para o futuro.

Nos últimos anos, tem havido mudanças graduais na aplicação dos conceitos de "sustentabilidade" e "desenvolvimento sustentável". Como resultado, é necessário aprimorar os diálogos entre os diferentes atores que atuam em diversas áreas da gestão e políticas públicas. Com o rápido e contínuo crescimento da sociedade em geral, a sustentabilidade se tornou essencial para o bem-estar da população. Portanto, é crucial reconhecer que uma boa gestão é uma condição indispensável para o desenvolvimento das sociedades.

Para Lima (2007), o termo "gestão pública" refere-se a atos administrativos que buscam incorporar, direta ou indiretamente, as políticas públicas. Já de acordo com Scarano (2010), a

sustentabilidade é a palavra-chave quando se pensa em modelos alternativos de desenvolvimento que exijam conciliação entre conservação, produção e bem-estar humano. Segundo eles, isso é mais fácil de ser dito do que feito, especialmente porque o ser humano ainda não uniu em sua mente aquilo que a modernidade separou - homem e natureza. Os conceitos de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável têm sido discutidos e criticados por diferentes correntes teóricas e científicas, especialmente no que diz respeito à sua aplicabilidade.

Em um encontro internacional realizado pela ONU em 1987, foi evidenciado o conceito de desenvolvimento sustentável, resultando na publicação do Relatório "Nosso Futuro Comum", também conhecido como Relatório Brundtland. Esse documento criado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento disseminou a ideia de desenvolvimento sustentável e revelou a preocupação com o bem-estar das populações futuras, bem como a união das dimensões econômica, social, política e ambiental.

Nesse contexto, a sustentabilidade é um fator de suma importância para tornar o ambiente integrado, preparado, orgânico, dinâmico e protegido, a fim de lidar com as diversas demandas decorrentes da globalização e outros fatores que afetam a sustentabilidade.

Quando se compreende a importância da gestão sustentável, o planejamento estratégico se torna mais eficaz, possibilitando uma visão e missão que fornecerão respostas adequadas às demandas específicas da atualidade. O Estado, como facilitador, deve utilizar instrumentos econômicos e de comando e controle por meio de tomadores de decisão, gestores e burocratas para promover o desenvolvimento sustentável.

Incentivos para o setor produtivo investir em desenvolvimento sustentável são criados por políticas públicas que criam instrumentos econômicos. No entanto, esses incentivos ficam à mercê de vários atores que muitas vezes têm diferentes focos,

afetando o ambiente organizacional da esfera pública em seus processos de compras públicas sustentáveis.

Há um número considerável de gestores que mantêm um posicionamento equivocado sobre as compras públicas sustentáveis em relação aos orçamentos. Percebe-se a falta de conhecimento do papel fundamental do Estado como fomentador do mercado de bens e serviços sustentáveis e que quanto maior a produção de produtos sustentáveis, maior é a provável redução de preços.

Um obstáculo para a compra de produtos sustentáveis é a falta de conhecimento do comprador para avaliar as características de um produto específico e reconhecer as vantagens em relação aos demais. As alternativas mais citadas na literatura são a consulta aos selos verdes, a análise do Ciclo de Vida e a certificação de empresas pela norma ISO 14001.

A norma internacional ISO 14001 tem como objetivo estabelecer orientações claras para que as organizações possam gerir de forma adequada seus impactos ambientais. Para isso, a norma apresenta um conjunto de requisitos e diretrizes que auxiliam as empresas a identificar e controlar os efeitos negativos de suas atividades no meio ambiente, minimizando os danos causados.

Com isso, a norma busca incentivar uma gestão ambiental responsável e sustentável por parte das organizações, contribuindo para a preservação do meio ambiente e para o desenvolvimento de uma sociedade mais consciente e comprometida com a sustentabilidade.

Portanto, é necessário compreender melhor a importância da aplicação do desenvolvimento sustentável e da sustentabilidade na gestão pública, visto que nas licitações sustentáveis, é de fundamental importância que os gestores, tomadores de decisões e burocratas tenham conhecimento dos conceitos estudados para aplicá-los de forma abrangente, contemplando as categorias de bens, obras e serviços.

## **O PAPEL DAS COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS NO FOMENTO NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

Conforme Brundtland (1987), o Desenvolvimento Sustentável requer a integração da economia, sociedade e meio ambiente. Isso significa que o crescimento econômico deve ser combinado com inclusão social e proteção ambiental. A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável estabelecida pela ONU (2016) destaca a importância da contribuição de governos, organizações internacionais, setor empresarial e outros atores na mudança de padrões de consumo e produção não sustentáveis. O documento ressalta que a assistência financeira e técnica é fundamental para fortalecer as capacidades científicas, tecnológicas e de inovação dos países em desenvolvimento para alcançar padrões mais sustentáveis de consumo e produção.

As compras e licitações sustentáveis desempenham um papel estratégico para promover a sustentabilidade nas atividades públicas, conforme observado no Ministério do Meio Ambiente. É importante que os compradores públicos tenham um conhecimento preciso das necessidades da sua instituição, bem como da legislação aplicável e das características dos bens e serviços a serem adquiridos.

Segundo o Ministério do Meio Ambiente, a decisão de realizar uma licitação sustentável não necessariamente implica em maiores gastos financeiros, uma vez que outros fatores como custos ao longo do ciclo de vida, eficiência, compras compartilhadas, redução de impactos ambientais e problemas de saúde, além do desenvolvimento e inovação, também devem ser considerados no processo de aquisição de bens e serviços.

De acordo com Valente (2011), o ano de 2010 foi marcante para a adoção de novos modelos de compras públicas sustentáveis. Nesse sentido, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão estabeleceu critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, serviços e obras na Administração Pública Federal através da Instrução Normativa no 1, de janeiro de 2010. Essa norma representa

um marco regulatório para a adoção de critérios de sustentabilidade ambiental na esfera do governo federal, no tocante a licitações sustentáveis. Desde então, práticas de compras sustentáveis foram sendo incentivadas e implementadas em todo o país.

O mercado de compras públicas no Brasil corresponde a cerca de 15% da economia, atingindo proporção semelhante à dos países-membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, envolvendo desde a aquisição de materiais de escritório até a execução de grandes obras de infraestrutura.

Por conta de sua relevância, é comum que os países estabeleçam regulamentações para o processo licitatório, isto é, o procedimento administrativo de compras públicas, com o objetivo de assegurar transparência, igualdade, eficiência e agilidade. Nesse contexto, direcionar o poder de compra do setor público para aquisição de bens e serviços com critérios de sustentabilidade pode gerar benefícios socioambientais e reduzir impactos ambientais, ao mesmo tempo que estimula e promove o mercado de bens e serviços sustentáveis.

Produtos podem ser considerados sustentáveis por gerar menos perdas, serem recicláveis ou mais duráveis, conter menos substâncias prejudiciais ou tóxicas, ou pelo processo de sua geração consumir menos energia. As aquisições públicas podem contribuir para criar um grande mercado para negócios sustentáveis, aumentando as margens de lucro dos produtores por meio de economias de escala e reduzindo seus riscos.

Para mais, as autoridades públicas, atores poderosos do mercado, podem incentivar a inovação e estimular a competição na indústria, garantindo aos produtores recompensas pelo melhor desempenho ambiental de seus produtos, por meio da demanda do mercado ou de incentivos concretos. Existem produtos que, embora tenham um custo inicial mais elevado, se tornam mais benéficos a longo prazo, já que abrem novos mercados, reduzem os custos relacionados aos danos ambientais, consomem menos energia, criam empregos sustentáveis, são mais duráveis e

incentivam a produção, além de gerar renda e aumentar a arrecadação tributária.

## **MEDIDAS ECOLOGICAMENTE CORRETAS NAS COMPRAS DE PRODUTOS OU SERVIÇOS**

As compras públicas sustentáveis envolvem a inclusão de critérios ambientais nas compras e contratações realizadas pela Administração Pública. Essa prática tem como objetivo maximizar o valor adicionado e minimizar os impactos ambientais e sociais adversos.

Ao criar um mercado de produtos mais sustentáveis, as aquisições públicas podem aumentar as margens de lucro dos produtores e reduzir seus riscos. Para isso, o Estado deve ser um fomentador e exemplo, selecionando fornecedores com práticas positivas em relação ao desenvolvimento ambiental, econômico e social. Ademais, é importante que o setor público utilize seu poder de compra para induzir o mercado a adotar padrões de qualidade ambiental.

Para Bidermann (2008), o edital de licitação é uma ferramenta importante e eficiente para promover o desenvolvimento na esfera pública, com impacto direto na iniciativa privada. Assim, pequenas alterações nas licitações podem resultar em grandes mudanças em direção ao uso racional e sustentável dos recursos. A Constituição Federal de 1988 Art. 225 estabelece que o Brasil é um Estado democrático de Direito e tem como objetivo atender à demanda da sustentabilidade, que é reconhecida como um novo direito fundamental “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Ante o exposto, a legislação vigente incentiva as compras públicas sustentáveis na administração pública. Conforme destacado por Silva e Oliveira (2016), a busca por produtos que causem menor impacto ambiental pode representar a contratação

mais vantajosa, ainda que o preço não seja o menor quando comparado com outros produtos. Isso evidencia que um dos maiores objetivos da atuação do Estado, conforme estabelecido no art. 225 da Constituição Federal, é promover a proteção do meio ambiente.

Portanto, se houver uma atuação focada dos governos em garantir o direito fundamental ao meio ambiente, isso pode incentivar a inovação e aumentar a competição entre as indústrias, o que recompensaria os produtores com melhores desempenhos ambientais e sociais em relação aos seus produtos.

Conforme indicado pelo artigo 170, inciso VI da Constituição Federal, há a possibilidade de tratamento diferenciado para produtos e serviços, levando em conta o impacto ambiental decorrente de seus processos de elaboração e prestação (conforme Emenda Constitucional no 42, de 19.12.2003). No momento atual, é possível encontrar diversas alternativas de produtos que causam menos impacto ambiental. Esse fato se deve à circunstância de que os processos de produção foram adaptados, por exemplo, por meio da diminuição do consumo de energia e água, bem como pela melhoria da durabilidade e redução dos custos de manutenção.

A sustentabilidade é um conceito que envolve aspectos econômicos, sociais e ambientais, representados pelos pilares do tripé da sustentabilidade. Esses três pilares são fundamentais para avaliar os resultados internos e externos de uma organização, e cabe aos consumidores exigir o comprometimento de cada produtor em relação a essas categorias.

Dessa forma, todas as ações da empresa estarão amparadas por uma visão sustentável, que busca não apenas o lucro financeiro, mas também a responsabilidade social e ambiental. Não obstante, é importante que haja um tratamento adequado e justo dos colaboradores, promovendo a dignidade e o respeito no ambiente de trabalho.

## O CENÁRIO MUNDIAL FRENTE ÀS COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS

Conforme apontado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), as compras governamentais correspondem a cerca de 13% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro (PERCIO, 2018). A nível global, essas compras representam em média 15% do PIB mundial (UNGM, 2014 apud ARAÚJO; ROSA, 2017). É importante destacar que as compras governamentais movimentam setores importantes da economia, ajustando-se às demandas previstas nos editais de licitação.

Nesse sentido, é crucial que o gestor público responsável pela definição das regras do jogo assegure a livre-concorrência, sem perder de vista o interesse do governante em adquirir o melhor produto ou serviço pelo menor preço (BIDERMAN, 2008).

As compras públicas são responsáveis por gerar significativos números em nível global ao criar demandas e promover mercados e sistemas produtivos. Essas demandas têm impactos em diferentes esferas, incluindo a econômica, social e ambiental, que correspondem ao conceito de desenvolvimento sustentável e, portanto, ao conceito de compra pública sustentável.

Muitas nações têm procurado estabelecer modelos de desenvolvimento que atendam às necessidades das gerações presentes sem prejudicar a satisfação das necessidades das gerações futuras. Esse conceito foi apresentado pela ONU na Primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em Estocolmo, na Suécia, em 1972.

A sustentabilidade tornou-se um tema de destaque nas agendas políticas e a comunidade internacional organizou grandes eventos globais para discutir a questão ambiental e elaborar documentos que estabelecem os princípios da sustentabilidade e ações para implementá-los. Destaca-se nesse contexto a iniciativa da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, que produziu em 1987 o Relatório Brundtland, o qual apontou para a incompatibilidade entre o desenvolvimento

sustentável e os padrões de produção e consumo que estavam em vigor até então.

Em 1992, a cidade do Rio de Janeiro sediou a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida como ECO-92, onde foram estabelecidos os princípios do desenvolvimento sustentável e um programa de ações para alcançá-lo. Durante o evento, importantes documentos oficiais foram produzidos, como a Carta da Terra e a Agenda 21, além de três convenções para tratar de temas específicos como biodiversidade, mudanças climáticas e desertificação.

A Agenda 21 estabeleceu compromissos para muitas nações em manter um diálogo construtivo para alcançar uma economia mundial mais eficiente e equitativa, e viabilizar um padrão de desenvolvimento ambientalmente racional. Em 2002, durante a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável em Johannesburgo, o comprometimento com os princípios estabelecidos na ECO-92 foi reafirmado e o Plano de Implementação de Johannesburgo incentivou as autoridades competentes a considerar as questões do desenvolvimento sustentável nas tomadas de decisão, promovendo políticas de aquisição pública que fomentem o desenvolvimento e a difusão de bens e serviços ambientalmente racionais, conforme estabelecido no parágrafo.

Após as Conferências Rio +10 e Rio +20, as compras públicas sustentáveis começaram a ser implementadas tanto em países desenvolvidos quanto em países em desenvolvimento, seguindo os resultados das conferências e os programas direcionados a novos padrões de produção e consumo. Dentre as conquistas globais relacionadas ao conceito de compras públicas sustentáveis, destaca-se o Processo de Marrakesh, que surgiu como resultado da Rio +10 e foi um marco inicial na implementação de políticas de compras públicas sustentáveis no Brasil, bem como em vários outros países.

O Processo de Marrakesh é um marco global de ação flexível e aplicável em todas as regiões, que disseminou os conceitos

relacionados às compras públicas sustentáveis, assim como definições de metodologias que auxiliam os países aderentes no planejamento de suas ações para viabilizar a implementação das compras públicas sustentáveis com respaldo jurídico. Esse processo foi formulado para durar 10 anos e significativamente elevou o nível das compras públicas sustentáveis. Alguns países que fazem parte da Força-tarefa de compras públicas sustentáveis, criada em 2005, desempenharam papéis importantes no processo visando a construção de políticas de compras públicas sustentáveis para implementação nos países participantes.

Dessa forma, as compras públicas sustentáveis estabelecem-se no cenário mundial onde predomina a preocupação com ações voltadas para a sustentabilidade e o desenvolvimento, sendo ambos considerados direitos humanos fundamentais.

Essa preocupação é reforçada pelo objetivo de nº 12 dos objetivos de Desenvolvimento Sustentável, que busca estabelecer padrões de produção e consumo sustentáveis. Outro marco importante em escala global foi alcançado em 2012 com a Rio+20, a partir do tema do Programa de 10 Anos sobre Padrões de Consumo e Produção Sustentáveis, com o objetivo de fortalecer a cooperação internacional.

No Brasil, a adesão ao processo começou inicialmente em nível subnacional, com o Estado de São Paulo, e em 2007 o governo federal entrou em ação. Para o Brasil, essa adesão permitiu o intercâmbio de informações, identificação de aspectos específicos e características que merecem uma atenção mais cuidadosa para avanços maiores na construção das ações em nível nacional.

No cenário global, a preocupação com a sustentabilidade e o desenvolvimento tem impulsionado ações em diversos países, incluindo o Brasil. Uma das medidas adotadas foi a incorporação das compras públicas sustentáveis na legislação, por meio da Lei no 12.349/2010, que adicionou um novo objetivo às licitações e alterou a Lei no 8.666/1993. Com isso, além de priorizar a economia e a proposta mais vantajosa, as contratações públicas também devem promover o desenvolvimento nacional sustentável. Essa

iniciativa permite que o governo identifique aspectos específicos e características que merecem mais atenção, visando avanços na construção de ações em âmbito nacional.

O artigo XXI do inciso 37 da Constituição Federal brasileira determina que a Administração Pública é obrigada a realizar processos licitatórios. A Lei nº 8.666 de 1993, por sua vez, regulamenta esse artigo e estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos referentes a obras, serviços, publicidade, compras, alienações e locações em todos os níveis do governo brasileiro: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O objetivo dessa lei é garantir que os processos de aquisição de bens e serviços públicos sejam transparentes, justos e competitivos, visando sempre ao interesse público e ao desenvolvimento sustentável.

#### **A ANTIGA LEI DE LICITAÇÕES Nº 8.666/1993**

A licitação é um processo criado para garantir a idoneidade, isonomia e competitividade, com o objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública e a sociedade, através da transparência no processo de escolha. As regras que regem as licitações são definidas na Lei nº 8.666/1993, conhecida como Lei de Licitações, que estabelece, entre outras coisas, as condições para participação na concorrência, incluindo grandes, médias empresas, MPE, MEI e pessoas físicas, bem como exceções que protegem o processo licitatório de concorrentes que possam prejudicar o trâmite.

A Lei de Licitações busca evitar que qualquer pessoa ou empresa detenha vantagens sobre outros concorrentes. Outrossim, as normas reforçam a importância do dever de fazer um bom uso dos recursos públicos.

A Lei nº 8.666/1993 foi responsável por regulamentar o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece as regras e diretrizes a serem seguidas pela administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios, no que se refere à contratação de obras, serviços, compras e alienações. Em outras palavras, a lei define as normas e procedimentos para o processo licitatório, que é considerado uma atividade-meio para a realização de contratos de compra de bens ou contratações de serviços pela administração pública.

Ao contrário do setor privado, que tem liberdade para escolher seus fornecedores, o Poder Público precisa seguir a adoção de licitação, onde é escolhida a proposta mais vantajosa para o objeto que se pretende contratar. Essa observância é obrigatória para todas as entidades governamentais participantes, respeitando a igualdade entre os concorrentes.

A Lei nº 8.666/1993 estabelece as normas gerais sobre as licitações e contratos administrativos relacionados a obras e serviços. De acordo com Biderman (2008), esta lei foi atualizada pelas Leis nº 8.883/1994, nº 9.032/1995 e nº 9.648/1998, e todos os órgãos da administração direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas pela União, estados, Distrito Federal e municípios estão subordinados a ela.

A Lei nº 8.666/1993 foi alterada em 15 de dezembro de 2010 pela Lei nº 12.349, que resultou na criação da Medida Provisória nº 495/2010. Uma das principais mudanças foi a inclusão do desenvolvimento nacional sustentável como objetivo da licitação, que agora tem o mesmo nível de importância que os princípios da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Assim, além de garantir a igualdade entre os concorrentes e a seleção da melhor proposta, a licitação também deve promover o desenvolvimento sustentável. E em junho de 2012, houve uma nova regulação do artigo 3 por meio do Decreto nº 7.746,

Especialmente, a lei enfatiza que a Administração escolherá a proposta que lhe parecer mais vantajosa, levando em consideração o interesse público e a conformidade com a legislação ambiental. Ademais, os produtos contratados não devem causar danos ao meio ambiente.

## A NOVA LEI DE LICITAÇÕES Nº 14.133/2021

Em abril de 2021, foi sancionada pelo Presidente da República a nova Lei de Licitações - Lei nº 14.133/2021, que substitui a Lei Geral de Licitações - Lei nº 8.666/1993, que estava em vigor há quase trinta anos, assim como a Lei do Pregão - Lei nº 10.520/2002 e o RDC - Lei nº 12.462/2011. A substituição dessas leis não foi uma surpresa, já que o cenário nacional mudou significativamente nos últimos anos, especialmente com os avanços tecnológicos, e a mudança no setor de licitações era algo esperado e desejado. A nova Lei de Licitações representa um novo marco legal para o país.

Apesar da nova Lei de Licitações estar em vigor, há alguns instrumentos operacionais que impedem sua aplicabilidade plena. Alguns artigos ainda não podem ser aplicados e carecem de regulamentação para alguns procedimentos, como as regras de desempate nas licitações, as regras de negociação no Art. 61 §2º, as condições de habilitação no Art. 62 e as regras para subcontratação.

A nova Lei de Licitações oferece mais transparência, agilidade e menos burocracia para os processos de licitação. É importante destacar que não houve apenas uma substituição de leis, mas sim uma unificação, já que a nova Lei de Licitações unifica diversas regras que constam nos procedimentos de licitações. Outrossim, a nova lei revoga imediatamente os artigos 89 e 107 da antiga Lei nº 8.666/1993.

É indubitável que a nova Lei de Licitações introduziu mudanças significativas no contexto das contratações públicas, esclarecendo pontos que anteriormente eram considerados obscuros e definindo outros aspectos relacionados às contratações, planejamento e gerenciamento que eram menos reconhecidos. Uma das principais novidades é a ênfase na importância de direcionar as compras na Administração Pública, visando a atualização do planejamento de compras públicas. Ademais, a nova Lei introduziu uma nova modalidade de contratação, ampliou os prazos de contratos e tornou possível a exigência de seguro-garantia para grandes obras, entre outras mudanças.

O planejamento de compras é uma atividade estratégica que visa gerenciar o fluxo de suprimentos de um órgão público, garantindo preço, prazo e qualidade. Esse processo estratégico é fundamental para evitar crises econômicas e manter o equilíbrio financeiro entre as compras públicas e a aquisição de bens e serviços necessários para a população em geral.

A organização pública é responsável pelo planejamento das compras, estabelecendo estratégias para garantir que sejam adquiridos apenas os itens necessários, especialmente em situações de crise financeira, contingenciamento de recursos e ajuste fiscal. Isso permite uma maior transparência e justiça nos contratos públicos, trazendo benefícios para órgãos, empresas e sociedade.

Conforme o artigo 40 da nova Lei de Licitações, o planejamento de compras deve levar em conta as expectativas de consumo e as demandas imprevisíveis, como ocorreu durante a pandemia de Covid-19. É importante seguir os princípios de padronização, responsabilidade fiscal e parcelamento, quando possível e vantajoso economicamente, para um planejamento adequado.

## **A SUSTENTABILIDADE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES Nº 14.133/2021**

A legislação recente apresenta um tratamento mais abrangente em relação às modificações introduzidas pela Lei 12.349/2010 e a Lei 8.666/1993, tendo semelhanças com a RDC e a Lei das Estatais no que diz respeito às licitações sustentáveis. Como mencionado anteriormente, o princípio do desenvolvimento sustentável é agora previsto como um princípio da licitação no artigo 5o e continua a ser o foco das licitações, como indicado no item IV do artigo 11. Conseqüentemente, órgãos e entidades que fazem parte da administração pública direta, autárquica e fundacional da União, Estados, DF e Municípios, deverão incluir critérios estratégicos de sustentabilidade em seus planos de licitação e contratação.

O conceito de desenvolvimento proposto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro é um princípio fundamental para entender a importância das contratações públicas e dos sistemas regulatórios que as governam. Esse conceito é baseado na ideia de que o desenvolvimento deve ser o princípio orientador de todas as ações do Estado, incluindo as contratações públicas.

O desenvolvimento, nesse sentido, pode ser entendido como um processo que busca promover o bem-estar social, econômico e ambiental de uma determinada sociedade. Consequentemente, as contratações públicas devem ser meios de fomentar o desenvolvimento, contribuindo para a criação de empregos, a geração de renda, a inclusão social e a proteção ambiental.

Di Pietro (2019, p. 423) argumenta que o desenvolvimento deve ser o alicerce e o fundamento de todos os sistemas regulatórios que governam as contratações públicas. Isso significa que as normas que regulam as contratações públicas devem ser criadas de forma a promover o desenvolvimento, e não apenas garantir a eficiência e a legalidade do processo de contratação.

Assim, a autora defende que os contratos públicos devem ser estruturados de forma a promover a competitividade, a inovação e a sustentabilidade, garantindo também a transparência e a participação social nos processos de contratação. Esses aspectos são considerados fundamentais para o desenvolvimento sustentável e para a promoção do bem-estar social.

Em resumo, o conceito de desenvolvimento proposto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro é uma contribuição importante para entender o papel das contratações públicas como instrumentos de fomento ao desenvolvimento. Esse conceito deve ser considerado um princípio fundamental na elaboração de normas regulatórias para contratações públicas, a fim de garantir que esses processos contribuam efetivamente para promover o bem-estar social, econômico e ambiental.

Para o entendimento de Nohara (2016, p.32), com a adoção do desenvolvimento nacional sustentável como princípio, a sustentabilidade passou a ser considerada uma norma jurídica geral

com elevada carga valorativa e caráter vinculante, representando a mais elevada expressão do consenso social sobre os valores básicos a serem assegurados no Estado Democrático de Direito.

Tanto considerado um princípio quanto um objetivo, a interpretação tem sido direcionada para a mesma finalidade, que é a de promover uma contratação pública sustentável, que promova políticas públicas e econômicas socioambientais em prol do interesse coletivo e dos valores consagrados constitucional e globalmente. De acordo com a nova Lei de Licitações, é definitivamente incorporado o ciclo de vida do objeto a ser licitado como uma importante variável de sustentabilidade é um componente da vantajosidade das licitações. Essa vantajosidade leva em conta o ciclo de vida do objeto, assim como o reflexo desse ciclo de modo que demonstre de fato a relação custo-benefício (NOHARA, 2021, p. 27).

A nova legislação aprimorou o modelo do RDC e da Lei das Estatais ao admitir a possibilidade de aferição por meio de outros documentos que sejam similares à certificação, como por exemplo, a qualidade e a conformidade dos produtos licitados ou dos processos de fabricação aos requisitos e padrões ambientais. Conforme previsto no RDC e na Lei das Estatais, a certificação ambiental agora se incorpora à nova Lei de Licitações por meio do inciso III do artigo 41, que veda a contratação de marca ou produto quando, mediante processo administrativo, restar comprovado que produtos adquiridos e utilizados anteriormente pela Administração não atendem a requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual.

Outra reprodução de previsões contidas no RDC e na Lei das Estatais pode ser encontrada no art. 44 da nova Lei de Licitações, que trata de obras e serviços de engenharia. Este artigo estabelece disposições finais relativas ao adequado tratamento dos resíduos sólidos gerados pelas obras, à utilização de produtos, equipamentos e serviços que sejam ecologicamente eficientes, à proteção do patrimônio histórico, cultural, imaterial e arqueológico, entre outros aspectos relevantes. Ademais, é

importante destacar que a nova lei permite a estipulação de remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em critérios de sustentabilidade ambiental.

Observa-se que a recente Lei de Licitações incorporou algumas inovações e ajustes específicos, como destacado por Nohara (2016, p.32), ao elevar a sustentabilidade a uma categoria de “norma jurídica de caráter geral e elevada carga valorativa”, tornando-a vinculante como a “mais elevada expressão do consenso social sobre os valores básicos a serem assegurados no Estado Democrático de Direito”. Uma dessas inovações é a inclusão do ciclo de vida do objeto licitado, que é um componente importante da vantajosidade da licitação.

Outrossim, a certificação ambiental, prevista tanto no RDC quanto na Lei das Estatais, é incorporada à nova Lei de Licitações, conforme mencionado no artigo 41, inciso III. Enquanto o artigo 44 da nova Lei aborda as disposições finais adequadas dos resíduos sólidos gerados pelas obras, a utilização de produtos, equipamentos e serviços ecologicamente eficientes, a proteção do patrimônio histórico, cultural, imaterial e arqueológico, entre outros aspectos. É importante que o tripé da sustentabilidade seja implementado de forma emergencial nas licitações como um elemento fundamental de governança.

## **COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS**

Como foi mencionado previamente, a implementação de compras públicas sustentáveis não é uma prática nova em âmbito internacional e nacional. Na Alemanha, esse tipo de contratação é adotado desde os anos 1980. No Brasil, os primeiros compromissos com políticas de contratação, produção e consumo sustentáveis foram assumidos na ECO-92, quando o Brasil se tornou signatário da Agenda 21 Global.

Aproximadamente dez anos depois, a publicação da Agenda 21 Brasileira reforçou o compromisso do país com o desenvolvimento sustentável. Mais tarde, em 2007, o Brasil aderiu

ao Processo de Marrakesh, no qual as compras públicas sustentáveis fizeram parte da força-tarefa de Marrakech.

No entanto, 2010 foi um ano significativo em relação à adoção de modelos sustentáveis de compras públicas. Em janeiro deste ano, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão estabeleceu critérios de sustentabilidade ambiental para aquisições de bens, serviços ou obras na Administração Pública Federal. Esse marco regulatório tornou-se o primeiro a tratar de licitações sustentáveis.

Outrossim, em 2010, o Portal de Contratações Sustentáveis do Governo Federal foi lançado para fornecer mais informações e práticas de contratação sustentável. O Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro também começou a realizar licitações sustentáveis e "computadores verdes" foram considerados como uma opção futura de aquisição pelo Ministério do Planejamento. Todas essas ações consolidaram 2010 como o ano das compras públicas sustentáveis.

É importante ressaltar que, mesmo antes das grandes ações relacionadas às compras governamentais sustentáveis e até mesmo antes da Constituição Federal de 1988, o Brasil já possuía legislações que exigiam essa importante observância ambiental. A Lei sobre Política Nacional do Meio Ambiente nº 6.938/1981, por exemplo, embora não focada em aquisições governamentais, possui princípios e definições aplicáveis a esse tipo de aquisição.

A escolha de critérios para adoção de compras públicas sustentáveis é um importante fator indutor para que proprietários e produtores adotem padrões de produção com foco em protocolos ambientais. Países desenvolvidos, como Áustria, Dinamarca e Holanda, já realizam compras públicas sustentáveis atualmente, pois incluíram essas questões de sustentabilidade em seus programas institucionais. Esses países foram reconhecidos como "altamente sustentáveis" em 2007 em relação às compras públicas sustentáveis.

O processo de compras públicas no Brasil é amplamente baseado no critério de "menor preço", muitas vezes negligenciando

a qualidade ambiental ou a origem dos produtos, como é o caso de pequenos produtores locais. Esse fator "preço" é um obstáculo para compras sustentáveis, mas tem havido um aumento na procura por produtos de boa qualidade que estão em conformidade com a legislação atual, o que está impulsionando a sua produção.

É importante considerar a "vantajosidade" como critério para aquisições, mas esse termo não deve ser interpretado como sinônimo de menor preço, já que não pode ser um atalho para desperdício de dinheiro público. Portanto, o preço não pode ser analisado isoladamente, mas sim em conjunto com outros fatores relevantes. Atualmente, as licitações sustentáveis incorporam os critérios necessários de seleção para garantir que os eventuais bens, serviços e obras tenham um impacto ambiental mínimo e demonstram preocupação com questões sociais, beneficiando a sociedade em geral, e não apenas as empresas. É importante analisar esses critérios e verificar se eles estão incorporados e respeitados em todas as fases das licitações sustentáveis.

Ao exigir a produção de produtos com menor impacto ambiental, as empresas serão motivadas a produzir bens mais sustentáveis, o que torna a competição não apenas baseada no preço mais baixo, mas também na sustentabilidade.

## **COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS NO CONTEXTO DA AGENDA 2030 E DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

Em decorrência da Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1992, a ONU reconheceu a necessidade de promover mudanças no modelo de consumo global e, para isso, destacou na Agenda 21 a importância da Administração Pública como um agente capaz de impulsionar a adoção de práticas mais sustentáveis no consumo. A partir disso, a Administração Pública tem sido vista como uma das principais entidades capazes de influenciar e liderar a transição para uma economia mais sustentável.

A Agenda 21 é um documento abrangente que consolida um amplo programa de sustentabilidade ambiental, que reafirma e expande as recomendações estabelecidas no Relatório de Brundtland. A Organização das Nações Unidas (ONU), ao atualizar sua agenda para a sustentabilidade, criou em setembro de 2015 a Agenda 2030, que estabeleceu dezessete objetivos para o processo de desenvolvimento sustentável. Esses objetivos, conhecidos como "ODS1", foram concebidos para orientar as decisões dos governos em todo o mundo nos próximos anos, com foco na erradicação da pobreza, questões de igualdade de gênero e acesso à energia limpa.

Na Agenda 2030, a ONU enfatizou novamente a importância de os governos adotarem práticas sustentáveis, visando sempre mais o desenvolvimento e a sustentabilidade. Nesse sentido, destacou-se a importância do papel do Estado como regulador e consumidor, ressaltando a necessidade de os governos adotarem formas sustentáveis de consumo. Entre os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável aprovados na Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável em 2015, o objetivo no 12 busca: "Assegurar padrões de produção e consumo sustentável", e inclui o subitem 12.7, que se concentra na "promoção de práticas de compras públicas sustentáveis de acordo com as políticas e prioridades nacionais" (ONU, 2015).

Para alcançar os objetivos estabelecidos na Agenda 2030, é essencial que as Compras Públicas Sustentáveis sejam efetivadas pelo Poder Público, juntamente com a criação e implementação de políticas para o desenvolvimento da sustentabilidade. Segundo Secchi (2013), uma política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público e as atividades decorrentes desta orientação também fazem parte da política pública. A formulação de políticas públicas não é mais atribuída somente ao Estado enquanto ator singular e monolítico, resultando da interação de muitos atores distintos (SCHEIDER, 2005).

Para o bom desempenho na realização das políticas públicas, é necessário o bom andamento das relações sociais desenvolvidas.

O procedimento de aquisições governamentais sustentáveis está unido com a postura de outros órgãos de controle governamental como o Tribunal de Contas, que possui notória importância nessa responsabilidade de ação.

O sistema de controle externo da Administração Pública, por intermédio de um Tribunal de Contas, é declarado inspiração republicana, tornando as Cortes de Contas contemporâneas das ideias de preservação da coisa pública (KELLES, 2007). Portanto, é necessário que os Tribunais de Contas recebam as Compras Públicas Sustentáveis de forma efetiva para que as políticas públicas em torno das aquisições governamentais sustentáveis sejam bem-sucedidas. Dificuldades no estabelecimento de parâmetros de sustentabilidade ambiental nas propostas de licitação.

## **DIFICULDADES NO ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL NAS PROPOSTAS DE LICITAÇÃO**

A implementação do Decreto 7.581 de 2011, que tem como objetivo regulamentar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, apresenta desafios intrigantes. O decreto determina a utilização de parâmetros de sustentabilidade ambiental como meio de avaliar propostas técnicas e licitações para contratos de projetos. Curiosamente, ele também concede à autoridade contratante o poder de estabelecer uma pontuação mínima, abaixo da qual uma proposta pode ser desqualificada.

No entanto, aprofundando-se no decreto, surgem as complexidades inerentes em fornecer descrições minuciosas para os parâmetros de sustentabilidade a serem utilizados. Essa complexidade surge principalmente pela vasta gama de parâmetros que podem ser adotados, cada um dependendo da natureza específica do projeto. Além disso, a novidade relativa ao assunto contribui para a dificuldade de legislar em detalhes exaustivos.

Conseqüentemente, é preciso contemplar a noção de estabelecer parâmetros mínimos consagrados na legislação. Como uma diretriz administrativa, é razoável esperar que a adoção de parâmetros específicos de sustentabilidade seja justificada pela autoridade governante. Além disso, as entidades públicas individuais possuem autonomia para abraçar parâmetros distintos que se alinhem com as características únicas do objeto da licitação, desde que essas escolhas sejam bem fundamentadas.

Para alcançar essa base, o processo de fundamentação deve ser rigorosamente embasado em considerações técnicas, abrangendo conhecimentos econômicos, sociológicos e ecológicos relacionados às amplas influências e conseqüências que o objeto da licitação pode exercer sobre o meio ambiente como um todo. É nessa avaliação complexa que a verdadeira essência da licitação sustentável ganha forma, harmonizando perspectivas diversas e insights intrincados em um quadro coeso que garante a proteção ambiental.

Essencialmente, a interação entre os requisitos multifacetados da licitação sustentável e a necessidade de uma articulação metódica exige um equilíbrio delicado. Alcançar esse equilíbrio entre abrangência e praticidade exige uma tomada de decisão perspicaz, recorrendo a um vasto reservatório de expertise interdisciplinar. Ao fazer isso, os processos de licitação pública podem transcender seus limites convencionais, abraçando as complexidades da sustentabilidade de maneira que impulse a conscientização ambiental e o progresso social a alturas sem precedentes.

## **CRITÉRIOS PARA AFERIR SUSTENTABILIDADE LICITAÇÃO NA CONSTRUÇÃO CIVIL**

A Instrução Normativa no 1 (IN) foi criada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), em 2010, com o objetivo de estabelecer os critérios de sustentabilidade ambiental

na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal. Na área da construção civil, há diversos parâmetros de sustentabilidade relacionados a obras como estradas, pontes, edifícios, entre outros, cada um com suas especificidades.

De acordo com o artigo 4º da IN, as especificações e exigências do projeto básico ou executivo para contratação de obras e serviços de engenharia devem ser elaboradas com o intuito de promover a economia na manutenção e operação da edificação, a redução do consumo de energia e água, bem como a utilização de tecnologias e materiais que minimizem o impacto ambiental. Exemplos dessas tecnologias incluem o uso de equipamentos de climatização mecânica em ambientes indispensáveis, sistemas de resfriamento do ar que utilizem energia elétrica somente quando necessário, automação da iluminação do prédio, lâmpadas fluorescentes compactas ou tubulares de alto rendimento, energia solar, medição individualizada de consumo de água e energia, reuso de água, entre outros.

Ao analisar a IN nº 1º, percebe-se que a legislação não estabelece parâmetros objetivos para determinar a sustentabilidade em relação a uma proposta na licitação, uma vez que foi elaborada com foco na formulação do objeto a ser licitado. Todas as empresas interessadas em participar da disputa pela elaboração e/ou execução de um projeto de engenharia na construção civil devem observar as disposições legais sobre parâmetros de sustentabilidade. Caberá à Administração Pública comunicar o que deve ser feito na obra para que os parâmetros de sustentabilidade sejam respeitados, pois o projeto a ser elaborado estará vinculado ao Projeto Básico estabelecido pela Administração Pública, seguindo as diretrizes da IN nº 1, de 19 de janeiro de 2010, para licitar obras ou serviços de engenharia.

Segundo o artigo 2º da IN, o edital deve formular as exigências ambientais de forma a não prejudicar a concorrência. No entanto, de acordo com o artigo 3º da mesma IN, nas licitações que adotarem como critério de julgamento a melhor técnica ou técnica e preço, os

critérios objetivos de sustentabilidade ambiental para avaliação e classificação das propostas devem ser estabelecidos no edital da licitação.

Dito isso, fica evidente que a responsabilidade de definir os parâmetros de sustentabilidade a serem observados em uma proposta recai sobre o órgão demandante do objeto, pois é ele quem elabora o edital de licitação. A execução de uma obra de construção civil envolve diferentes fatores limitantes e interações que são influenciados pela variabilidade ambiental, realidades socioeconômicas e peculiaridades locais. Por essa razão, muitas vezes é necessário realizar estudos técnicos para determinar quais parâmetros devem ser enfatizados em cada caso específico, como no caso da construção de uma estrada. A definição do projeto básico, conforme estabelecido pelo artigo 6º, item IX, da Lei 8.666 de 1993, demonstra a autonomia da Administração em determinar esses parâmetros:

Conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.

Os parâmetros de sustentabilidade estabelecidos pela Instrução Normativa nº 1, de 19 de janeiro de 2010, do MPOG, servem como diretrizes básicas e podem ser aprimorados de acordo com as necessidades de cada órgão público e de cada obra ou serviço a ser executado. No entanto, é fundamental observar toda a legislação ambiental e os regulamentos que regem as licitações no que diz respeito à conservação e proteção do meio ambiente, ao elaborar o Projeto Básico de Engenharia e o Edital de Licitação.

Por meio do estudo de impacto de vizinhança, é possível evitar problemas que surgem sem terem sido previamente considerados e que podem ser tão graves a ponto de questionar se a obra deveria ter sido realizada da mesma forma. Os passivos ambientais

resultantes de uma obra de construção civil podem gerar consequências econômicas e sociais externas que não justificam a resolução do problema inicial que motivou a realização da obra.

Portanto, percebe-se que a licitação será sustentável apenas se o objeto em questão também for sustentável. Isso significa que a obra, o serviço ou o produto a ser adquirido deve possuir características de execução ou produção que levem em consideração o planejamento necessário para a conservação e proteção ambiental.

Além disso, os critérios de julgamento das propostas em licitações do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço" permitem aumentos de sustentabilidade que podem variar de acordo com a concorrência entre as empresas, a fim de garantir que o objeto licitado seja executado da forma mais próxima possível do ideal, buscando maximizar o respeito e o cuidado com o meio ambiente.

## CONCLUSÃO

Percebe-se a necessidade de alinhar o diálogo entre os diversos atores envolvidos nos processos de gestão para garantir a aplicação correta do conceito de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável na gestão pública. No Brasil, as Compras Públicas Sustentáveis têm avançado nos últimos anos e são comuns em diversos níveis de organização da Administração, com o objetivo de impulsionar o desenvolvimento sustentável.

Os gastos públicos servem como impulsionador do crescimento econômico e incentivador para a aderência aos padrões de consumo e produção sustentável, que são benéficos para a sociedade e para o meio ambiente. A alteração da Lei de Licitações permitirá que a Administração Pública cumpra sua obrigação constitucional de proteger o meio ambiente, por meio da inclusão de critérios, normas e procedimentos que atendam aos aspectos técnicos exigidos e preservem o meio ambiente, além de promover o desenvolvimento do mercado com novas tecnologias.

Isso tornará as licitações e os contratos administrativos verdadeiros instrumentos de política ambiental. É crucial conscientizar que as licitações realizadas pelos governantes são um grande e importante instrumento para a implementação de medidas em prol do desenvolvimento sustentável.

Dito isso, é fundamental formar gestores públicos que sejam agentes transformadores e capazes de se adaptar rapidamente aos avanços científicos e tecnológicos, a fim de estabelecer uma nova ordem. O impacto da tecnologia na sociedade requer uma atualização constante das ações educacionais e uma reconstrução constante do cotidiano.

Uma maneira de desacelerar a destruição do planeta é através da utilização de licitações sustentáveis, que podem contribuir para a conservação e defesa do meio ambiente, uma vez que foram criadas devido à crescente preocupação com a rápida destruição do planeta.

Portanto, é essencial que a incorporação e disseminação das Compras Públicas Sustentáveis seja estabelecida gradual e planejadamente no país, a fim de que os setores responsáveis pelas compras públicas sustentáveis e os agentes do setor privado possam implementá-las da melhor maneira possível.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor. “Modalidades e Rito Procedimental da Licitação”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133/21. 1aEd. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ARAÚJO, Jurcelio; ROSA, Fernando. Fatores que afetam a colaboração em Compras Públicas Compartilhadas (CPC) e impactos desta no desempenho de serviços internos e compras do IF Goiano. In: XLI Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, 2017, São Paulo. Anais do XLI EnANPAD, 2017.

BARCELLOS, Bruno, M. e João Guterres Mattos. Licitações e Contratos. Grupo A, 2017. BERTOGNA, Viridiana. Princípios constitucionais ambientais aplicáveis às licitações sustentáveis. In: SANTOS, Maurilio Giordan; BARKI, Tereza Villac Pinheiro (Coord.). Licitações e contratações públicas sustentáveis. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BIDERMAN, R. et al (orgs). Guia de compras públicas sustentáveis: Uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Ed.FGV, 2008.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 16 de jan. 23.

BRASIL, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons)

Acesso em 05 de fev. 23.

BRASIL, Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, edá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm) Acesso em 05 de fev. 23.

BRASIL, Lei n. 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Altera as Leis n. 8.666, de 21 de junho de 1993, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o §1o do art. 2o da Lei n. 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm) Acesso em 05 de fev. 23.

BRASIL, Lei n. 14.133, de 1o de abril de 2021. Nova Lei Geral de Licitações e Contratos públicos. Brasília, DF, abril 2021. Disponível

em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em 05 de fev. 23.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. Nosso futuro comum—Chame à ação. *Conservação Ambiental*, v. 14, n. 4, pág. 291-294, 1987.

CARVALHO, Flávia Gualtieri; FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira; VILLAC, Teresa. Guia Nacional de Licitações Sustentáveis. Brasília: AGU, 2016. Disponível em <<https://portal.ifba.edu.br/proap/documentos-arquivos/normas-e-leis/Guianacionaldelicitacessustentaveis.pdf>>. Acesso em 20 de fev. 23.

DE VRIES, H. J; BAYRAMOGLU, D. K.; VAN DER WIELE, T. Business and environmental impact of ISO 14001. *Int. Journal Quality & Reliability Manag.*, v. 29, n. 4, p.425 – 435, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*. 35ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FILHO, Marçal Justen, *Curso de Direito Administrativo*. 10ª Ed. Revista dos Tribunais (RT), 2014

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; JÚNIOR, Carlos Vitor. Licitação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2019. p. 355- 424.

GUIMARÃES, R. A ética da sustentabilidade e a formulação de políticas de desenvolvimento. In: VIANA, G. et al. (Org.) **O desafio da sustentabilidade**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, Paulo Daniel Barreto. *Excelência em Gestão Pública*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2007.

MAMEDE, Filipe Regne. **Compras verdes: o paradigma da sustentabilidade aplicado às licitações públicas**. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, v. 10, n.120, dez. 2011

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 451.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Noerci da Silva. Os limites imanentes ao conceito de meio ambiente como bem de uso comum do povo. 2007. 83 p. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental). Universidade de Caxias do Sul, 2007.

**MILARÉ, ÉDIS (ORG).** Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco. 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NOHARA, Irene Patricia. **Fundamentos de Direito Público.** São Paulo: Atlas, 2016, p.32.

NIEBUHR, Joele NIEBUHR, Pedro. Licitações e Contratos das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OLIVEIRA, Rafael. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática.** 7a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

\_\_\_\_\_. \_ONU. Organização das Nações Unidas. Agenda 21 – Programme of action for sustainable development. Nova York: Nações Unidas, 1992. Disponível em: <<https://brasil.un.org/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2023.

PEREIRA, Adriana Camargo; SILVA, Gibson Zucca da; CARBONARI, Maria Elisa Ehrhardt. **Sustentabilidade, responsabilidade social e meio ambiente.** São Paulo. Editora Saraiva, 2011.

PÉRCIO, Gabriela, A importância das compras públicas no Brasil. 2018. Disponível em: <<https://www.compraspublicasbrasil.gov.br/portal/publicacoes/a-importancia-das-compras-publicas>>. Acesso em: 16 de outubro de 2022.

PINTO, Mariana Oliveira. Economia, meio ambiente, consumo e estado: As contratações públicas como instrumento de desenvolvimento sustentável. Brasília, 2012.95f. – Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público. SEBRAE. O que é um produto sustentável?2015. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/o-que-e-e-um-produto-sustentavel,3o>> . Acesso em 25/01/2023.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análises, casos práticos.** São Paulo: CENGAGE Learning, 2012.

SCARANO, F; MARTINELLI, G. Brazilian List of Threatened Plant Species: Reconciling Scientific Uncertainty and Political Decision Making. *Natureza e Conservação* 8(1): 1-5. Associação Brasileira de Ciência Ecológica e Conservação – ABECO, 2010.

SCHNEIDER, VOLKER. Redes de políticas públicas e a condução de sociedades complexas. **Revista Civitas**. Porto alegre, v. 5 n. 1, jan-jun 2005, p. 29-58.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, M. E OLIVERO, S. Compras Públicas Sustentáveis: um Estudo da Incorporação de Critérios Socioambientais nas Licitações do Governo do Estado de São Paulo. IN: Anais do XXXIV Encontro da Anpad. Rio de Janeiro 2010.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Marco Legal das Licitações e Compras Sustentáveis na Administração Pública. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados: Centro de Documentação e Informação, 2011.

## NULIDADES DO AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL

Jefferson Rodrigo Bianchini Marques

Jaqueline Karina Rodrigues de Lima

Fernando Coelho Mirault Pinto

João Carlos Lima de Oliveira

### INTRODUÇÃO

A discussão sobre a proteção do meio ambiente e a utilização dos recursos naturais tem se tornado cada vez mais evidente no século XXI em razão das constantes mudanças climáticas globais. Desta forma, observa-se a necessidade de aperfeiçoamento nos meios de controle e fiscalização ambientais assegurando a exploração de forma racional e sustentável dos recursos naturais.

No Brasil, a Política Nacional de Meio Ambiente instituída através da Lei Federal nº 6.938/81, de 31 de agosto de 1981 em seu art. 3º, inciso I, define como meio ambiente “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

No que tange a proteção ao meio ambiente, a Constituição Federal Brasileira de 1988, dedicou o Capítulo VI inteiro a este tema, norteando os direitos e deveres a serem cumpridos pela sociedade e pelo Estado como um todo. O art. 225, § 3º da CRFB/88 previu que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Somado a este dispositivo, a Lei Federal nº 9.065/98, de 12 de fevereiro de 1998, conhecida vulgarmente como Lei de Crimes Ambientais, trata das infrações administrativas por lesão ao meio ambiente, estabelecendo as sanções civis, penais e administrativas

a pessoas físicas e jurídicas quando constatada a ocorrência da infração ambiental.

O art. 70, §1o, da Lei Federal nº9.065/98, de 12 de fevereiro de 1998, que trata sobre a infração administrativa, assim define:

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente. § 1o São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitâneas dos Portos, do Ministério da Marinha.

Para regulamentar a Lei Federal nº 9.065/98, de 12 de Fevereiro de 1998, foi publicado o Decreto Federal nº 6.514/08, de 22 de Julho de 2008, o qual, dispõe sobre as sanções e infrações administrativas aplicadas àqueles que degradarem, de alguma forma o meio ambiente, estabelecendo também o processo administrativo a ser instaurado para apurar infrações ambientais.

No mesmo sentido, a Instrução Normativa Conjunta MMA/IBAMA/ICMBio nº 01, de 12 de abril de 2021, regulamenta o processo administrativo federal para apuração de infrações administrativas por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Conforme redação do artigo 15 da referida legislação

Constatando a ocorrência de infração administrativa ambiental, o agente ambiental federal designado para atividades de fiscalização lavrará auto de infração, dando início ao processo administrativo sancionador, em termo próprio por meio do qual indicará a imposição de sanções e formalizará a aplicação de medidas.

Assim, em relação às sanções administrativas relacionadas às práticas de infrações ambientais, abordaremos a matéria relacionada ao Auto de Infração Ambiental, conhecido como AIA. A Instrução Normativa Conjunta MMA/IBAMA/ICMBio nº01, de 12 de abril de 2021 em seu art. 6o, inciso III, define auto de infração ambiental como “o documento destinado à descrição clara e

objetiva da infração administrativa ambiental constatada, no qual constam a indicação dos dispositivos legais e regulamentares infringidos e a sanção cabível”.<sup>3</sup>

O AIA é classificado como um documento formal, lavrado em formulário próprio por agentes fiscais que atuam nos órgãos de licenciamento e fiscalização ambiental Federal, Estadual e Municipal a exemplo de (IBAMA, IMASUL, SEMADUR, Polícia Militar Ambiental, etc.), sendo tratado como o processo administrativo próprio destinado à apuração da existência ou não da infração ambiental, assegurando à parte autuada o direito ao contraditório e ampla defesa.

O Decreto Federal nº 6.514/08, de 22 de julho de 2008, que, dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelecendo o processo administrativo federal para apuração destas infrações, traz em seu art. 4º os requisitos necessários e formalidades a serem cumpridas na lavratura do auto de infração, vejamos:

Art. 4o O agente autuante, ao lavrar o auto de infração, indicará as sanções estabelecidas neste Decreto, observando: I – a gravidade dos fatos, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente; II - antecedentes do infrator, quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; e III - situação econômica do infrator.

Importante ressaltar que, mediante a lavratura e preenchimento do auto de infração, a autoridade competente deve obedecer ao princípio da legalidade, observando os requisitos de validade previstos na norma ambiental aplicável, sob pena de torná-lo passível de invalidação.

Contudo, mesmo que a infração ambiental seja detectada, torna-se necessário ao agente fiscalizador, observar as formalidades necessárias do ato administrativo, objetivando validar a autuação, pois, a Administração Pública deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Portanto, a análise sobre as nulidades de auto de infração ambiental se faz necessária, como forma de entender os principais motivos que levam à nulidade dos autos, causando prejuízos à administração pública.

Para elaboração do trabalho foi empregada a metodologia de revisão bibliográfica utilizando-se do método de pesquisa indutiva baseada em pesquisa de jurisprudências e referências bibliográficas sobre o tema abordado. Desta forma, para analisar com maior profundidade os erros mais comuns que causam nulidades do auto de infração ambiental e se os Tribunais Superiores têm anulados os autos de infração em razão de suas nulidades, foi necessário formular uma questão problema a qual aborda a natureza jurídica do auto de infração ambiental e suas hipóteses de nulidades.

O objetivo geral traçado para encontrar as respostas e fundamentar a pesquisa foi analisar as causas de nulidades do auto de infração ambiental quando não obedecidos o princípio da legalidade e os requisitos de validade durante o preenchimento do auto, e como objetivos específicos foram: analisar os erros mais comuns que causam nulidades dos autos de infração ambiental, e avaliar se os tribunais superiores têm anulados autos de infração ambiental em razão de suas nulidades.

## **O QUE É AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL**

O Auto de Infração Ambiental (AIA) é o procedimento administrativo destinado à apuração e correção de toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente. De acordo com Trennepohl, et al (2008) o auto de infração ambiental representa o resultado do exercício do poder de polícia administrativa do Estado e, como tal, goza de presunção *juris tantum* de veracidade.

Ainda, conforme Trennepohl (2008) a jurisprudência está consolidada quanto a presunção de legitimidade e veracidade do AIA, de modo que, para informá-lo, o interessado deve fazer alegações sérias, relevantes e com um mínimo de verossimilhança,

cabendo ao autuado provar os argumentos que apresenta em sua defesa, no sentido de desconstituir o ato do agente público. Simplesmente questionar fatos apontados no auto infracional, sem comprovação sólida das afirmativas, sem anexar laudos técnicos de profissionais habilitados ou apresentar elementos claros de convencimento para refutar o conteúdo do Auto de Infração, não tem o condão de desconstituir a autuação.

O AIA tem previsão legal nos artigos 708 a 76 da Lei Federal nº 9605/98, e pode ser lavrado por agentes ambientais designados para a função de fiscalização, contra pessoas físicas ou jurídicas que, por meio de ação ou omissão, violem as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente, o formulário deve ser preenchido buscando identificar os atos infracionais contendo as seguintes descrições:

- a) Identificação do autuado;
- b) Descrição da infração administrativa constatada;
- c) Correta delimitação da área atingida/afetada;
- d) Indicação dos dispositivos legais violados pelo autor;
- e) Imposição das sanções aplicáveis, tais como (advertência, multa, apreensão de máquinas/equipamentos/animais, etc)
- f) Suspensão parcial ou total das atividades praticadas, e
- g) Data e local da infração.

Atualmente o AIA é lavrado em formulário próprio, por meio eletrônico, devendo constar em seu conteúdo as informações, conforme itens supracitados. Assim, podemos dizer que o AIA é o primeiro passo do processo administrativo destinado à investigar se houve ou não infração ambiental, assegurando ao autor o direito ao contraditório e à ampla defesa conforme previsão do artigo 5o, inciso LV, da Constituição Federal de 1988 “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

## REQUISITOS DO AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL

O AIA deve apresentar a descrição das circunstâncias que levaram à comprovação da infração ambiental e à correta identificação da autoria. Geralmente vem acompanhado de notificação e laudo de constatação feito pelos agentes ambientais, contendo este último, registros que comprovem a infração ambiental permitindo à autoridade julgadora promover a análise dos fatos, concluindo se a atividade praticada pelo autor constitui ou não crime ambiental. Conforme determina o art. 16 do Decreto Federal nº 6.514/08, de 22 de julho de 2008 especificamente no caso de áreas irregularmente desmatadas ou queimadas, o agente ambiental autuante deve colher todas as provas possíveis de autoria e materialidade no ato da fiscalização. Necessita também, mencionar a expansão do dano, podendo se apoiar em documentos, fotos e dados de localização, usando-se até mesmo das coordenadas geográficas do local para futuro georreferenciamento do perímetro da área afetada.

No preenchimento auto de infração deve ser garantido ao infrator ambiental o devido processo legal, perpendicular aos princípios do contraditório e à ampla defesa. Cabe a alegação usar dos expedientes a ela inerentes, segundo disposto na Constituição Federal de 1988, na Lei Federal nº 9.605/98, de 12 de Fevereiro de 1998 (artigo 70, §4o) e Lei Federal nº 9.784/99, de 29 Janeiro de 1999 (artigo 2o). Ainda, cabe salientar que, a definição que exclui informações para o completo exercício do direito de defesa é tida por vício protocolar e irremediável que acarreta a nulidade do auto de infração ambiental.

Conforme leciona Farenzena (2019) , para que se torne válido, o AIA deve conter os requisitos mínimos de validade, tais como:

- a) Ser lavrado em formulário próprio;
- b) A competência para a lavratura do auto e dos agentes fiscais que atuam nos órgãos de licenciamento e fiscalização ambiental;
- c) Identificar corretamente o autuado;
- d) Identificar o imóvel;

- e) Descrever de forma clara e objetiva as infrações administrativas constadas in loco;
- f) Indicar de forma correta os dispositivos legais infringidos pelo autor;
- g) Descrever as circunstâncias que levaram à constatação da infração ambiental;
- h) Conter o registro do dano ambiental feito através de fotografias, vídeos, mapas ou outros meios de prova que comprovem indícios de autoria e materialidade;
- i) Apresentar os critérios utilizados para a quantificação do dano e valor da multa;
- j) Não deverá conter emendas ou rasuras que comprometam sua autenticidade/validade.

Importante ressaltar que, no momento da lavratura, não sendo possível coletar todas as informações necessárias ao preenchimento AIA, é possível que, posteriormente, seja feita a complementação das informações, desde que não implique modificação do fato descrito no documento inicialmente. Trennepohl et al (2008), ressalta que o AIA pode, no entanto, conter erro formal no preenchimento, o que leva à necessidade de saneamento ou anulação por parte da autoridade competente. É indiscutível que o documento não pode apresentar falhas ou imprecisões que dificultem ou impeçam a defesa, como erros ou dubiedade na descrição do fato combatido, no enquadramento ou na dosagem da penalidade.

Nesse sentido, os autores supracitados afirmam que, a forma não pode se sobrepor ao conteúdo, mas é imprescindível, sob pena de nulidade, que o fato que ensejou a autuação esteja claramente registrado e descrito e os dispositivos infringidos anotados corretamente, para que a defesa do autuado não reste prejudicada. Assim, observa-se que o preenchimento correto ao AIA é fundamental para garantir a legitimidade da autuação e comprovação dos danos causados, pois, além de assegurar à administração pública o exercício da função de fiscalização, possibilita ao autor o direito de defesa.

## COMPETÊNCIA PARA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL

De acordo com os ensinamentos de Antunes (2021) , a fiscalização ambiental é uma das atividades mais relevantes para a proteção do meio ambiente, pois é por meio dela que danos ambientais podem ser evitados e, se consumados, reprimidos. No entanto, nem sempre a fiscalização é exercida com a observância das normas próprias, do respeito aos cidadãos e de forma isenta. Um dos motivos mais importantes para que isso ocorra é que, simplesmente, as regras de fiscalização são desconhecidas pelo público e, não raras vezes, até pelos próprios fiscais.

Para que se possa compreender os seus mecanismos de fiscalização, é necessário que se examinem os termos da Lei Federal no 10.410/2002, de 11 de janeiro de 2002, a qual cria e disciplina a carreira de Especialista em Meio Ambiente. Por esta Lei, conforme artigo 4º, o cargo de analista ambiental tem as seguintes atribuições:

Planejamento ambiental, organizacional e estratégico afetos à execução das políticas nacionais de meio ambiente formuladas no âmbito da União, em especial as que se relacionem com as seguintes atividades: I – regulação, controle, fiscalização, licenciamento e auditoria ambiental; II – Monitoramento ambiental; III – gestão, proteção e controle da qualidade ambiental; IV – Ordenamento dos recursos florestais e pesqueiros; V – Conservação dos ecossistemas e das espécies neles inseridas, incluindo seu manejo e proteção; e VI – estímulo e difusão de tecnologias, informação e educação ambientais.

Em complemento, destaca Sarlet e Fensterseifer (2022) que, a legislação ambiental estabelece de forma específica “quem” são as autoridades competentes para a lavratura do auto de infração e instauração do processo administrativo ambiental, inclusive em respeito ao devido processo legal em sede administrativa. O § 1o do art. 70 da Lei Federal no 9.605/98, dispõe, nesse sentido, que:

Art. 70. (...) § 1o São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos

ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitânicas dos Portos, do Ministério da Marinha.

Na mesma linha, o § 2º do art. 70 da Lei Federal nº 9.605/98 ainda acrescenta que “qualquer pessoa, constatando infração ambiental, poderá dirigir representação às autoridades relacionadas no parágrafo anterior, para efeito do exercício do seu poder de polícia” Deste modo, Sarlet e Fensterseifer (2022) descrevem que o mais correto seria a imposição de um dever de comunicação de infração ambiental a toda a coletividade, inclusive por força do que dispõe o caput do art. 225 da CF/1988 e da natureza de direito-dever inerente ao direito fundamental a viver em um meio ambiente sadio, equilibrado e seguro. Lastreado pelo ideal de uma democracia participativa ecológica, além do próprio dever fundamental de proteção ambiental a cargo dos particulares, o dispositivo em análise ilustra bem a relevância da participação e cooperação do cidadão no exercício do poder de polícia ambiental a cargo das autoridades públicas ambientais.

No tocante à autoridade administrativa ambiental, por outro lado, o legislador consignou expressamente a sua obrigação de agir e promover a apuração imediata de infração administrativa ambiental de que tenha conhecimento. É o que dispõe de forma expressa o § 3º do art. 70 da Lei Federal nº 9.605/98:

§ 3º A autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de corresponsabilidade”. O dispositivo citado estabelece, de forma absolutamente condizente com os correspondentes deveres de proteção ambiental do Estado, a corresponsabilidade (com o poluidor) da autoridade ambiental que se omitir ou mesmo atuar de forma insuficiente na apuração de infração ambiental

Nesse sentido, em matéria de competência para lavratura do Auto de Infração Ambiental, pode-se dizer que todos servidores ou funcionários dos órgãos ambientais competentes têm atribuição

para lavratura do auto desde que estejam designados para a atividade de fiscalização.

## **O AUTO DE INFRAÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Por ser tratar de ato administrativo, autos de infração ambiental são passíveis de invalidação (anuláveis) ou inválidos (nulos), quando não preenchidos os requisitos de legalidade e validade do ato administrativo, dentre eles, destacam-se a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto. A Lei Federal n.º 9.784/1999, de 29 de Janeiro de 1999, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, elenca em seu art. 2º os princípios norteadores pertinentes ao processo administrativo os quais deverão ser observados pela administração pública no exercício da função administrativa. Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência

A invalidação dos atos administrativos pode ser feita de duas formas, por meio da revogação ou da anulação no âmbito do processo administrativo previsto no art. 53, da Lei Federal nº 9.784/1999, in verbis<sup>19</sup>: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”. No mesmo sentido, o enunciado da Súmula 473 do STF (Supremo Tribunal Federal) consagra a competência judicial para a anulação dos atos administrativos ilegais, vejamos:

Súmula 473 (STF) - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial

Portanto, após análise dos dispositivos legais elencados, nota-se que, por se tratar de ato administrativo, autos de infração ambiental, devem necessariamente obedecer ao princípio da legalidade preenchendo em conjunto os requisitos de validade, sob pena de serem declarados nulos ou anuláveis.

## **CAUSAS DE ANULAÇÃO OU NULIDADE DE AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL**

Conforme leciona Farenzena (2019) existem equívocos quando da lavratura do auto de infração ambiental ou durante o processo administrativo são comuns, podendo causar a anulação (por se tratar de vício sanável), ou nulidade dos atos administrativos (em razão da existência de vícios insanáveis).

Ainda, conforme o autor supracitado existe 2 tipos de vícios, o vício insanável é aquele em que a correção da autuação implica modificação do fato descrito no auto de infração e não pode ser convalidado, devendo ser declarado nulo pela autoridade julgadora competente, que determinará o arquivamento do processo após o pronunciamento do órgão jurídico que atua junto à respectiva unidade administrativa da entidade responsável pela autuação. São exemplos de vício insanável, a prescrição e a ilegitimidade. Já o vício sanável é aquele que, apesar de produzido em desacordo com o Direito, pode ser convalidado pela Administração Pública, por apresentar erro irrelevante. Ou seja, não constituem erro de direito ou de fato, mas sim mero erro material na decisão administrativa quando efetivou o ato administrativo. Como exemplo de vício sanável podemos citar erro de grafia lançado no auto de infração, referência inexata do ano de publicação de uma lei, erro de capitulação de um parágrafo.

Ainda, conforme o próprio autor, na prática existem situações que culminam na anulação ou nulidade de autos de infração ambiental ou processos, tanto na esfera administrativa como por meio de processos judiciais, dentre os mais comuns:

- a) Ofensa aos princípios da Administração Pública, o direito administrativo ambiental é solidificado sobre os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público pela administração. Qualquer ato administrativo que se desencontre de tais princípios será necessariamente inválido.
- b) Incompetência, é caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou, porém pode ser convalidado se o agente competente assim o declarar.
- c) Ilegitimidade, é nulo o auto de infração ambiental lavrado contra terceiro, pois a responsabilidade administrativa é exclusiva do infrator, não sendo possível a aplicação de nenhuma sanção a terceiros que não tenham concorrido para o dano ambiental, por força do princípio da intranscendência das penas (art. 5o, inc. XLV, CF/88), aplicável não só no âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, como é o caso do direito administrativo.
- d) Finalidade, o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência (não aceita convalidação, sendo insanável).
- e) Forma, o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato (admite convalidação, considerando a gravidade ou não do vício, sendo sanável).
- f) Motivo ou causa, a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou direito, em que se fundamentou o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido (insanável).
- g) Objeto ou conteúdo, a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo (insanável).
- h) Ausência de motivação da decisão, a autoridade ambiental deve demonstrar em sua decisão sancionadora, que os pressupostos do auto de infração realmente existiram, tornando-se necessária ao ato administrativo para assegurar o pleno exercício do direito do contraditório e da ampla defesa, com observância do devido processo legal, como garantias constitucionalmente consagradas.
- i) Ausência de autoria, a responsabilidade administrativa ambiental é subjetiva, ou seja, exige demonstração de que a conduta foi cometida pelo infrator, além de prova do nexo causal entre o comportamento e o dano.
- j) Cerceamento de defesa, o julgamento de um auto de infração ambiental com o indeferimento do pedido expresso de produção de provas especificadas na defesa prévia representa cerceamento de defesa e ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

k) Atipicidade da conduta, o enquadramento equivocado da infração gera a nulidade do auto de infração.

l) Ausência de intimação para apresentação de alegações finais, é um direito do autuado previsto em lei e sua ausência caracteriza a nulidade do auto de infração.

m) Prescrição intercorrente, incide a prescrição no procedimento de apuração do auto de infração paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho.

n) Prescrição quinquenal, prescreve em 05 anos, contados da data da prática do ato ou, em sendo infração permanente, do dia em que tiver cessado, a ação da administração para apurar a prática dos atos infracionais ambientais;

o) Auto de infração ambiental lavrado por ocupante de cargo comissionado, não sendo titular de função ou cargo público investido por concurso público, o ocupante de cargo comissionado não detém competência ou atribuição para lavrar auto de infração ambiental.

p) Modificação do fato, haverá nulidade do auto, quando houver erro no quantitativo que resulte na modificação do fato descrito pelo agente fiscalizador.

q) Erro ao notificar prazo de recurso, não basta publicar a decisão final de um processo administrativo no Diário Oficial, é preciso também enviar a intimação com o prazo recursal para o endereço do interessado, sob pena de violação das garantias do devido processo legal e da ampla defesa.

Considerando que o direito administrativo ambiental tem como base os princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse do particular e da indisponibilidade do interesse público pela administração, qualquer ato administrativo praticado em desconformidade a tais princípios deverá necessariamente ser declarado inválido.

Desta forma, observa-se que, o auto de infração ambiental que apresentar vício sanável poderá, a qualquer tempo, ser convalidado de ofício pela autoridade julgadora, mediante despacho saneador, e que, em se tratando de vício insanável, a autoridade julgadora competente deverá declará-lo nulo.

## VÍCIOS E ERROS FORMAIS COM BASE EM JURISPRUDÊNCIAS

Um vício formal recorrente em relação ao preenchimento do auto de infração ambiental está relacionado ao nome do imóvel, pois, muitas vezes, à medida em que há mudança na titularidade do imóvel através da venda, normalmente altera-se o nome da propriedade rural. Porém, habitualmente, por determinado período os moradores das propriedades vizinhas reconhecem o imóvel pelo antigo nome, sendo que este tipo de erro formal não apresenta robustez suficiente para caracterizar a nulidade do AIA.

Nestes casos, para correção de erros formais sanáveis, a autoridade julgadora poderá convalidar o erro de ofício, amparado pelo art. 99 do Decreto Federal nº 6.514/2008, de 22 de julho de 2008, o qual destaca que “o auto de infração que apresentar vício sanável poderá ser, a qualquer tempo, convalidado de ofício pela autoridade julgadora”.

Desta forma, não há o que se falar em nulidade de auto de infração por ocorrência de erro formal, pois, há entendimento jurisprudencial firmado em relação ao tema. Sobre a matéria, recentemente o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que erro formal sanável não caracteriza nulidade do Auto de Infração Ambiental, conforme ementa do TRF-4 -(AC: 50069439120184047202 SC 5006943-91.2018.4.04.7202, Relator: RÔMULO PIZZOLATTI, Data de Julgamento: 14/10/2021, SEGUNDA TURMA).

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IBAMA. NULIDADE DA SENTENÇA. VÍCIO EXTRA PETITA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. NOTIFICAÇÃO. NULIDADE DA CDA. VÍCIO FORMAL ALTERAÇÃO DO ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO. AGRAVAMENTO DA PENALIDADE. MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA. MULTA AMBIENTAL. ADVERTÊNCIA PRÉVIA. DOSIMETRIA.SELIC. TERMO INICIAL. 1. Não há de se falar em decisão extra petita quando julgados improcedentes todos os pedidos do

embargante. Por outro lado, tratando-se de direitos indisponíveis, não há confissão decorrente da inobservância do ônus da impugnação específica pela embargada. 2. Constatada omissão na sentença, impõe-se o enfrentamento do mérito pelo Tribunal, nos termos do art. 1.013, § 3o, do CPC. 3. É válida a intimação recebida pelo procurador com poderes para representar o autuado no processo administrativo. 4. A constatação de irregularidade formal na CDA, decorrente da indicação de dispositivo legal errôneo, não acarreta a nulidade do título executivo quando não houver prejuízo à defesa do embargante. 5. O erro no enquadramento legal da infração não implica vício insanável e não prejudica a defesa da autuada, uma vez que está se defendeu dos fatos individualizados no auto de infração. 6. O autuado foi devidamente intimado acerca da existência de circunstância agravante, nos termos do art. 123, parágrafo único, do Decreto no 6.514, de 2008. 7. Não havendo nova controvérsia jurídica, não há necessidade de remessa do processo administrativo após o recurso do autuado, nos termos do art. 125, § 2o art. 127, § 1o, da Instrução Normativa no 14, de 2009, do IBAMA. Ademais, não houve qualquer prejuízo à defesa. 8. A jurisprudência é pacífica no sentido de que o art. 72, § 3o, da Lei no 9.605/1998, não impõe que a pena de multa seja precedida de advertência. 9. A multa encontra-se dentro dos parâmetros legais e foi devidamente fundamentada segundo os critérios legais vigentes à época da infração, não cabendo revisão pelo Poder Judiciário, sob pena de indevida incursão no mérito administrativo. 10. A incidência de juros e correção monetária pela SELIC se dá a partir do primeiro dia útil do mês subsequente ao vencimento da multa, o qual ocorre após a constituição definitiva do crédito, com o no final do prazo outorgado para o pagamento pelo devedor.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consolida a possibilidade de correção do auto de infração ambiental quando se trata de erro formal sanável do TJ-SP - (AI: 21899055820218260000 SP 2189905-58.2021.8.26.0000, Relator: Paulo Alcides, Data de Julgamento: 20/10/2021, 2a Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data de Publicação: 20/10/2021).

EXECUÇÃO FISCAL. COBRANÇA DE MULTA AMBIENTAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. REJEIÇÃO. AGRAVO DA EXECUTADA. VALIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO (GERADOR DA "CDA") CONFIRMADA PELA TURMA JULGADORA EM AÇÃO ANULATÓRIA. INVIABILIDADE DE REDISCUSSÃO DA QUESTÃO. OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. ERRO MATERIAL CONTIDO NA CDA (A RESPEITO DO LOCAL DA INFRAÇÃO) IMPASSÍVEL DE PREJUDICAR O EXERCÍCIO

DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. FIG INCORPORADORA E CONSTRUTORA EIRELLI interpõe recurso de agravo de instrumento contra a r. decisão que, em ação de execução fiscal proposta pelo ESTADO DE SÃO PAULO, rejeitou a exceção de pré- executividade ofertada pela agravante. Alega, em suma, a nulidade da CDA devido a existência de vícios formais. Cita jurisprudência e PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO doutrina sobre a matéria. Requer a extinção da execução (fls. 01/13). É o relatório. Trata-se de ação de execução fiscal proposta pela Fazenda do Estado de São Paulo visando a cobrança de multa ambiental inadimplida. Citada, a agravante apresentou exceção de pré-execuividade, rejeitada pelo MM. juízo a quo. O recurso não comporta provimento. O auto de infração gerador da CDA teve sua validade formal e material confirmada pela Turma julgadora em ação anulatória proposta pela agravante (processo no 1013203-47.2015.8.26.0564). No presente incidente, a agravante apenas reitera questões relacionadas à supostas irregularidades do ato administrativo, o que se releva inadmissível diante da ocorrência da preclusão. Ademais, como bem observou o magistrado a quo, o erro material contido na CDA (a respeito do local da infração) é facilmente retificável e não influencia no exercício do contraditório. Outras considerações são desnecessárias para confirmar a r. decisão agravada por seus próprios e jurídicos fundamentos. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Em se tratando de erros insanáveis, um exemplo clássico, é a autuação de pessoa jurídica proprietária de motosserra que a empresta para uma terceira pessoa, utilizando-a para desmatamento não autorizado. No caso, ao invés de autuar a pessoa que estava utilizando a motosserra, o agente autua erroneamente a empresa proprietária do equipamento, sendo que, o fato ilícito é o desmatamento irregular e não o empréstimo e a sua propriedade. Outro exemplo de erro insanável recorrente nos autos de infração ambiental é a inexatidão no preenchimento dos autos quanto às coordenadas geográficas utilizadas para dimensionar e apontar onde houve a infração ambiental.

Contudo, na ocorrência de vícios insanáveis, nos casos em que o auto de infração for declarado nulo e estiver caracterizada a conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente, deverá ser lavrado

novo auto pela autoridade competente, observando a disposição do art. 100 do Decreto Federal nº 6.514/2008, nestes termos:

Art. 100. O auto de infração que apresentar vício insanável será declarado nulo pela autoridade julgadora. § 1º Para os efeitos do caput, considera-se vício insanável aquele em que a correção da autuação implica modificação do fato descrito no auto de infração. § 2º Nos casos em que o auto de infração for declarado nulo e estiver caracterizada a conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente, deverá ser lavrado novo auto, observadas as regras relativas à prescrição. § 3º o erro no enquadramento legal da infração não implica vício insanável, podendo ser alterado pela autoridade julgadora mediante decisão fundamentada que retifique o auto de infração.

Portanto, mesmo que haja erro insanável no preenchimento do auto de infração, se comprovada a conduta lesiva ao meio ambiente poderá ser lavrado novo auto. Nesse sentido, consolida-se jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cita-se o TRF-1 - AC: 00048957820154013600, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 04/07/2022, 8ª Turma, Data de Publicação: PJe 06/07/2022 PAG PJe 06/07/2022, p. 1).

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. IBAMA. MULTA. DESMATAMENTO. ERRO NA DESCRIÇÃO DAS COORDENADAS DO IMÓVEL. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. 1. Trata-se de recurso contra a sentença que reconheceu a ausência de responsabilidade do apelado por dano ambiental em razão de as coordenadas geográficas constantes do auto de infração indicarem a propriedade vizinha. 2. Considera-se vício insanável aquele em que a correção da autuação implica modificação do fato descrito no auto de infração. AC 000463.44.2009.4.01.3303, Sexta Turma, Rel. Desemb. Federal Jirair Aram Meguerian, e-DJF 24/02/2017). 3. No caso concreto, a área em que teria ocorrido a queimada não corresponde às coordenadas da propriedade do apelado, de modo que se pode concluir que sua retificação posterior implicaria modificação do fato descrito. 4. A constatação de vício insanável impõe a nulidade do auto de infração, sendo possível a imputação do mesmo fato ao infrator se lavrado novo auto dentro do prazo prescricional ( § 2º do art. 100 do Decreto no 6.514/2008). 5. Acerca do auto de infração dispõe o art. 97 do Decreto n. 6.514/08: O auto de infração deverá ser lavrado em impresso próprio, com a identificação do autuado, a descrição clara e

objetiva das infrações administrativas constatadas e a indicação dos respectivos dispositivos legais e regulamentares infringidos, não devendo conter emendas ou rasuras que comprometam sua validade. 6. Recurso de apelação a que se nega provimento.

Contudo, em se tratando de vício insanável, considerando aquele em que não é admitido a convalidação pela administração pública, deverá ser promovida a nulidade do ato administrativo. Como exemplo, podemos citar a ausência de notificação válida do autuado, impedindo-lhe o direito ao contraditório e à ampla defesa. Nesse sentido, o ato da administração pública deverá ser declarado nulo conforme entendimento jurisprudencial abaixo destacado ficou destacado ainda pelo TRF-1 - AC: 00601795520154019199, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO, Data de Julgamento: 27/04/2021, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: PJe 11/05/2021 PAG PJe 11/05/2021 PAG)

APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO INFRATOR. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE DA CDA. EXECUÇÃO FISCAL EXTINTA. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. A ausência da notificação válida no processo administrativo torna o lançamento nulo por ofensa aos princípios da ampla defesa e devido processo legal, impondo-se a anulação da certidão de dívida ativa e, conseqüentemente, a extinção da execução fiscal. (TRF-1, AC 0019783-86.2014.4.01.3600, Juiz Federal Rodrigo Rigamonte Fonseca (Conv.), Sétima Turma, DJe 24/01/2020). 2. Conquanto seja ônus do embargante provar o que alega, não se pode exigir dele a produção de prova negativa. Ao contrário, caberia ao embargado apresentar cópia do procedimento administrativo do qual é detentor, no mínimo em homenagem ao Princípio da Cooperação previsto no art. 6o do CPC/2015: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. O IBAMA, aliás, seria o maior beneficiado pela juntada do P.A., haja vista que, demonstrando a intimação do embargante no curso da fase administrativa, fulminaria a sua argumentação. Entretanto, nem na impugnação aos embargos e nem na apelação o Instituto Ambiental apresentou comprovante da aludida intimação. A CDA juntada com a inicial da execução informa o número do procedimento administrativo: 02015.009820/2005-46, bem como a data da lavratura do auto de infração: 02/07/2005 e a data da inscrição do crédito na

Dívida Ativa: 07/12/2010 (Id. 33566611, fls. 04). Não se revela razoável que o IBAMA, detentor do procedimento administrativo, estando de posse de prova apta a amparar a sua alegação, mantenha-a oculta, deixando de apresentá-la ao juízo, o que leva à conclusão de que a intimação do suposto infrator da decisão proferida em sede administrativa não foi realizada. Tal conduta do IBAMA efetivamente feriu os princípios do contraditório e da ampla defesa, cerceando o direito do executado de escudar-se da acusação que lhe foi feita. Em consequência da violação dos consagrados princípios do contraditório e da ampla defesa na esfera administrativa, revela-se ilegítima a inscrição da multa na Dívida Ativa, impondo-se a anulação da CDA e a extinção da execução, pelo que deve ser mantida a sentença. 3. Apelação desprovida.

Desta forma fica evidente que autos de infração ambientais eivados de vícios sanáveis não são passíveis de nulidades, podendo a administração pública convalidá-los. Em se tratando de erros insanáveis, eivados de vícios que os tornem os autos ilegais, deverá a administração pública promover a anulação de seus próprios atos.

## **INFRAÇÕES AMBIENTAIS NO MATO GROSSO DO SUL**

De acordo com informações do Portal de Notícias do Mato Grosso do Sul, em 04 de janeiro de 2022, a Policial Militar Ambiental Beatricce Bruno, destacou que, as infrações ambientais com maior ocorrência foram contra a flora, sendo em 2021 um total de 693 contra 552 autuações no ano de 2020, acompanhadas por infrações atinentes à pesca com, 268 em 2021 e 414 autuações no ano de 2019, além de 175 autos de infrações qualificados por poluição, contra 106 no ano de 2020. Por infrações contra a fauna, 114 pessoas foram autuadas em 2021, enquanto em 2020 o número foi reduzido para 100.

Em 2021, a Polícia Militar Ambiental (PMA) na capital do estado de Mato Grosso do Sul (MS) autuou 1.264 pessoas e aplicou R\$ R\$ 38,8 milhões em multas por infrações ambientais número pouco inferior a 2020 (1.296 autuados), ao todo foram arbitradas multas no valor de R\$ 38.819.114,57, valor 36% superior ao ano de 2020, que foi de R\$ 28.482.161,38. As demais 14 infrações foram de

transporte de produtos perigosos (agrotóxicos, combustíveis e outros), além de autuações por infrações contra o ordenamento urbano e a administração ambiental, que perfizeram R\$ 38.500,00 em multas (BRUNO, 2022).

Ainda de acordo com Beatricce Bruno (2022) só a sede da PMA em Campo Grande – MS confeccionou 108 autos de infrações (132 em 2020) e arbitrou R\$ 943.217,60 em multas e, no ano de 2020, R\$ 3.333.718,00. A área coberta pela Subunidade da Capital abrange também os municípios de Ribas do Rio Pardo, Terenos, Jaraguari, Sidrolândia e Rochedo, embora em vários casos, equipes realizam reforços em todas as Subunidades do interior.

No interior do estado de Mato Grosso do Sul, mais 25 Subunidades do Interior confeccionaram 1.156 autos de infrações em 2021 e no ano passado foram 1.166 autos, com predomínio de infrações contra flora com 630, contra 544 pessoas autuadas no ano de 2020. As infrações relativas à pesca foram significativamente inferiores ao ano de 2020. Foram 259, contra 412 no ano de 2020.

Por outro lado, as infrações de poluição aumentaram significativamente e foram 100 em 2021 e apenas 68 no ano anterior. As autuações contra a fauna foram semelhantes. Foram 92 no ano de 2021, contra 97 em 2020 (BRUNO, 2022). Foram aplicadas em 2021 multas que chegaram a R\$ R\$ 37.875.896,97, contra R\$ 25.148.443,38 pelas Unidades do Interior em 2020. O valor de multas depende muito dos tipos de infrações <sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> **Nota:** A exemplo: no caso de poluição as multas aplicadas podem ser de R\$ 5.000,00 e chegar a R\$ 50 milhões, dependendo do grau de danos causados e avaliados pelos Policiais no momento da autuação. Também, as multas por desmatamentos e incêndios são diferentes conforme a área afetada. Por exemplo, as supressões ocorridas em áreas e biomas protegidos que podem chegar a R\$ 7.000,00 por hectare (como nos casos de áreas de preservação permanente – APP e bioma Mata Atlântica). Dessa forma, pode haver ano com menos autuações e ainda haver um valor maior de multas aplicadas, como ocorrido, no caso de 2021 e 2020. Informação fornecida pela assessoria de comunicação da PMA, nota-se que as multas são baseadas no Decreto Federal no 6.514/22/7/2008, que regulamenta a parte administrativa (multas) da Lei Federal no 9.605/12/2/1998 (Lei de Crimes Ambientais)

Tabela 01 – Resumo das autuações gerais de 2021 (26 Subunidades do Batalhão).

<b>Fato autos</b>	<b>MULTAS (R\$)</b>
Fauna	114 3.755.999,20
Flora	693 31.301.475,89
Poluição	175 3.005.660,62
Pesca	268 717.478,86
Outros	14 38.500,00
<b>Total</b>	<b>1.264 38.819.114,57</b>

**Fonte:** Informações do Portal de Notícias do Mato Grosso do Sul. Polícia Militar Ambiental (2022).

Destarte, observa-se a importância da fiscalização e perícia por parte dos agentes fiscalizadores ambientais no momento da lavratura do auto de infração, pois, a nulidade do auto de infração ambiental causa impacto significativo à administração pública no que tange à arrecadação e destinação dos valores das multas aplicadas para emprego em projetos de educação, recuperação ambiental ou quaisquer outros que sejam.

## CONCLUSÃO

Os resultados revelaram que por se tratar de ato administrativo, autos de infração ambiental são passíveis de invalidação (anuláveis) ou inválidos (nulos), quando não preenchidos os requisitos de legalidade e validade do ato administrativo. As multas relacionadas a crimes ambientais muitas vezes perdem o objeto em razão da não observância do princípio da legalidade e validade do ato administrativo durante a lavratura do auto de infração, destacando-se entre estes a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto.

Como visto na pesquisa quando houver erros formais no preenchimento do auto de infração ambiental, a exemplo de (identificação incorreta do autor, referência inexata do ano de publicação de uma lei, erro de capitulação de um parágrafo), por se tratar de erro sanável, poderá a administração pública convalidar o próprio erro.

Em caso de erros insanáveis a exemplo de (falta de notificação, inexatidão das coordenadas da área do dano ambiental, dimensionamento da área afetada), ocasionando modificação do fato descrito não será possível a convalidação do erro pela administração pública, pois o auto é nulo desde sua confecção, cabendo imputação do mesmo fato ao infrator se for lavrado novo auto de infração dentro do prazo prescricional, sendo este de 05 (cinco) anos contados da data da prática do ato ou no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que esta tiver cessado.

Espera-se que esta pesquisa tenha contribuição para fins acadêmicos e para a sociedade de forma geral, pois se trata de um assunto do interesse de todos em especial aos profissionais da área de Direito Ambiental. Também, fica a sugestão de novas pesquisas virem futuramente a complementar o presente trabalho, visto que esse tema sofre constantes atualizações.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental, 22. ed. São Paulo: Atlas, 2021. Minha Biblioteca.: Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/>. Acesso em: 15/03/2023.

BRASIL, AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. Disponível em: <https://farenzenaadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/830949662/o-que-e-auto-de-infracao-ambiental>. Acesso em: 11/02/2023.

BRASIL. Lei Federal no. 9.065/98. art. 70, §1o Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm) Acesso em 10/02/2023.

BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm). Acesso em 12/02/2023.

BRASIL. Decreto Federal no 6.514/08, de 22 de Julho de 2008.

BRASIL. Lei Federal nº 9.784/1999, de 29 de janeiro de 1999 Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm). Acesso em: 14/03/2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 473 do STF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602>. Acesso em: 15/03/2023.

BRASIL, INSTRUÇÃO NORMATIVA CONJUNTA MMA. IBAMA/ICMBIO no01, de 12 de abril de 2021 Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-conjunta-mma/ibama/icmbio-n-2-de-26-de-abril-de-2021-316266597> . Acesso em 10/02/2023.

BRUNO, Beatricce. 4 de janeiro de 2022. Portal do Governo do Mato Grosso do Sul. Notícia: PMA autuou 1.264 pessoas e aplicou R\$ R\$ 38,8 milhões em multas por infrações ambientais em 2021 <http://www.ms.gov.br/policia-militar-ambiental-autuou-1-264-pessoas-e-aplicou-r-r-388-milhoes-em-multas-por-infracoes-ambientais-em-2021/>. Acesso em 07 de janeiro de 2023.

FARENZENA. Cláudio, Nulidade de auto de infração ambiental, lei no 6.514 de 22 de dezembro de 1977 Lei no 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 anulação de auto de infração ambiental auto de infração ambiental. 2019. Disponível em: <https://advambiental.com.br/artigo/infracao-ambiental/> .Acesso em:11/02/2023.

TRENNEPOHL, Curt. Terence Trennepohl, Natascha Trennepohl. Infrações ambientais – Comentários ao Decreto Federal no6.514/2008. 4.ed. ver., atual. E ampl. – São Paulo, Thompson Reuters Brasil, 2021. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597027402/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright!\]/4/28/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597027402/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright!]/4/28/4)Acesso em: 15/03/2023

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER T. **Curso de Direito Ambiental**. Disponível em: Minha Biblioteca, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.



# O DEVER DO ESTADO E A RESPONSABILIDADE PELA SEGURANÇA PÚBLICA

Wanderlei Naletto Muzili Neto  
Jaqueline Karina Rodrigues de Lima  
Fernando Coelho Mirault Pinto  
João Carlos Lima de Oliveira

## INTRODUÇÃO

Inicialmente para melhor entendimento do tema, é necessário fazer distinção entre Nação e Estado, sendo assim, de acordo com o autor Luiz Flávio Gomes, a Nação tem características próprias, sendo que são grupos humanos, com seus membros fixando-se em um território e interligados por laços históricos, culturais, econômicos e linguísticos. Já o Estado para Hans Kelsen é caracterizado por uma sociedade com política organizada, ou seja, uma comunidade composta por uma ordem coercitiva, que é o Direito (1998, pp. 272-273).

Sendo assim, o Estado democrático de direito, de acordo com o artigo 1º da Constituição Federal, é formado pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, e tem como fundamento a soberania, cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e o pluralismo político.

Em congruência, o artigo 144, caput, da Constituição Federal, evidência que a segurança pública é dever do Estado, porém, não deixa de ser uma responsabilidade de todos. Portanto, é evidente que é indispensável para a sociedade, pois é com ela que se faz valer os direitos fundamentais da população, sendo dentre eles: liberdade de ir e vir, equidade racial e de gênero, paz e valorização da vida e do meio ambiente conforme Lima (2011).

Posto isso, a problemática em questão, é compreender os desafios enfrentados pelos agentes públicos e pelo Estado no

processo de garantia da lei e da ordem pública, pois é um tema de extrema relevância e complexidade. É importante salientar que o entendimento acerca dos deveres do Estado e suas responsabilidades são de suma importância para entender que a

Segurança Pública é direito e dever de todos, ou seja, leva-se a sociedade a vislumbrar sua extrema necessidade, e, almejar cada vez mais sua manutenção.

Ademais, com a tentativa de atrair olhares para o tema, o presente trabalho visa trazer ao conhecimento da sociedade, os conceitos do estado democrático de direito e suas responsabilidades com a Segurança Pública. Sendo assim, a presente pesquisa utilizará o método descritivo para analisar minuciosamente o papel do Estado na garantia da segurança pública, com especial ênfase em descrever e evidenciar os desafios enfrentados pelos agentes de segurança pública no processo de manutenção da lei e da ordem.

A fim de atingir tal objetivo, serão coletados dados qualitativos e quantitativos por meio de uma pesquisa bibliográfica, a qual compreenderá análise e descrição detalhada dos dados coletados, a pesquisa pretende descrever a dura realidade enfrentada para garantir a segurança pública no país, e, os desafios diários encontrados diariamente pelos agentes públicos no cumprimento de suas funções.

O estudo tem como natureza básica a geração de conhecimento para a ciência acerca do tema da segurança pública, além de destacar a importância do papel do Estado na garantia da segurança da população, e, sobretudo, da necessidade de reconhecer e enfrentar os desafios enfrentados pelos agentes de segurança pública no cotidiano. Assim sendo, a segurança pública é um serviço necessário, o qual é prestado pelo Estado, para fazer valer esse direito fundamental, e, em atenção aos seus princípios e fundamentos, garantir a lei e ordem pública.

## CONCEITO DA SEGURANÇA PÚBLICA: DEVER, PROTEÇÃO E SEGURANÇA

Para discorrer sobre a segurança pública e seus modos, é de suma importância entender seu conceito, que pode ser amplo e complexo. Sendo assim, a Segurança Pública pode ser classificada como um conjunto de medidas e ações desenvolvidas pelo Estado que têm como objetivo garantir a proteção dos cidadãos e do patrimônio público e privado (SILVA, 2014, p. 98).

Portanto, seu principal papel é o de manter a ordem e a tranquilidade pública, ou seja, inclui-se nessa proteção a prevenção e o combate ao crime, a proteção e a manutenção dos direitos fundamentais da população e a promoção da paz social (SILVA FILHO, 2018, p. 23).

Ademais, para Alves (2017, p. 56), o conceito de segurança pública:

É a capacidade do Estado, por meio dos órgãos policiais e demais instituições afins, de garantir aos indivíduos o direito de viver em um ambiente seguro, onde possam exercer plenamente sua liberdade, seu direito ao trabalho, à propriedade e à dignidade humana.

A legislação também traz o conceito de segurança pública através da Constituição Federal de 1988, no artigo 144 do mesmo livro, definindo-se como um dever do Estado e um direito e responsabilidade de todos, com o objetivo de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio. Além disso, visa garantir o exercício dos direitos fundamentais e das liberdades individuais e coletivas.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;

- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.
- VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

Portanto, a segurança pública é considerada um direito fundamental no qual é assegurada aos brasileiros natos ou naturalizados e estrangeiros no país. Para sua definição, o Ministro Alexandre de Moraes define os direitos fundamentais como:

o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Para José Francisco Cunha Ferraz Filho, quando o texto constitucional cria um direito fundamental, mesmo que de caráter de direito social, todos os brasileiros são titulares e beneficiários dele. Já para a UNESCO, que é o órgão representante da Organização das Nações Unidas para a educação, ciência e cultura, define os direitos fundamentais como, “considera-os por um lado uma proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado e por outro, regras para se estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”.

Após entendermos as definições dos direitos fundamentais, vale mencionar que para manter o sistema funcionando e estável, o Estado dispõe de dois sistemas para assegurar a segurança civil (proteção individual e do patrimônio) que é o sistema criminal e a segurança pública. Sendo assim, Clóvis Henrique Leite de Souza define segurança pública como, “o conjunto de processos destinados a garantir o respeito às leis e a manutenção da paz social e ordem pública. Inclui ações para prevenir e controlar manifestações de criminalidade e de violência, visando à garantia do exercício de direitos fundamentais”.

Já para Lima (2015), entende que a segurança pública no Brasil deve ser elencada como um problema de governança, exigindo ações integradas e coordenadas entre os vastos níveis de governo e a sociedade civil. Entretanto, para Mingardi (2018), observa-se por um prisma diferente, no qual o conceito seria a questão da efetividade das políticas de segurança pública, objetivando-a a ser baseada em evidências e ter como foco principal, a prevenção e redução da violência.

Posto isso, Azevedo (2012), traz que é de suma importância entender que a segurança pública não é apenas um problema e responsabilidade Estatal, mas sim, deve-se destacar a importância da participação da sociedade como um todo no debate e construção de políticas para a Segurança Pública, no qual a população deve ser vista como um agente ativo na prevenção da violência e na construção da paz social.

## **SURGIMENTO DA SEGURANÇA PÚBLICA**

O surgimento da Segurança Pública no Brasil remonta-se na época colonial, com a criação de guardas e milícias para garantir a proteção das propriedades da coroa portuguesa. Entretanto, foi a partir da independência em 1822, que a segurança pública passou a ser responsabilidade do Estado brasileiro, instituindo-se diversas polícias para a garantia da ordem e proteção dos cidadãos.

De acordo com o pesquisador Azevedo (2012), as primeiras polícias no país foram criadas no século XIX, no qual foi durante o processo de construção e estruturação do Estado Nacional. Portanto, segundo ele, as instituições foram criadas para manter a ordem pública, combater o crime e reprimir as manifestações populares, objetivando a garantia da estabilidade política no país.

Sendo assim, ainda destaca que as políticas brasileiras foram inspiradas nos modelos europeus, por exemplo, a gendarmaria francesa e a polícia britânica. Entretanto, tais instituições foram adaptadas para a realidade brasileira, incorporando características

próprias, como a centralização do poder nas mãos do governo federal.

Já para, Lima (2011), afirma que a criação das polícias no país foram influenciadas por questões políticas e sociais: "a formação das polícias brasileiras foi influenciada pelo processo de modernização do Estado, pela consolidação da ordem republicana e pelo conflito entre as elites políticas locais e o governo central".

Ademais, parafraseando o autor supracitado, a segurança pública no Brasil em seu início, estava ligada à repressão dos setores mais pobres da sociedade, ademais, segundo ele, "as polícias brasileiras foram historicamente construídas para garantir a hegemonia das elites, reprimindo as demandas populares por justiça social e direitos humanos".

## **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SEGURANÇA PÚBLICA**

Como supramencionado, após o surgimento na época colonial, a Segurança Pública no Brasil passou por diversas mudanças, ou seja, é marcada por transformações e adaptações diante das vastas fases da sociedade brasileira. Portanto, vale salientar que anteriormente, a segurança pública era responsabilidade somente das milícias e guardas urbanas, no qual atuavam em um contexto com pouca urbanização e baixa índice de criminalidade.

Após a independência do Brasil, cria-se a guarda nacional, desempenhando um papel importantíssimo na segurança e manutenção da ordem e com o objetivo principal de proteger os interesses do Estado. Entretanto, na fase da república, surgiram-se as polícias militares e civis, com seus objetivos distintos, sendo a polícia militar responsável pelo policiamento ostensivo e a polícia civil pela investigação criminal.

Posto isso, parafraseando o ilustre pesquisador Cunha (2004), a evolução da Segurança Pública no Brasil divide-se em três fases, sendo elas: prevenção (que foi até a década de 1940), repressão (se

estendeu até os anos 1970) e a reestruturação que teve início na década 1980 e que se mantem atualmente.

Sendo assim, o autor supracitado descreve que na fase da prevenção, o foco principal era prevenir os crimes e manter a ordem pública, com base no modelo de polícia comunitária. Por outro lado, já na fase da repressão, a ênfase era na repressão ao crime, utilizando-se de técnicas investigativas e repressões sofisticadas. E por fim, na fase da reestruturação, a preocupação dos governantes passou a ser em reestruturar as polícias, com foco na criação de modelos de gestão mais eficientes, bem como, aumentar a qualidade e os programas de capacitação dos policiais.

## **FINALIDADE DA SEGURANÇA PÚBLICA**

A finalidade da segurança pública de acordo com a Constituição Federal de 1988, é a garantia de proteção dos cidadãos e do patrimônio público e privado, bem como, a manutenção da ordem e da tranquilidade pública. Ademais, a CF ainda traz em seu livro que, a segurança pública é um dever do Estado, porém, uma responsabilidade de todos.

Sendo assim, para Camila Dias (2018, p. 21), a finalidade da segurança pública é a de proteção dos direitos fundamentais do cidadão, bem como a manutenção da segurança pública e a preservação da paz social. Portanto, destaca ainda que a segurança pública deve ser observada e compreendida como uma responsabilidade compartilhada entre o Estado e a sociedade, ou seja, liga-se ao posicionamento adotado pelo legislador neste sentido.

Entretanto, já para Rafael de Almeida (2019, p. 38), a finalidade da segurança pública é a garantia da proteção de vida, integridade física e do patrimônio das pessoas, ou seja, a segurança pública deve atuar de forma preventiva e, adotando cada vez mais medidas que evitem a ocorrência de crimes e conflitos.

Ademais, Marcos Alan Sanches Silva (2017, p. 95), sustenta que a segurança pública é a garantia do bem-estar da sociedade, com objetivo da preservação da ordem pública e segurança das

pessoas e do patrimônio. Sendo assim, destacando-se que a segurança pública deve atuar de forma integrada com outras políticas públicas, visando uma prevenção da violência e à promoção da cidadania.

Em suma, o legislador e os doutrinadores chegam a conclusão de que a finalidade da segurança pública é a de assegurar a proteção dos cidadãos e do patrimônio tanto público como privado e, com o objetivo principal que é a manutenção da ordem e da tranquilidade da sociedade. Posto isso, para que essa finalidade seja concretizada, devem-se criar ações preventivas e repressivas, visando a paz social e ao exercício pleno dos direitos fundamentais da população.

## **FUNÇÃO SOCIAL DA SEGURANÇA PÚBLICA**

A segurança pública tem uma função social importantíssima, onde está presente em diversas discussões sobre o papel do Estado na garantia da ordem e da paz social. Sendo assim, ressalta José Afonso da Silva que " a segurança pública tem como finalidade principal proteger os direitos fundamentais das pessoas, como a vida, a liberdade, a integridade física e o patrimônio"(SILVA, 2010, p. 381).

Portanto, a segurança pública exerce um papel primordial no Estado, uma vez que seu principal objetivo é assegurar a proteção dos cidadãos e da sociedade como um todo. Sendo assim, é importante salientar que a segurança pública não deve ser encarada unicamente como um controle e repressão da criminalidade, mas também, uma ação integrada e multidisciplinar que envolve diversas áreas, tais como saúde, educação, cultura e desenvolvimento social.

Entretanto, Tavares (2018, p. 268) afirma que "a segurança pública possui uma dimensão social, que deve considerar as causas da criminalidade e as políticas públicas necessárias para reduzi-la". Posto isso, a função social da segurança pública ultrapassa os limites de simples repressão à criminalidade, e abrange ainda a prevenção, resolução de conflitos e a promoção de políticas

públicas que objetivem a melhoria da qualidade de vida da população e a redução das desigualdades sociais.

A segurança pública deve ser entendida do ponto de perspectiva da cidadania, com o foco nos direitos humanos, justiça social e no desenvolvimento sustentável (Leal, 2013). Portanto, Costa (2017, p. 54): "A segurança pública tem uma função social que vai além da repressão à criminalidade, abrangendo também a promoção de políticas públicas que visem à redução das desigualdades sociais e ao fortalecimento da cidadania".

Diante de vários conceitos e entendimentos sobre a função social da segurança pública, conclui-se que a segurança pública em todo seu escopo é crucial para a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos com o intuito de construir uma sociedade mais justa e igualitária. Sendo assim, o Estado tem como dever adotar uma visão ampla, fazendo com que haja uma integração entre a segurança pública e a sociedade, ou seja, não incluído somente a repressão a criminalidade, mas também sua prevenção e, principalmente, criação de políticas públicas visando o bem-estar da população e uma relação próxima da sociedade para com as forças policiais.

## **PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA PÚBLICA**

Para compreender os desafios que atualmente afligem a segurança pública no Brasil, é imprescindível esboçar um panorama do momento histórico em que o termo "segurança pública" foi inicialmente consagrado no texto constitucional, haja vista que, como já se destacou, somente na Constituição de 1937 é que esse vocábulo emerge pela primeira vez. Essa abordagem abrangente do assunto atesta que o poder constituinte de 1988 não se limitou a tratar a questão de maneira fragmentada e vaga em comparação com as Cartas Magnas antecedentes, mas, ao contrário, optou por conferir ao tema um capítulo específico, além de proclamar que a segurança é um direito fundamental e um direito social de todos.

Convém ainda destacar que a segurança pública, ou melhor, o direito à segurança não foi contemplado no título que versa sobre a ordem social que regulamenta os direitos sociais mencionados no teor do Art. 6. Nesse artigo é feita menção ao “direito à segurança”, junto aos demais direitos de cunho social, não sendo, entretanto, regulamentado de forma detalhada, nesse título, como o foram os demais.

Comparando-se o tratamento dado ao tema “Segurança Pública” ao dispensado aos temas de cunho social na Constituição Federal de 1988, constata-se ambiguidade por parte dos constituintes, com relação ao reconhecimento do direito à segurança como um direito social. Porém, na Constituição Federal atual, a segurança pública foi tratada no título referente à defesa do Estado e das instituições públicas, juntamente com os temas estado de defesa, estado de sítio e Forças Armadas. Daí, talvez, uma das razões para que o direito à segurança sempre apareça associado com a garantia da ordem pública, o que acaba distanciando-se os temas de cidadania e direito humano à segurança. (RAMOS, 2016, p. 321).

Observa-se que a significativa transformação ocorrida no processo de delinear o conceito de segurança pública acabou por transferir a competência, outrora atribuída à polícia, para a salvaguarda da ordem pública, o que impulsionou o legislador a aprofundar o debate sobre as medidas necessárias para a manutenção e preservação da ordem pública.

Ao adentrarmos no âmbito dos desafios enfrentados pela segurança pública, torna-se pertinente enfatizar o crime e a violência, bem como delinear-los como problemas sociais, tendo em vista que a sensação de medo e insegurança, aliada ao aumento do fenômeno da criminalidade e da violência em suas diversas modalidades, constituem questões sociais que mais inquietam as políticas públicas.

No Brasil, em virtude de seu vasto território geográfico, a violência assume múltiplas formas, sendo bem conhecido o fato de que o país ocupa uma das posições mais elevadas em termos de taxa de criminalidade no mundo. Um dos fatores que pode ser

apontado como primordial é o processo histórico de desigualdade enfrentado por parte da sociedade, a qual, até os dias atuais, ainda sofre limitações em áreas como educação, moradia, trabalho e lazer. Nesse sentido Santos (2012, p. 1) destaca que é necessário uma.

Percepção generalizada da associação entre processos rápidos de crescimento urbano e o incremento nas taxas de criminalidade e violência tem sido o grande pilar no qual se apoiam muitos estudos sociológicos sobre a criminalidade na cidade. De acordo com estas teorias, processos rápidos de industrialização e urbanização provocam fortes movimentos migratórios, concentrando amplas massas isoladas nas periferias dos grandes centros urbanos, sob condições de extrema pobreza e desorganização social e exposta a novos comportamentos e aspirações mais elevados, inconsistentes com as alternativas institucionais de satisfação disponíveis. São as rápidas mudanças sociais, o ambiente propício para a expansão da violência e criminalidade nas grandes cidades.

Conforme o processo histórico supracitado, o ambiente urbano, exposto às rápidas mudanças e à desorganização social, é o mais favorável à proliferação da criminalidade e da violência, pois propicia a concentração de melhores oportunidades criminais pela oferta, como também pelo contingente da demanda.

As variáveis estruturais, como o tamanho das cidades, a diferenciação e as desigualdades sociais, a fluência e a concentração de renda, por um lado, e as variáveis sociopsicológicas, como o anonimato e o isolamento dos indivíduos, o alto grau de impessoalidade nas relações e a formação de subculturas periféricas desviantes e frequentemente criminosas, por outro lado, seriam responsáveis pelo surgimento das “classes perigosas”. Estas corresponderiam aos grupos sociais que estão expostos de forma mais intensa a disjunção, entre fins culturalmente prescritos e meios legítimos para alcançá-los (FJP, 1988 apud SILVA; MARINHO, 2014, p.78-79).

Diante do exposto, percebe-se que as relações entre a violência e as condições de vida estão interconectadas de tal maneira que o processo de urbanização, juntamente com as transformações sociais ocorridas, contribuiu para o acentuado aumento da

criminalidade. Cabe ao Estado garantir a segurança pública de sua população, bem como adotar medidas preventivas que visem salvaguardar os direitos fundamentais diante das diversas formas de violência que afligem a sociedade. Entretanto, a negligência estatal levou governos democráticos a adotarem o chamado princípio republicano de responsabilidade pública e política, que objetiva garantir a efetivação dos direitos e demais princípios constitucionais explícitos ou implícitos. Conforme Adorno (1996, p. 87- 88). afirmou:

A desigualdade de direitos e de acesso à justiça agravou-se na proporção mesma em que a sociedade se tornou mais densa e mais complexa. Os conflitos sociais tornaram-se mais acentuados. Neste contexto, a sociedade brasileira vem conhecendo crescimento das taxas de violência nas suas mais distintas modalidades: crime comum, violência fatal conectada com o crime organizado, graves violações de direitos humanos, explosão de conflitos nas relações pessoais e intersubjetivas. Em especial, a emergência do narcotráfico, promovendo a desorganização das formas tradicionais de socialidade entre as classes populares urbanas, estimulando o medo das classes médias e altas e enfraquecendo a capacidade do poder público em aplicar lei e ordem, tem grande parte de sua responsabilidade na construção do cenário de insegurança coletiva.

O enfraquecimento do poder público na aplicação da lei e da ordem tem criado um cenário de insegurança, o que tem contribuído para o aumento de conflitos sociais. Observa-se que o sistema de justiça criminal parece estar escolhendo quais grupos devem ser submetidos à repressão estatal, o que gera uma crise sistêmica no país.

Nesse contexto, é possível observar uma confusão entre intervenção legítima e simples violência por parte dos órgãos representativos do Estado. De acordo com Foucault (1977, p. 243 apud ADORNO, 2001, p. 328) diz que é importante destacar a existência de grupos que são alvo da ação punitiva estatal.

[...] seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é

feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um dos seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sancionada outra fadada à desordem [...] A lei e a justiça não hesitam proclamar sua necessária dissimetria de classe.

Neste momento, é evidenciado mais um desafio enfrentado pela segurança pública, que consiste nas práticas ilegais adotadas por agentes estatais com o objetivo de controlar os elevados índices de criminalidade. Essa seleção de classes sociais na aplicação das leis tem reforçado as denominadas deficiências do sistema criminal, corroborando as palavras de Adorno e Dias (2014, p. 195-196)

No Brasil contemporâneo é confrontado com quatro movimentos contraditórios e centrífugos: o crescimento da criminalidade urbana com seu impacto sobre o sistema de justiça criminal; a emergência da criminalidade organizada que coloca ao direito penal e ao funcionamento da justiça problemas completamente novos; emergência de uma problemática em torno dos direitos humanos que também coloca novos problemas à ordem política democrática; e a explosão de conflitos no domínio das relações interindividuais.

Entretanto, para alcançar a efetivação de políticas públicas de segurança, é necessário que haja uma atuação conjunta entre os órgãos representativos do Estado e a sociedade, considerando os diversos fatores que contribuem para o aumento da criminalidade. Embora tenha sido apresentada uma parcela do que a segurança pública tem enfrentado, esse é um tema

amplo e complexo, não sendo possível elencar todos os fatores que contribuem para o atual cenário no Brasil.

Como já mencionado, a segurança pública é uma das funções mais importantes e fundamentais do Estado previsto na Constituição Federal e de acordo com o artigo 144 da Carta Magna, a segurança pública não é somente um dever do Estado, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tê-la para si, mas também tem o

dever e a responsabilidade para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (BRASIL, 1988).

Sendo assim, o artigo 144, da Constituição Federal de 1988, descreve:

A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. VI - polícias penais federal, estaduais e distrital. § 1o A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas

afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária

da União. § 2o A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. § 3o A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. § 4o Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. § 5o Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a

preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil. § 5o-A. Às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais. § 6o As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias civis e as polícias penais estaduais e distrital, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. § 7o A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades. § 8o Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à

proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. § 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39. § 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei.

Diante do exposto, a Constituição Federal de 1988, prevê a possibilidade de criação de órgãos de segurança pública em todos os entes federados, sendo eles a Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, as Polícias Cíveis e Militares, entre outros. Nesse sentido, a segurança pública é uma atividade essencial do Estado, devendo ser empregada de forma eficiente e eficaz, em razão da proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana e da promoção da paz social (SANTOS, 2021, p. 23).

Ademais, a Constituição Federal estabelece que a segurança pública deve ser colocada em prática de forma integrada entre os órgãos responsáveis, de forma a garantir uma atuação eficiente na prevenção e no combate à criminalidade. Ademais, destaca Fábio Henrique Podestá: “a integração dos órgãos de segurança pública é fundamental para a promoção de uma atuação mais eficaz no combate à criminalidade, de forma a garantir a segurança da população”. (PODESTÁ, 2018, p. 34).

Vale salientar, que é de suma importância destacar que a segurança pública deve ser exercida em consonância com os princípios fundamentais presentes na Constituição, sendo assim, destaca (SOUZA NETO, 2016, p. 45) “a segurança pública deve ser vista como um direito fundamental, mas também como um meio para a proteção dos demais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, como a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana”.

Portanto, fica-se evidente que a Constituição Federal enquadra a segurança pública como uma função essencial do Estado, devendo esta ser exercida de forma integrada e em conformidade com os valores e princípios fundamentais da Carta Magna, com o objetivo de preservar a ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

## **PREVISÃO INFRACONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA PÚBLICA**

A segurança pública como já destacado, é um grande ramo essencial do Estado, sendo assim, ao auferir a previsão constitucional da segurança pública, destaca-se que há uma vasta exigência ampla de legislação infraconstitucional sobre o tema, fazendo com que se ajuda a movimentar esse grande braço da máquina estatal.

Nesse sentido, a lei nº 7.210/1984, que institui a Lei de Execução Penal, estabelece as diretrizes para a execução das medidas de segurança, e, trata do sistema penitenciário e da assistência dos presos, em conformidade com os direitos fundamentais. Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Ademais, a Lei nº 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas, define normas para a prevenção do uso indevido, com foco e atenção na reinserção social dos usuários e dependentes químicos, bem como, a repressão na produção não autorizada e do tráfico de drogas.

Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e

dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes. E o parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso. Enquanto o parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

Em seguida, outra importante legislação infraconstitucional conectada à segurança pública, é a Lei nº 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação, no qual estabelece-se normas para a garantia do acesso a informações públicas pelos cidadãos, ou seja, através dessa liberação das informações públicas, a sociedade pode fazer análises aprofundadas sobre a gestão da administração pública em relação a segurança pública e vários outros ramos da grande máquina Estatal, bem como, pode acompanhar políticas públicas implementadas, avaliando a efetividade das ações e identificar possíveis falhas ou irregularidades.

No art. 1º Esta Lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei: I - os órgãos públicos integrantes da administração direta

dos Poderes Executivo, legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público; II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por fim, vale mencionar e destacar a Lei nº 13.675/2018, que consagrou o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), no qual estabelece as diretrizes e os princípios para a organização e o funcionamento das políticas de segurança pública no país. O SUSP, como também é chamado, tem como objetivo a integralização dos órgãos e instituições de segurança pública para o combate à violência, como foco na melhoria da efetividade e eficiência das ações empreendidas no setor.

Ademais, em conformidade com a Constituição Federal, a Lei supramencionada afirma concisamente em destacar que a segurança pública não é só dever e responsabilidade do Estado, mas sim, elencando que também é responsabilidade de todos os cidadãos. (BRASIL, 2018). No art. 1º Esta Lei institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp) e cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), com a finalidade de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio de atuação conjunta, coordenada, sistêmica e integrada dos órgãos de segurança pública e defesa social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em articulação com a sociedade. Art. 2º A segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos, compreendendo a União, os

Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito das competências e atribuições legais de cada um. Art. 4º São princípios da PNSPDS:

I - respeito ao ordenamento jurídico e aos direitos e garantias individuais e coletivos; II - proteção, valorização e reconhecimento dos profissionais de segurança pública; III - proteção dos direitos humanos, respeito aos direitos fundamentais e promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana; IV - eficiência na prevenção e no controle das infrações penais; V - eficiência na repressão e na apuração das infrações penais; VI - eficiência na prevenção

e na redução de riscos em situações de emergência e desastres que afetam a vida, o patrimônio e o meio ambiente; VII - participação e controle social; VIII - resolução pacífica de conflitos; IX - uso comedido e proporcional da força; X - proteção da vida, do patrimônio e do meio ambiente; XI - publicidade das informações não sigilosas; XII - promoção da produção de conhecimento sobre segurança pública; XIII - otimização dos recursos materiais, humanos e financeiros das instituições; XIV - simplicidade, informalidade, economia procedimental e celeridade no serviço prestado à sociedade; XV - relação harmônica e colaborativa entre os Poderes; XVI - transparência, responsabilização e prestação de contas.

Sendo assim, nota-se que existe uma vasta gama de legislação constitucional e infraconstitucional sobre a segurança pública, ademais, é fundamental que a sociedade, acadêmicos, doutrinadores e legisladores da área façam análises críticas e reflexivas acerca das normas em vigor, com o objetivo de identificar lacunas ou falhas que podem futuramente ocasionar a diminuição da efetividade das políticas públicas na área.

Portanto, é essencial que haja uma maior articulação entre as normas constitucionais e infraconstitucionais, para gerar e garantir a manutenção da harmonização entre as normas em vigor e a efetiva proteção dos direitos fundamentais relacionados à segurança pública. Em conformidade, Paulo Bonavides afirma que “o direito é uma ordem sistemática, uma unidade de sistema em que as partes, em sua relação recíproca, se ordenam umas às outras segundo o princípio de hierarquia” (BONAVIDES, 2011, p. 72).

## **O PODER LEGISLATIVO E A SEGURANÇA PÚBLICA**

É evidente que a segurança pública é um tema que é ligado diretamente com o poder legislativo, pois, é por meio do processo legislativo que são criadas as leis que regulam a atuação dos órgãos responsáveis pela segurança pública. Sendo assim, considera-se como uma atividade típica do Estado, que se concretiza com o emprego do poder de polícia dos órgãos e instituições previstas em lei. (MORAES, 2017, p. 982).

Neste diapasão, é intrínseco do poder legislativo a criação de normas que realizaram a orientação e atuação dos órgãos responsáveis pela segurança pública, ou seja, de modo a garantir a efetividade das políticas públicas implementadas. Além do mais, é de suma importância que o poder legislativo acompanhe de perto a atuação dos órgãos de segurança pública, realizando as devidas fiscalizações e avaliações periódicas, com finalidade de identificar possíveis falhas ou irregularidades, em consequência, promover a correção dessas eventuais lacunas ou desvios. Portanto, vale destacar que essa relação entre a segurança pública e o poder legislativo não é apenas de controle e fiscalização, mas sim de colaboração e diálogo constante.

Nesse sentido, afirma o jurista Lenio Streck (2018, p. 271) "é preciso reconhecer que a segurança pública é um tema complexo e multidisciplinar, que demanda uma abordagem ampla e integrada, é fundamental que haja articulação entre os poderes do Estado, de modo a garantir uma atuação conjunta e efetiva no enfrentamento da criminalidade e da violência".

Posto isso, é palpável afirmar que a conexão entre a segurança pública e o poder legislativo deve ser pautada pela colaboração, diálogo e comprometimento mútuo, com a finalidade de garantir sempre uma atuação efetiva e integrada na promoção da segurança pública e proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

## **O PODER JUDICIÁRIO E A SEGURANÇA PÚBLICA**

Por conseguinte, a segurança e o poder judiciário tem uma relação de extrema importância, pois provem a efetivação da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, bem como, combate a criminalidade e à violência. Posto isso, destaca o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello que "o papel do poder judiciário na garantia da segurança pública é fundamental, pois é ele quem irá avaliar a legalidade e a efetividade das ações dos órgãos responsáveis pela segurança pública" (MELLO, 2017, p. 468).

Sendo assim, cabe ao poder judiciário atuar como órgão de controle e fiscalização, por exemplo, da atividade policial, ou seja, garantindo que as ações dos órgãos de segurança pública sejam realizadas em conformidade com a Constituição Federal e com as leis infraconstitucionais. Além disso, é dever do poder judiciário assegurar a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, evitando abusos e excessos na atuação dos órgãos de segurança

pública. Em conformidade, segue jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça(ADPF 635 MC, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-254 DIVULG 20-10-2020 PUBLIC 21-10-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-107 DIVULG 01-06-2022 PUBLIC 02-06-2022).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. OMISSÃO ESTRUTURAL DO PODER PÚBLICO NA ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A REDUÇÃO DA LETALIDADE POLICIAL. VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. CONHECIMENTO DA ARGUIÇÃO. LIMITAÇÕES LEGAIS PARA O DEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR EM SEDE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL. INDEPENDÊNCIA E AUDITABILIDADE DAS PERÍCIAS DO ESTADO. PROTOCOLO DE MINNESOTA. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS ÀS OPERAÇÕES POLICIAIS NAS PROXIMIDADE DE ESCOLAS. DIREITO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES. ABSOLUTA PRIORIDADE. FUNÇÃO DO CONTROLE EXTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DEVER DE INVESTIGAR EM CASOS DE SUSPEITA DE ILÍCITOS PRATICADOS POR AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. É cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver (i) uma violação generalizada de direitos humanos; (ii) uma omissão estrutural dos três poderes; e (iii) uma necessidade de solução complexa que exija a participação de todos os poderes. 2. A violação generalizada é a consequência da omissão estrutural do cumprimento de deveres constitucionais por parte de todos os poderes e corresponde, no âmbito constitucional, à expressão “grave violação de direitos humanos”, constante do art. 109, § 5o, da CRFB. A utilização da expressão grave violação no âmbito da jurisdição constitucional permite identificar o liame não apenas entre a magnitude da violação, mas também

entre suas características, ao se exigir do Tribunal que examine o tema à luz da jurisprudência das organizações internacionais de direitos humanos. A omissão estrutural é a causa de uma violação generalizada, cuja solução demanda uma resposta complexa do Estado, por isso, é necessário demonstrar não apenas a omissão, mas também o nexo. A necessidade de solução complexa pode ser depreendida de decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente se dela for parte o Estado brasileiro. 3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Favela Nova Brasília, reconheceu que há omissão relevante do Estado do Rio de Janeiro no que tange à elaboração de um plano para a redução da letalidade dos agentes de segurança. Ademais, em decisão datada de 22 de novembro de 2019, em processo de acompanhamento das decisões já tomadas por ela, conforme previsão constante do art. 69 de seu regimento interno, a Corte fez novamente consignar a mora do Estado brasileiro relativamente à ordem proferida. Não obstante a nitidez do comando vinculante, a superação normativa de uma omissão inconstitucional, não é providência a ser solvida em sede de cautelar, nos termos do art. 12-F, § 1o, da Lei 9.868, de 1999. 4. Não cabe ao Judiciário o exame minudente de todas as situações em que o uso de um helicóptero ou a prática de tiro embarcado possa ser justificada, mas é dever do Executivo justificar à luz da estrita necessidade, caso a caso, a razão para fazer uso do equipamento, não apenas quando houver letalidade, mas também sempre que um disparo seja efetuado. No exercício de sua competência material para promover as ações de policiamento, o Poder Executivo deve dispor de todos os meios legais necessários para cumprir seu mister, desde que haja justificativa hábil a tanto, verificável à luz dos parâmetros internacionais. 5. A exigência de que os juízes e Tribunais observem as decisões do Superior Tribunal de Justiça afasta o requisito do perigo na demora em relação a pedido para fixação de parâmetros constitucionais para a expedição de mandados de busca e apreensão, tendo em vista a manifestação pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido que é “indispensável que o mandado de busca e apreensão tenha objetivo certo e pessoa determinada, não se admitindo ordem judicial genérica e indiscriminada de busca e apreensão para a entrada da polícia em qualquer residência”. 6. A investigação criminal a ser conduzida de forma independente é garantia de acesso à justiça, que pode ser depreendida, particularmente, do art. 5o, LIX, da CRFB, no que admite a ação privada nos crimes de ação pública, se ela não for intentada no prazo legal. Como os crimes contra a vida são, via de regra, investigados por meio de perícias oficiais (art. 159 do Código de Processo Penal), tendo em vista que as provas tendem a se desfazer com o tempo, a falta de auditabilidade dos trabalhos dos peritos não apenas compromete a efetiva elucidação dos fatos pela polícia, como também inviabiliza a própria fiscalização cidadã, direito

constitucionalmente assegurado. 7. Um relatório detalhado produzido ao término de cada operação dos agentes de segurança pública é exigência de accountability da atuação estatal. A forma pela qual essa exigência é atendida se dá por um duplo controle: o administrativo e o judicial. Em caso de incidentes nessas operações, não basta apenas o envio de informações ao órgão policial, mas também é necessário o envio ao órgão judicial independente encarregado da realização do controle externo da atividade policial, nos termos do art. 129, VII, da CRFB. O controle duplo garante não apenas a responsabilização disciplinar do agente de Estado, mas também a criminal, porquanto a omissão no fornecimento de tais informações configura, em tese, o tipo previsto no art. 23,II, da Lei 13.869, de 2019. Sendo as informações destinadas ao Ministério Público, a ele compete o detalhamento dos dados que serão requisitados. 8. Impedir, em prazos alongados, que as crianças frequentem aulas em virtude de intervenções policiais é uma gravíssima violação de direitos humanos e é símbolo da falência do Estado em assegurar, com absoluta prioridade, os direitos das crianças. 9. O reconhecimento da competência investigatória do Ministério Público, tal como fez este Tribunal quando do julgamento do RE 593.727, deflui da competência material direta do Ministério Público, consoante disposto no art. 129, I e IX, da Constituição Federal. O sentido da atribuição dada ao Ministério Público no texto constitucional coincide com o papel que se exige de uma instituição independente para a realização das atividades de responsabilização penal prevista nos Princípios das Nações Unidas sobre o Uso da Força e Armas de Fogo. O reconhecimento do poder do Ministério Público de realizar essa atividade não pode ser visto como faculdade, pois quem detém a competência para investigar não pode agir com discricionariedade sobre ela, sob pena de compactuar com a irregularidade que deveria ser cuidadosamente apurada. Ademais, não se pode alegar que a competência dos delegados de polícia para a realização de investigações de infrações que envolvam os seus próprios agentes atenda à exigência de imparcialidade, reclamada pelos tratados internacionais de direitos humanos. Sempre que houver suspeita de envolvimento de agentes dos órgãos de segurança pública na prática de infração penal, a investigação será atribuição do órgão do Ministério Público competente. O exercício dessa atribuição deve ser ex officio e prontamente desencadeada, o que em nada diminui os deveres da polícia de enviar os relatórios sobre a operação ao parquet e de investigar, no âmbito interno, eventuais violações. 10. Um Estado que apresenta altos índices de letalidade decorrente das intervenções policiais deve buscar engajar todo seu quadro de servidores, por isso a exclusão dos indicadores de redução de homicídios decorrentes de oposição à intervenção policial do cálculo das gratificações dos integrantes de

batalhões e delegacias vai de encontro às obrigações e aos deveres constitucionais. 11. Medida cautelar parcialmente deferida.

Ademais, segue outro exemplo de controle e fiscalização do poder judiciário, (RE 367432 AgR, Relator(a): EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05- 2010 EMENT VOL-02401-04 PP-00750).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [artigo 129, I e III, da CB/88]. Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

Entretanto, vale destacar a importância de se ter uma relação mais colaborativa entre o poder judiciário e os órgãos de segurança pública, mantendo sempre uma boa conexão e um “diálogo” constante. Posto isso, afirma o jurista Barroso (2017, p. 234) “a segurança pública é um tema que exige a participação e a cooperação de todos os poderes do Estado, incluindo o poder judiciário, de modo a garantir uma atuação integrada e efetiva na prevenção e no combate à criminalidade e à violência”.

Diante disso, é possível afirmar que a conexão entre a segurança pública e o poder judiciário deve ser pautada pela colaboração, diálogo e comprometimento mútuo, objetivando a garantia da atuação mais efetiva na promoção da segurança pública e na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

## O PODER EXECUTIVO E A SEGURANÇA PÚBLICA

A relação entre a segurança pública e o poder executivo é crucial para a garantia da proteção dos cidadãos e para a promoção de um ambiente seguro e pacífico na sociedade. Como destaca o jurista Dallari (2019, p. 534), "a segurança pública é um direito fundamental que deve ser garantido pelo Estado, cabendo ao poder executivo a adoção de políticas públicas para sua efetivação".

Nesse sentido, é importante mencionar que a relação entre a segurança pública e o poder executivo deve ser pautada pela legalidade e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Conforme destaca o jurista Bicudo (2016, p. 279), "o poder executivo deve atuar de forma responsável e transparente na gestão da segurança pública, garantindo o controle social e o respeito aos direitos humanos".

É fundamental que haja uma atuação eficiente e integrada do poder executivo na promoção da segurança pública, com a adoção de políticas públicas e programas que visem a prevenção e o combate à criminalidade e à violência. Como destaca o jurista Luiz Flávio Gomes, "a segurança pública deve ser uma política de Estado, e não apenas de governo, com a adoção de medidas preventivas e repressivas que respeitem os direitos fundamentais dos cidadãos" (GOMES, 2018, p. 159).

Além disso, é necessário que haja um investimento adequado na formação e capacitação dos agentes de segurança pública, bem como na aquisição de equipamentos e tecnologias modernas que auxiliem na execução das atividades de segurança pública. Como destaca o jurista Barroso (2017, p. 358), "a efetividade da segurança pública depende de um conjunto de fatores, entre eles o investimento em tecnologia e a formação adequada dos agentes de segurança pública".

Por fim, é necessário que haja um constante diálogo e colaboração entre o poder executivo e os demais poderes do Estado, especialmente o poder judiciário, a fim de garantir uma atuação integrada e efetiva na promoção da segurança pública e na proteção

dos direitos fundamentais dos cidadãos. Conforme destaca o jurista Joaquim Falcão, "a segurança pública é uma responsabilidade compartilhada entre os poderes do Estado, sendo necessário um esforço conjunto na busca por soluções efetivas para o problema da criminalidade e da violência" (FALCÃO, 2021, p. 92).

## **O PAPEL DAS POLÍCIAS NA SEGURANÇA PÚBLICA**

Para que a segurança pública exerça a função de proteção dos direitos fundamentais e a manutenção da ordem pública, o emprego dos órgãos de polícia é cruciais, ou seja, as polícias são responsáveis pela manutenção da ordem pública, com foco na prevenção e repressão de crimes e pela preservação da integridade das pessoas, do patrimônio público e privado, portanto, é de suma importância a valorização desses órgãos, para que os agentes públicos consigam empregar os preceitos da segurança pública estipulados nas normas constitucionais e infraconstitucionais com maior facilidade e efetividade. (FERRAZ, 2014)

Entretanto, vale destacar que as polícias na segurança pública também não exercem somente o papel de repressão dos crimes, mas de acordo com a Constituição Federal de 1988, também tem o dever de atuar de forma preventiva, ou seja, realizando ações que evitem a ocorrência de delitos. Nesse sentido, desta o autor Paulo Bonavides que "a segurança pública deve ser entendida como um conjunto de ações integradas entre as diversas instituições e órgãos responsáveis pela preservação da ordem pública. E, dentre essas instituições, as polícias exercem um papel fundamental" (BONAVIDES, 2019).

Nesse sentido, de acordo com o art. 144, § 4o, da Constituição, as polícias civis têm atribuição de polícia judiciária, ou seja, auxilia o Poder Judiciário na coleta de provas que compõe o processo criminal. Entretanto, de acordo com o art. 144, § 5o, do mesmo livro, descreve as atribuições das polícias militares, que possuem a peculiaridade de ser ostensiva com o intuito de preservação da ordem e da segurança pública. Ademais, mesmo possuindo características e atribuições diferentes, é evidente que uma complementa a

outra, fazendo com que os sistemas do judiciário e executivo sejam interligados, por ambos possuírem o controle da criminalidade, a garantia da segurança, a estabilidade pública e a justiça igualitária para todos.

O art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

§4o Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. §5o Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

Ademais, Guido Zanobini (1950, p. 17) conceitua a polícia como:

[...] a atividade da administração pública dirigida a concretizar, na esfera administrativa, independentemente da sanção penal, as limitações que são impostas pela lei à liberdade dos particulares ao interesse da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer outro bem tutelado pelos dispositivos penais.

Portanto, é necessário destacar que qualquer órgão de polícia deve agir dentro dos parâmetros legais e em consonância com o respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, pois, a Constituição Federal de 1988, as polícias devem atuar de forma democrática e transparente, dando espaço e garantindo a participação da sociedade na definição das políticas da segurança pública (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, Penalva (2014) entende que as polícias têm o desafio de se adaptar às mudanças sociais e às demandas da sociedade em relação à segurança pública. Para isso, é necessário que as polícias estejam em sintonia com a comunidade, buscando conhecer as particularidades e demandas locais para melhor atuar.

Renato Sérgio de Lima, em sua obra "O Brasil e suas Crises de Segurança", destaca a necessidade de uma polícia que atue de forma integrada com outros órgãos e instituições, buscando soluções para os problemas de segurança pública de forma colaborativa e participativa. Ademais, é importante mencionar a relevância das ações preventivas na atuação das polícias, como ressalta a autora Caroline Vargas, em sua obra "Polícia e Prevenção da Criminalidade". Segundo a autora, a prevenção deve ser a principal estratégia das polícias na busca pela redução da violência e criminalidade, por meio de políticas de segurança pública que busquem atuar nas causas dos problemas.

Dessa forma, a atuação das polícias na segurança pública exige uma abordagem ampla e integrada, com foco tanto na prevenção quanto na repressão, sempre pautada na ética, na valorização da vida e no respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

## **POLÍCIA MILITAR E POLÍCIA CIVIL**

Conforme a definição de Bittner (2003; p. 240), o conceito de polícia corresponde à ideia de que somente essa instituição está devidamente preparada (por meio de treinamento e armamento), autorizada (com apoio legal e social) e necessária para lidar com todas as situações que possam exigir o uso da força para restaurar a ordem pública.

A Polícia Militar é um dos principais órgãos encarregados da segurança pública no país, com um enorme volume de trabalho nessa área. Por essa razão, ela recebe uma grande quantidade de atenção nas discussões relacionadas ao assunto. Além disso, a mídia diariamente traz à tona os casos de abusos, maus-tratos, truculência policial, torturas e execuções, reforçando a percepção da sociedade de que essa é a imagem real do Policial Militar, embora isso seja apenas um aspecto particular, mas frequentemente assumido como geral (FERRAZ, 1994).

De acordo com o Art.144, § 5o, da Constituição da República, a Polícia Militar tem como missão constitucional o policiamento

ostensivo e a preservação da ordem pública. Seu papel é baseado no poder discricionário de polícia, executando ações preventivas com o objetivo de evitar a prática de delitos e comportamentos que ameacem a ordem pública. Em outras palavras, a Polícia Militar deve agir para garantir uma convivência pacífica e harmoniosa da população, com base nos princípios vigentes na sociedade, como o direito, o costume e a moral (ASSIS, 2007).

Segundo Bittner (2003, p. 240), a atuação da polícia ocorre quando há algo que não deveria estar acontecendo e que requer uma intervenção imediata. A partir dessa definição, percebe-se que a polícia trabalha na resolução de problemas sociais, não se limitando apenas às situações classificadas como ilegais. Ela busca alternativas para solucionar a questão, que não se restringem apenas à aplicação da lei. Além disso, a polícia não pode esperar uma resolução posterior, precisando agir prontamente.

Nesse sentido, é necessário que a resposta seja oportuna, suficiente e adequada. Embora a polícia brasileira ainda sofra as consequências de seu passado repressivo, quando foi utilizada como um instrumento do governo militar, as práticas da ditadura ainda persistem. No entanto, o comportamento inadequado de alguns policiais não deve ser determinante para a imagem da corporação perante a sociedade. A adoção de práticas que respeitem os direitos humanos tem sido cada vez mais valorizada e tem levado a novos caminhos na manutenção da ordem e na promoção da segurança pública no país (RAMOS, 2005).

Para Greene (2002, p. 47), a atuação da polícia não se limita a ocorrências criminais, mas também inclui atendimento a pedidos de socorro de pessoas físicas (incluindo aquelas com problemas mentais), vítimas de acidentes domésticos, mordidas de animais, tendências suicidas, envolvidas em acidentes de trânsito e pessoas perdidas, entre outros casos. A comunidade pode acessar facilmente os serviços prestados pela Polícia Militar, seja por meio do número de emergência 190, ou até mesmo ao acenar para um policial que pode atuar como mediador em conflitos sociais.

Quando a comunidade busca se organizar para sua autodefesa, é fundamental contar com a participação da Polícia Militar. Nesse sentido, todas as unidades policiais militares locais, desde o Comando de Policiamento de Área até mesmo um simples destacamento, são importantes componentes que devem ser considerados. A questão da segurança pública no Brasil deve ser tratada como uma questão de responsabilidade coletiva do Estado e da sociedade como um todo. Para a redução efetiva dos índices de criminalidade no país, é necessário um amplo projeto coordenado pelo governo federal, envolvendo a participação ativa de todos os setores da sociedade brasileira (RAMOS, 2005).

A conexão entre a Polícia Militar e a comunidade é crucial para entender o objetivo de sua principal missão e para compreender suas atividades. A Corporação não deve se distanciar da comunidade e de todas as entidades e organizações que trabalham, direta ou indiretamente, para ela. É essencial ter uma cooperação recíproca e contínua, pois a participação em assuntos locais, atendendo às solicitações do poder público e cooperando com as iniciativas de outras lideranças, complementará a presença física da Corporação na comunidade. Essa presença se caracteriza pela execução do policiamento ostensivo e por uma presença ambiental baseada no consenso de sua eficiência e capacidade de servir.

Enquanto a atividade policial da Polícia Civil é principalmente reconhecida perante a sociedade e outras organizações de segurança pública como polícia judiciária, devido ao seu papel na realização de diligências investigativas no âmbito do inquérito policial, conforme definido pelo Código de Processo Penal brasileiro.

Os policiais que fazem parte da Polícia Civil possuem uma carga horária semanal de 40 horas e devem seguir um regime de tempo integral, o que significa que não podem exercer outro trabalho além daquele já desempenhado na atividade policial pública. No entanto, como apontado em "A face feminina da Polícia Civil" (2008), essa determinação não é cumprida por vários policiais na prática.

Em relação às atribuições básicas da Polícia Civil, destaca-se principalmente a função definida no inciso I do artigo 4º, que consiste no "exercício, com exclusividade, das funções de polícia judiciária estadual e da apuração das infrações penais e de sua autoria, através do inquérito policial e de outros procedimentos de sua competência". Tal atividade é considerada essência da instituição, especialmente pelos policiais civis. Outras atividades realizadas pela Polícia Civil são vistas como secundárias e não têm o mesmo valor simbólico para os agentes policiais. (MOTA BRASIL, 2008).

A representação institucional entre os policiais, de que suas atividades se concentram em prender "criminosos", é ainda mais enfatizada nas falas dos policiais civis, devido à sua função como polícia judiciária encarregada de investigar infrações penais. Essa representação é profundamente enraizada e tem grande impacto no cotidiano das Delegacias de Polícia (DPs), onde os policiais têm contato diário com a comunidade e suas questões sociais, que muitos policiais civis consideram como "problemas privados" ou "menor potencial ofensivo", como brigas entre vizinhos e conflitos familiares, e, portanto, não exigem a intervenção policial, ou mesmo são considerados sem importância por muitos policiais civis Mota Brasil (2008).

Podemos resumir que atualmente as propostas teóricas e práticas em segurança pública têm adotado o conceito de Segurança Cidadã, principalmente em nível federal e sutilmente em nível estadual, tendo como referência o exemplo do Ceará. A abordagem visa promover ações sociais preventivas contra a violência e criminalidade, enquanto valoriza os direitos humanos e envolve as comunidades periféricas na atuação policial repressiva.

## **DESAFIOS DA SEGURANÇA PÚBLICA**

A ineficácia da segurança pública brasileira é em parte resultado da falta de empenho efetivo do Estado. A política de hiper ostensividade policial, que se baseia no aumento do número

de policiais nas ruas como forma de reduzir a criminalidade, é uma das consequências dessa falta de ação. Apesar das diversas formas de violência que afetam a sociedade, cabe ao Estado garantir a segurança pública da população. Nesse sentido, a instituição policial se destaca como um dos principais órgãos públicos responsáveis por essa tarefa crucial. No entanto, além da abordagem repressiva, é fundamental que o Estado atue de forma preventiva, visando garantir os direitos básicos de todos.

É preciso adotar uma política de segurança pública consciente que busque melhorar a estrutura da polícia, a fim de aprimorar a abordagem à criminalidade e reduzir os índices de violência na sociedade. Infelizmente, o atual modelo de segurança pública no Brasil não tem sido capaz de implementar políticas públicas que atendam todas as necessidades urgentes da sociedade.

Dessa forma, no que diz respeito à prevenção, é fundamental destacar a relevância das políticas públicas como um suporte para a compreensão das causas e efeitos da criminalidade, visando a implementação de programas preventivos com maior eficácia. Nesse sentido: Planejamento, monitoramento, avaliação de resultados, gasto eficiente dos recursos financeiros não têm sido procedimentos usuais nas ações de combate à criminalidade, seja no executivo federal, seja nos executivos estaduais.

Desse ponto de vista, a história das políticas de segurança pública na sociedade brasileira nas duas últimas décadas se resume a uma série de intervenções governamentais espasmódicas, meramente reativas, voltadas para a solução imediata de crises que assolam a ordem pública (SAPORI, 2007, p. 109).

Conforme Lira argumenta, a promoção da segurança pública, tanto individual quanto coletiva, requer uma abordagem preventiva que envolva a colaboração de diversos setores trabalhando em conjunto. É fundamental que as estratégias e métodos adotados visem a correção de problemas e a consolidação da segurança como um todo.

A segurança pública é uma das temáticas mais complexas da contemporaneidade, instiga e desafia pesquisadores, profissionais

do campo e áreas afins, gestores públicos e privados, governantes, políticos, lideranças comunitárias e grupos sociais.[...] O desenvolvimento de estratégias para alcançar a efetiva redução dos índices criminais, a partir do modelo gerencial das políticas públicas, perpassa uma maior – integração – desses atores e da sociedade nas instâncias institucionais, religiosas e familiares (LIRA, 2016).

No mesmo sentido, a Segurança Pública, em uma perspectiva democrática, deve atuar conjuntamente com outros setores governamentais, como: educação, assistência social, saúde, esporte, lazer, trabalho, saneamento básico, iluminação, dentre outras políticas públicas [...] o debate da Segurança Pública deve atentar-se para além do marco da penalidade, da alternativa entre maior ou menor intervenção penal, e viabilizar novas possibilidades de gestão material dos problemas relacionados ao crime e à insegurança dos cidadãos (CANUTO DE SOUSA, 2015, p. 4).

Pode-se concluir que, no que se refere às políticas públicas, a efetividade na redução do quadro de insegurança no Brasil dependerá da utilização adequada das estratégias e dos meios disponíveis. É fundamental que sejam resguardados os direitos fundamentais por meio dos órgãos públicos, para que haja uma prevenção efetiva da violência e da criminalidade. Compreende-se o direito não pode ser desvinculada da análise da sociedade, o que torna a participação do cidadão essencial no processo de elaboração de políticas públicas de segurança.

Desse modo, a responsabilidade pelo enfrentamento desse problema deve ser compartilhada entre a sociedade e o Estado de forma solidária. Dessa forma, destaca-se que a fiscalização colocada em prática pela sociedade civil, ainda que sob a influência de um dever fundamental, funda um mecanismo de controle social imprescindível, quanto mais quando se constata a sobrevivência de um modelo democrático cambaleante, marcado pela crise de legitimidade que atravessa o sistema e a classe representativa da vontade soberana do povo, ou, por assim dizer, os representantes

eleitos do povo, responsáveis pela formulação e implementação de políticas públicas em todas as instâncias federativas.

Convém registrar que quando se faz alusão ao sistema representativo, na verdade está-se referindo ao modelo de democracia representativa, iniciado com o advento do Estado Moderno, após, principalmente, os desfechos que seguiram a eclosão da Revolução Francesa em 1789, período no qual se consagrou, sobretudo, o reconhecimento de direitos políticos para algumas categorias de pessoas, que passaram a deter a qualidade de cidadão, podendo votar e serem votados (COSTA, 2018, p. 74).

É evidente que a gestão da segurança pública é uma responsabilidade de grande magnitude que envolve uma série de fatores que devem ser considerados na elaboração de leis e normas para o combate à violência em todas as esferas da sociedade. É igualmente importante destacar que há uma necessidade de coordenação eficiente entre os diversos órgãos que têm a

responsabilidade de combater o crime, incluindo a polícia, o sistema judiciário e o poder legislativo. Esses órgãos devem estar empenhados e trabalhar em conjunto para criar leis que reflitam a realidade e sejam coerentes.

Com base no estudo apresentado, fica claro que garantir a segurança pública nacional e prevenir a criminalidade é um processo complexo. No entanto, é fundamental conscientizar toda a sociedade sobre a importância e a urgência de inovações no âmbito da segurança pública, bem como da criação, execução e fiscalização de políticas públicas que visem prevenir o crime.

## **COOPERAÇÃO DA SOCIEDADE NA SEGURANÇA PÚBLICA**

Conforme mencionado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece a segurança pública como um bem social fundamental, devendo o Estado garantir a segurança como um direito fundamental individual e coletivo. Além disso, a Constituição atribui à sociedade o direito e a responsabilidade de participar na segurança pública, de forma que

a atuação do Estado e a participação da sociedade se complementem para alcançar os objetivos de segurança.

Considerando a complexidade da questão da segurança pública, é crucial que os métodos adotados para sua prevenção envolvam a participação de toda a sociedade, independentemente de classe social, a fim de conscientizá-la sobre a importância de construir uma sociedade baseada na paz e na ordem social.

A sociedade atualmente exige medidas concretas no combate à criminalidade. No entanto, para que as políticas públicas sejam eficazes, é fundamental que haja uma participação mais ativa da sociedade nas questões relacionadas à segurança pública, além de o Estado garantir o direito fundamental à segurança.

De acordo com Bobbio(2000, p. 56). , o modelo de democracia participativa em vigor no Brasil tem como objetivo aumentar o envolvimento dos cidadãos em ações políticas, in verbis: A expressão “democracia representativa” significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade.

A sociedade civil tem a responsabilidade de fiscalizar o Estado para que este cumpra o dever de garantir a segurança pública. Dessa forma Costa (2018, p. 74) afirma que:

A fiscalização colocada em prática pela sociedade civil, ainda que sob a influência de um dever fundamental, funda um mecanismo de controle social imprescindível, quanto mais quando se constata a sobrevivência de um modelo democrático cambaleante, marcado pela crise de legitimidade que atravessa o sistema e a classe representativa da vontade soberana do povo, ou, por assim dizer, os representantes eleitos do povo, responsáveis pela formulação e implementação de políticas públicas em todas as instâncias federativas. Convém registrar que quando se faz alusão ao sistema representativo, na verdade está-se referindo ao modelo de democracia representativa, iniciado com o advento do Estado Moderno, após, principalmente, os desfechos que seguiram a eclosão da Revolução Francesa em 1789, período no qual se consagrou, sobretudo, o reconhecimento de direitos políticos para algumas categorias de pessoas, que passaram a deter a qualidade de cidadão, podendo votar e serem votados

Pode-se observar na realidade que a falta de planejamento, controle e interação entre o Poder Estatal e a participação social ainda é um obstáculo para se obter resultados mais efetivos no combate à criminalidade. Portanto, é essencial considerar a implementação de ações planejadas e eficazes para superar a cultura reativa que foi estabelecida ao longo das últimas décadas.

A efetivação da segurança pública enfrenta vários obstáculos, entre eles, a política da hiper ostensividade policial, que se baseia na ideia de que o aumento do número de policiais nas ruas, especialmente nos estados, pode prevenir o crime e reduzir a criminalidade. No entanto, essa política enfrenta críticas, pois a simples saturação policial não resolve a questão da segurança pública de forma eficaz, e pode resultar em violações de direitos humanos e abusos de poder por parte das autoridades policiais.

As mudanças nas políticas de controle social e prevenção do crime devem ser compreendidas considerando a reorganização das competências estatais, que agora possibilitam maior interação com instituições do setor privado, setor público não-governamental e principalmente com a sociedade. Em resumo, os gestores da segurança pública não devem apenas incluir policiais, promotores, juízes e burocratas da administração pública em seus esforços, mas também devem enfrentar os desafios e garantir que o amplo debate nacional sobre segurança pública se traduza em um controle real das políticas de segurança pública. Além disso, é importante incentivar a parceria entre os órgãos do poder público e a sociedade civil para a luta pela segurança e qualidade de vida dos cidadãos brasileiros.

O objetivo é, de fato, expandir a percepção de todo o sistema de segurança para incorporar novas ideias e energias da sociedade, criando assim um paradigma que valorize a segurança como um espaço significativo para a consolidação da democracia e para o exercício do controle social da segurança.

Dessa forma, é necessário compreender que a questão da segurança não pode mais ser limitada apenas às instituições tradicionais do direito e da justiça, como o sistema carcerário, a

polícia e a justiça criminal. De fato, as soluções para a questão da segurança devem envolver o fortalecimento da capacidade estatal em gerenciar a violência e melhorar a gestão das políticas públicas de segurança. Além disso, é importante ampliar o diálogo entre as instituições públicas, a sociedade civil e a academia para promover soluções mais eficazes e embasadas em evidências. Verifica-se, assim, que é imprescindível incentivar a participação cidadã em ações sociais visando aprimorar a sociedade, contribuindo para a identificação e resolução dos problemas sociais existentes.

Ademais, é importante destacar a importância de fomentar a participação social na supervisão e implementação de políticas públicas voltadas para as demandas dos cidadãos no que tange à segurança pública, especialmente no que se refere à efetivação da segurança pública.

## CONCLUSÃO

A segurança pública é uma das principais responsabilidades do Estado e um tema de grande relevância social. Nesta monografia, discutimos o dever do Estado e a responsabilidade pela segurança pública, analisando o papel do Estado na garantia da segurança, suas obrigações legais, bem como as instituições responsáveis pela segurança pública e os desafios enfrentados no processo de manutenção da ordem pública.

Sendo assim, foi constatado que a abordagem da segurança pública na Constituição Federal de 1988 trouxe consigo ideais como igualdade e valorização do cidadão, além de estabelecer maiores direitos e deveres para a sociedade. Foram identificados diversos conceitos e a natureza jurídica da segurança pública, e foi verificado que a responsabilidade por garantir a segurança não se limita à atuação do Estado.

Ao longo da pesquisa, foi possível verificar que o Estado tem o dever de garantir a segurança de seus cidadãos e que essa responsabilidade envolve uma série de ações e políticas, tais como investimentos em equipamentos e pessoal, formação e treinamento

de profissionais de segurança, além de ações preventivas que visem reduzir a criminalidade e a violência.

Após a análise dos desafios enfrentados pela segurança pública, foi evidenciado que o Estado deve implementar políticas públicas por meio de seus órgãos representativos para garantir a segurança dos cidadãos, contando com a participação proativa da sociedade. A integração entre a sociedade e a administração pública é crucial para solucionar problemas e deficiências sociais com mais eficiência e comprometimento.

Como sugestão para suprir as deficiências do Estado, a pesquisa propõe a promoção contínua de políticas públicas preventivas em relação à segurança pública, com a participação da sociedade civil no processo de fiscalização.

Por fim, é importante ressaltar que a presente pesquisa não teve a pretensão de esgotar o tema, que é vasto e complexo, mas sim de compreendê-lo e instigar o debate acadêmico. Além disso, buscou-se despertar a responsabilidade de cada cidadão em relação à segurança pública, uma vez que, como bem estabelecido pelo legislador, a segurança é um dever do Estado e responsabilidade de todos. Nesse sentido, é fundamental que a coletividade, como detentora de um direito difuso, contribua para a melhoria da segurança pública.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rafael de. **A segurança pública no Brasil: conceitos, desafios e perspectivas**. São Paulo: Atlas, 2019.

ALVES, Cleber Francisco. **Direito à Segurança Pública**. São Paulo: Saraiva, 2017.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **A Segurança Pública no Brasil: Políticas, Instituições e Crise**. São Paulo: Atlas, 2012.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Participação e Segurança Pública: a sociedade como agente ativo**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Polícia, Justiça e Sociedade no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 2018.

BICUDO, Hélio. *Direitos humanos e segurança pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 9a. Ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 08 de abril de 2023.

BRASIL, M.G.M. *A face feminina da polícia civil*. Ceará: Editora EdUECE, 2008

BRASIL. *Lei de Acesso à Informação, Lei no 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm) Acesso em: 15 de abril de 2023.

BRASIL. *Lei de Drogas, Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm) Acesso em: 16 de abril de 2023.

BRASIL. *Lei de execução Penal, Lei no 7210 de 11 de julho de 1984*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm) Acesso em: 17 de abril de 2023.

BRASIL. *Lei que instituiu o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), Lei no 13.675, de 11 de junho de 2018*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13675.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13675.htm) Acesso em: 19 de abril de 2023.

CANUTO, Reginaldo de Sousa. *Polícia comunitária: a participação social na construção da segurança pública brasileira*. VII Jornada Internacional Políticas Públicas. Universidade Federal do Maranhão, 2015.

COSTA, Adilson José Moreira da. **Fundamentos do Direito Penal: Da teoria do delito à execução penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COSTA, Luís Otávio Monteiro. Políticas públicas e novas perspectivas para a efetivação do direito fundamental à segurança pública. 2018. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Programa de Pós- Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2018.

CUNHA, Luiz Antonio. A evolução da segurança pública no Brasil. In: **Revista da Academia Brasileira de Ciências Criminais**, n. 48, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 39a ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DEL PRIORE, Mary. **História da Polícia no Brasil.** São Paulo: Contexto, 2003.

DIAS, Camila. **O que é segurança pública.** São Paulo: Letramento, 2018.

FALCÃO, Joaquim. Democracia, direitos humanos e justiça no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2021

FERRAZ, Fábio Veiga. **Polícia e Segurança Pública: Teoria e Prática.** Curitiba: Juruá, 2014.

GOMES, Luís Flávio. **Polícia e Sociedade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEAL, César Barros. **Segurança Pública e Cidadania: diálogos entre o Direito e as Ciências Sociais.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LIMA, Renato Sérgio de. **A evolução da segurança pública no Brasil: militarização e violência.** In: Estudos Avançados, vol. 30, n. 87, 2016.

LIMA, Renato Sérgio de. A Polícia e a Justiça no Brasil: Os Desafios da Segurança Pública. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

LIMA, Renato Sérgio de. **O Brasil e suas Crises de Segurança.** São Paulo: Contexto, 2018.

LIMA, Renato Sérgio de. Segurança Pública no Brasil: desafios e perspectivas. In: BOSCHETTI, Ivanete et al. (org.). Estado e políticas sociais no Brasil. São Paulo: Cortez, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 33a ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MINGARDI, Guaracy. O futuro das políticas de Segurança Pública. São Paulo: Contexto, 2019.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 34a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Crime, violência e segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PENALVA, Janaína. **Polícia e Sociedade**: um estudo sobre a função da polícia e sua relação com a sociedade. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Segurança pública e democracia: um estudo sobre a integração dos órgãos de segurança pública no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Direitos fundamentais e segurança pública**: uma análise à luz da Constituição Federal de 1988. Curitiba: Juruá, 2021.

SAPORI, L. F. Segurança pública no Brasil: desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SILVA, Marcos Alan Sanches. **Segurança pública**: uma abordagem multidisciplinar. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Segurança pública e direitos humanos**: tensões e desafios no contexto contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2016.

STRECK, Lenio. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. 5a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2018.

VARGAS, Caroline. Polícia e Prevenção da Criminalidade. São Paulo: Saraiva, 2017.



# O IMPACTO DO ENSINO DA CIDADANIA POLÍTICA NAS ESCOLAS PÚBLICAS DE MATO GROSSO DO SUL

Arthur Bernardes dos Santos

Abner da Silva Jaques

## INTRODUÇÃO

O sistema educacional brasileiro é pautado em documentos oficiais que legalmente asseguram o direito à educação em todos os seus níveis. Na mais alta hierarquia desses documentos, percebe-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88). Já em nível infraconstitucional, diversos são os diplomas que objetivam sistematizar a educação nacional, como, por exemplo, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) e a Base Nacional Comum Curricular (BNCC).

O olhar sistemático do arcabouço jurídico, percebe-se que as disposições das legislações esparsas se espelham nas orientações gerais da Constituição Federal. Esta, em seu art. 6º, caput, prevê a educação como um direito social, ainda que manifestada individualmente (BRASIL, 1988). Ainda, em completude, o art. 205, alude que o direito educacional deverá preparar o indivíduo de forma plena, assim como, prepará-lo para exercício da cidadania (BRASIL, 1988).

Neste diapasão, para o desenvolvimento da Nação, é necessário o exercício dos direitos sociais na sua vertente cidadã. Portanto, o entrelaçamento da cidadania na prática democrática se faz da simbiose entre o Estado e o indivíduo, com aquele fomentando os alicerces e com esse avocando sua responsabilidade social.

Assim, partindo do pressuposto que a educação é o eixo propulsor para mudanças sociais, mas que, também, por ela, é possível a manutenção do status quo, este trabalho busca compreender os possíveis impactos que o ensino da cidadania no

seio escolar poderia fomentar na sociedade, justificando, assim, sua importância social, acadêmica e científica.

Nessa perspectiva, o objetivo geral da pesquisa foi analisar a importância da formação em educação política no decorrer do ensino médio público. E os objetivos específicos foram: (i) conceituar cidadania e identificar a importância do entendimento social sobre seu conteúdo; (ii) debater os impactos que a ausência de obrigatoriedade do ensino da cidadania política nas escolas públicas de Campo Grande/MS causa no contexto local e; (iii) identificar possíveis impactos – positivos ou negativos – da inclusão do estudo sobre cidadania política na grade curricular estadual.

Verificou que a problemática como o ensino da cidadania política, nas escolas públicas de Mato Grosso do Sul, pode promover uma sociedade politicamente educada.

Para tanto, o item 1 discutiu sobre a cidadania, ponderando seu conteúdo enquanto um lema político. Já o item 2, abordou sobre os impactos da ausência de uma percepção mais apurada sobre cidadania no meio social e, por fim, o item 3 buscou ponderar as contribuições práticas e sociais da inclusão, na grade curricular estudantil, do ensino da cidadania no contexto sul-mato-grossense.

A hipótese-inicial possibilitou o entendimento de que a ausência de previsão legal sobre a necessidade do ensino da cidadania política no seio escolar contribui para formação de uma sociedade pouco educada politicamente. Portanto, a inclusão desse conhecimento na Educação Básica fomentará a educação política no longo prazo.

O método de abordagem utilizado foi hipotético-dedutivo, a partir da análise de documentos e bibliografias, visando à construção de um estudo exploratório, descritivo e intervencionista.

## CIDADANIA: CONTEÚDO, FUNÇÃO E PERCEPÇÕES CONTEMPORÂNEAS

O conceito de cidadania remonta um passado longínquo, mais especificamente ao período greco-romano. Em Roma, possui origem do termo *Civita*, que significava a “entidade política soberana em que os homens livres, além do status *libertatis*, possuíam também o status *civitatis*, vale dizer, eram cidadãos romanos, detentores, portanto, do gozo pleno dos direitos civis e políticos” (SOUSA et.al, 1998, p.92 apud GALVÃO, 2006, p. 14).

Já para os gregos, de acordo com Aristóteles apud por Roberto Carlos Simões Galvão (2006, p. 20), era a possibilidade do cidadão de “participar da função deliberativa e judicial”.

Insta ressaltar que, apesar de suas origens serem provenientes do período supracitado, a concepção de cidadania atual remonta a documentos históricos que previram as primeiras inserções de direitos políticos em seu corpo, tais quais: (i) a Magna Carta *Libertatum*, na Inglaterra, em 1215; (ii) o Habeas Corpus Act, na Inglaterra, em 678; (iii) o Bill of Rights, na Inglaterra em 1688-1689; (iv) a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, nos Estados Unidos da América (EUA), em 1776; (v) a Independência das 13 Colônias Inglesas, em 1776; e (vi) a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, na França em 1798, entre outros (VASQUES, 2022).

Assim, num papel salutar, necessário é elucidar, em especial, os fatos históricos relacionados à Independência dos Estados Unidos da América (EUA), em 1776, que resultou na chamada “Revolução Americana” (VASQUES, 2022).

Nessa toada segundo o autor supracitado, teve-se, em síntese que, já num movimento de descontentamento com a Inglaterra, os estadunidenses, numa forma de manifestação da “taxação sem representatividade”, no que tange a taxas alfandegárias impostas pelos colonos, revoltaram-se com a tentativa de monopólio sobre o comércio de chá para a América, imposto pelo Rei George III. Nesse diapasão, iniciaram um movimento para impedir que navios

carregados com chás atracassem nos portos de Nova Iorque e Filadélfia para assim demonstrar o descontentamento

Com tais movimentos, deflagrou-se um conflito entre os nativos e a Coroa Britânica, com aqueles saindo vitoriosos e culminando com a formação do Congresso Continental – que votou pela Independência das Colônias Americanas em 04/07/1776 (VASQUES, 2022).

Assim, segundo Fábio Konder Comparato (2010, p.63), esses fatos históricos consubstanciaram na participação popular nas decisões estatais, o que gerou, de fato, um sentimento de pertencimento, culminando, portanto, com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América (EUA), em 1787 que, na visão daquele autor fora “[...] o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano”.

Na mesma direção, outro momento salutar na promoção dos direitos políticos em plano internacional ocorrera com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, culminando com os ideais (liberdade, igualdade e fraternidade) e os legados advindos da Revolução Francesa em 1789 (VASQUES, 2022). Conseguindo êxito no momento, que a burguesia, com o movimento liberal, conseguiu alcançar aos direitos políticos por ser detentora de propriedades (GALVÃO, 2006).

Por esse contexto, segundo Jules Michelet (1989), com a promulgação da Constituição Francesa, em 1791, aboliu-se a sistemática do voto privilegiado, consubstanciando num sufrágio universal. Ainda, em plano internacional, entre e após a 1ª Guerra Mundial, dois documentos nacionais também marcaram época no que tange à reivindicação da garantia dos direitos de 1ª geração, leia-se, a Constituição Mexicana de 1917 e da República de Weimar (1919) na Alemanha (VASQUES, 2022).

Outrossim, apesar das consequências da 1ª grande guerra, tal destruição não fora suficiente para impedir a 2ª Guerra Mundial que, de fato, evidenciou para o mundo a capacidade humana de violar Direitos Humanos. Assim, em 1945, ganha voga a criação da

Organização das Nações Unidas (ONU) e, em sua decorrência, em 1948, emerge-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que, apesar de não ter força normativa, previu a existência de direitos políticos no campo internacional (VASQUES, 2022). Veja-se o aludido documento (art. 21, DUDH, 1948):

Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direcção dos negócios, públicos do seu país, quer directamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país. 3. A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto.

Assim, segundo Arthur Gabriel Marcon Vasques (2022, p.39), os direitos políticos previstos nesse diploma tinham a finalidade de orientar os países para que pudessem respeitá-los, servindo como instrumento de pertencimento do povo ao seu Estado e, auxiliando na construção de bases democráticas, utilizando-se de regras importantes, tais quais: a participação de todos na direcção do Estado; periodicidade de pleitos eleitorais, voto igualitário, entre outros.

De todo modo, ainda que se evidencie a importância inicial da DUDH, ressalta-se que não possuía força normativa, sendo, portanto, mero documento declarativo. Assim, apenas em 1966, com a elaboração do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) que aquelas previsões puderam alçar força vinculante aos signatários. Em plano interno, tal Pacto fora internalizado em 1992 pelo Decreto 592/92 (VASQUES, 2022).

De qualquer maneira, independente da perspectiva greco-romano ou do movimento liberal, segundo Roberto Carlos Simões Galvão (2006), o conceito de cidadania nunca fora “sinónimo de inclusão ou igualdade”, por estar sempre atrelada a alguma condição, seja por ser “homem livre” ou por ser “detentor de propriedade”. Assim, ainda conforme o autor, “o conceito de

cidadania entendido como um processo de inclusão, parece fazer parte de uma leitura mais contemporânea” (GALVÃO, 2006, p. 22).

Segundo Oscar Svarlien (1986, p. 177), cidadania é: “estatuto oriundo do relacionamento existente entre uma pessoa natural e uma sociedade política, conhecida como Estado, pelo qual a pessoa deve a esta obediência e a sociedade lhe deve proteção”. De igual modo, na concepção jurídica cidadania é a possibilidade do exercício dos direitos políticos garantidos numa Constituição, ou de outra maneira, a possibilidade de participação direta (plebiscito e referendo) ou indireta (elegendo os integrantes do Poder Executivo e Legislativo) na atividade estatal (GALVÃO, 2006).

Entretanto, apesar de todas as definições supras buscarem definir o conceito de cidadania, que é um lema do exercício dos direitos políticos, assim como é o espírito democrático, àquela que melhor orienta a profundidade do conceito é a de Hannah Arendt, citada por Arthur Gabriel Marcon Vasques (2022, p.20), que preleciona, sucintamente, cidadania como “o direito a ter direitos”.

## **A CONSTRUÇÃO DO SER SOCIAL E OS IMPACTOS SOCIAIS E POLÍTICOS DA AUSÊNCIA DO ESTUDO DA CIDADANIA NA GRADE CURRICULAR ESTUDANTIL**

Uma das formas da releitura do conceito de cidadania como o “direito a ter direitos” é compreendê-la em sua vertente metafísica, que nada mais é do que o sentimento de pertença-político, ou de igual modo, a percepção do “espaço de aparência” (VASQUES, 2022, p. 22).

Assim, nesse espaço, as aspirações sociais são invocadas pela resistência ante o dominador, o que resulta, primeiramente, no movimento de reconhecimento de um direito perante um grupo, surgindo o sentimento de pertença e, em seguida, devido à resistência, o reconhecimento formal de tal direito, culminando com a possibilidade do seu exercício em uma vertente cidadã (VASQUES, 2022).

Nessa toada, num olhar singelo da abordagem supra, percebe-se, portanto, que uma das formas de manifestação do conceito de cidadania emerge em momentos de conflito, por meio do movimento de resistência até a decorrente conquista do aludido direito manifestado.

Esse processo de resistência e domínio, segundo Rocasolano e Silveira, (2010), culmina na ideia de dinamogenias dos Direitos Humanos, que nada mais é do que um processo dialético da formação elementar de proteção de direitos. Tal movimento é salutar na compreensão do conceito de cidadania em nível interno.

Nesse diapasão, segundo Carvalho (2002), numa compreensão da cidadania em plano interno, necessário é estabelecer paradigmas iniciais, tais quais: o conceito de cidadania nem sempre esteve presente do Brasil; nem mesmo em sociedades desenvolvidas a concretização da cidadania é plena; no Brasil a evolução da cidadania é tardia e foge ao modelo considerado adequado, que é aquele em que primeiramente surgem os direitos civis, posteriormente os direitos políticos e por fim os sociais.

Portanto, ainda nessa toada, primeiro garante-se a proteção do cidadão perante o Estado, por meio dos direitos civis, como a propriedade e a liberdade, gerando um sentimento de pertença. Em seguida, surgem os direitos políticos possibilitando a participação do indivíduo na vida política, culminando com a capacidade de guiar o rumo do Estado ao qual pertence. Por fim, depois de compreendida a importância da liberdade e da participação, é que se emergem os direitos sociais culminando com a igualdade material (VASQUES 2022).

Não obstante a ideologia supra, em plano nacional, os direitos sociais precederam os direitos civis e políticos e é por isso, segundo Carvalho (2002), que esses estão sempre insaturados e em ressignificação, existindo momentos de existência e supressão da expressão material do conceito de cidadania.

Logo, numa concepção garantista de se desenvolver o conceito de cidadania no seio escolar, é possível antecipar quaisquer movimentos futuros de supressão de tais direitos, visto que se

formará uma sociedade conhecedora dos movimentos de conquista e supressão dos seus direitos civis e políticos.

Noutro giro, numa linha do tempo abstrata, ainda no Brasil Colônia (de 1500 a 1822), não se tinha, em plano interno, o conceito de democracia e cidadania, já que o regime era oligárquico e escravocrata. Assim, conforme Arthur Gabriel Marcon Vasques (2022, p.24) “[...] até escravos possuíam escravos, e isso, por consequência, impossibilitava o firmamento de uma concepção de liberdade em relação ao Estado”. Ainda, segundo José Murilo de Carvalho (2002), a escravidão foi o fator mais negativo para a cidadania brasileira. Assim, pela ausência dos direitos de primeira geração é que o processo de independência brasileira sequer teve participação popular, sendo mero fruto de pressões internacionais.

Nem mesmo com a independência, o sistema republicano fora adotado (com receio de secessão em províncias como ocorrera com os demais países da América), assegurando-se, portanto, o Brasil Império (VASQUES, 2022).

Neste ponto, portanto, necessário é evidenciar que mesmo num momento de ruptura histórica, qual seja o rompimento do movimento escravocrata em nível interno (e internacional), não fora possível perceber a fruição e o almejo pelos direitos de primeira geração pelos que aqui viviam, o que por si só, foi impactante e, por isso, deve ser elucidado e ensinado à sociedade no intuito de vedar-se o retrocesso da incorporação e da fruição dos direitos políticos atualmente consolidados.

Logo, em síntese, mesmo com a independência, manteve-se o Estado Oligárquico e o regime escravocrata, o que afastava o sentimento de pertencimento e a cognoscência do direito à liberdade. Tem-se, portanto, segundo Prado Junior (2008), não uma inexistência completa de cidadania, mas sim o seu reflexo como mera formalidade.

Para Prado Junior (2008), o primeiro fator, em plano interno, relevante à cidadania fora a promulgação da Constituição de 1824, que materializou os direitos civis e políticos, mas restringiu sua titularidade por meio do voto censitário, mantendo ainda a

escravidão e prevendo o Poder Moderador – com caráter absolutista.

A Constituição de 1889, escolheu-se o regime republicano, entretanto, tornou o voto um instrumento facultativo, impedindo-o aos analfabetos; o que mostra oposição à Carta de 1822, num verdadeiro processo de expansão e contração de direitos políticos (VASQUES, 2022).

Ainda, na comparação das duas primeiras Cartas Magnas, percebem-se movimentos contrassensos, já que, primeiramente, restringe-se o acesso aos direitos políticos ao critério censitário e, em segundo, porque estabeleceu o voto como sendo facultativo, o que, em virtude da ausência do sentimento de pertencimento e da não concepção da importância de tal direito, acabara mitigando o exercício daquele direito, impedindo, de fato, com que aquele povo pudesse, pelo voto, eleger o representante que desenvolvesse a política social que mais fosse necessária ao interesse coletivo.

Carvalho (2002) afirma que a cidadania, como lema político, no Brasil, fora tardia, em virtude de esses direitos serem gradativamente adquiridos e perdidos. Ainda, segundo o autor, mesmo com a instituição da República, o exercício da cidadania fora prejudicado pela inexistência de educação política, em virtude da pouca participação política e da existência do coronelismo nos rumos políticos no país.

Não obstante, o conceito começa a ganhar forma no Brasil já na Nova República (1889-1930), com a realização de greves em território nacional, que tentam frear os avanços liberais pelo país e visam, portanto, à instituição de um Estado de Bem-Estar Social (VASQUES, 2022).

Nesse ínterim, evidencia-se que de 1822 (ano da independência) até as formas iniciais do “movimento cidadão” no país, conforme supra, décadas de ostracismo da cidadania em nível nacional se passaram, num lapso temporal que, de fato, poderia ter sido utilizado como forma de aprimoramento e de desenvolvimento da cidadania política em campo interno.

Neste contexto, tem-se a chamada Revolução de 1930, que reivindicava direitos sociais, em especial do trabalhador, culminando com a ampla participação política do povo brasileiro e escolhendo Getúlio Vargas (até então governador do Rio Grande do Sul) como expoente desse movimento, opondo-se à política do “café com leite”, que alternava presidentes dos Estados de São Paulo e de Minas Gerais (VASQUEZ, 2022).

Apesar do grande apoio popular a Getúlio, por meio de fraudes, Júlio Prestes fora eleito presidente do país em 1930. Este marco fora o estopim para a Revolução, já que a aliança de Prestes era apontada como responsável pela morte João Pessoa – candidato à vice de Vargas (VASQUES, 2022). Em virtude de todo este momento, o presidente ainda em exercício Washington Luís fora deposto pelas Forças Armadas, instituindo um “Governo Provisório”, sob a tutela de Vargas.

Com o surgimento da “Era Vargas”, emerge-se a Constituição de 1934, com um amplo rol de direitos sociais, com intuito de fortalecer o Poder Executivo e ganhar o apoio social. Entretanto, sob a promessa de um “Governo Constitucional” durante o “Governo Provisório” e, sob a promessa de realização de eleições direitas em 1938, já que, até então, fora eleito indiretamente, em 1937, Vargas realiza um Golpe de Estado, instituindo uma ditadura até 1945, por meio do cancelamento das eleições de 1938 – surgindo, então, o período de “Estado Novo” (VASQUES, 2022).

Percebe-se, nesse momento, que mesmo num contexto de governo que o representante – Vargas –, até então representava o anseio social, emergiu-se, primeiramente, com seu comando, os direitos sociais (antes da melhor percepção dos direitos civis e políticos), por meio da promulgação da constituinte de 34. Ademais, em sequência, instituiu-se uma ditadura, fulminando por completo o início do sentimento coletivo e da percepção social em eleger seus representantes por meio um processo democrático de alternância de concepções ideológicas que rumam o Estado.

Neste momento, segundo Arthur Gabriel Marcon Vasques (2022, p.29) enfraquecem-se as liberdades civis e políticas, por quê:

(i) enfraqueceu o Poder Legislativo — fechando o Congresso, as Assembleias Estaduais e as Câmaras Municipais —, a fim de governar o país por meio de Decretos-Leis; (ii) a censura foi adotada como prática comum de governo, com a intenção de frear qualquer manifestação contrária ao poder do governante, razão pela qual os veículos de comunicação foram utilizados majoritariamente para propaganda política intensa — frise-se que neste momento foi instituído o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP) visando ao controle da informação social.

Ainda assim, por oportuno, ressalta-se que a estratégia de governança era aproximar as massas do governo, para legitimar a sua atuação, entregando, portanto, direitos sociais como o salário-mínimo (1940) e a Consolidação das Leis Trabalhistas (1943) para conter o furor público (VASQUES, 2022).

Apesar de não se negar a importância de tais direitos, o que se evidencia é que, como já exposto, nas democracias mais bem desenvolvidas, esses direitos são precedidos pelo aprimoramento dos direitos civis e políticos já existentes. Na sequência do caso, movimentos contra Vargas ganharam força, culminando com a passeata do silêncio (cidadãos amordaçados pelas ruas); manifesto Mineiro, entre outros. Estes movimentos buscavam a redemocratização, que culminou com a renúncia ou deposição de Vargas em 1945, ante a eclosão dos Direitos Humanos pós 2ª Guerra Mundial (VASQUEZ, 2022).

Aduz, nesse momento que, apesar das manifestações supra invocarem a melhor percepção dos direitos de primeira geração em campo interno, não se pode negar a grande influência que a pressão internacional teve em campo pátrio para romper com o status quo, não podendo, portanto, atribuir apenas a estes movimentos o retorno democrático. Assim, em 1946 promulga-se nova Constituição, prevendo o pluripartidarismo, com exceção ao Partido Comunista do Brasil (PCB). Ainda, segundo José Murilo de Carvalho (2002), neste lapso, o Governo Kubitschek fora o mais democrático da história nacional, com prevalência mor dos direitos sociais anteriormente alcançados.

Em sequência, após turbulências no governo de Jânio Quadros e João Goulart, de 1961 a 1964, atos atentatórios à democracia e à cidadania foram vistos, culminado com o apoio da burguesia e do clero ao golpe militar que perdurara de 1964 a 1985 (VASQUES, 2022). Segundo Arthur Gabriel Marcon Vasques (2022, p.31), tal momento é considerado um dos mais gravosos à cidadania nacional, já que o país passou a ser governado por meio de Atos Institucionais que previram como consequência:

(i) restrição à liberdade de expressão; (ii) extinção do habeas corpus como garantia constitucional; (iii) utilização de tortura pelo próprio governo; (iv) instituição de pena de morte; (v) fechamento do Congresso Nacional; (vi) restrição ao direito de locomoção; dentre tantos outros.

Ainda, segundo ensinamento de Arthur Gabriel Marcon Vasques (2022, p.31), os Atos Institucionais (AI) eram instrumentos que reforçavam o Poder Executivo e, com isso, promovia-se a repressão e o autoritarismo do seguinte modo:

i) O AI-1 permitiu o aprisionamento de pessoas, de maneira indiscriminada, em navios e estádios de futebol, além de autorizar o expurgo de servidores públicos; ii) O AI-2 retirou da população o direito de escolher seu presidente; iii) O AI-3 estabeleceu o sistema bipartidário, autorizando-se somente a existência da Aliança Renovadora Nacional (Arena), como partido político —de situação, e do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), enquanto partido de oposição consentida; iv) O AI-4 buscou instituir uma nova Constituição Federal, de iniciativa do Presidente da República à época, Castello Branco e; v) O AI-5, considerando um dos mais gravosos à Nação, pois estabeleceu o direito do Presidente da República de fechar o Congresso Nacional, a intervir nos estados e municípios se conveniente, a cassar políticos e demitir funcionários, e principalmente, suspendeu o direito a habeas corpus para crimes contra a segurança nacional.

Apesar das violações neste contexto, conforme pondera Vasques (2022, p.31), os direitos trabalhistas foram os menos afetados, já que a classe média trabalhadora, devido ao período do milagre econômico, apoiava a manutenção do regime militar. Assim, percebe-se que, mesmo num movimento pendular de

incorporação e expropriação dos direitos políticos, movimentos que promoviam rupturas institucionais eram apoiados por grande parte dos nacionais, o que, neste momento, evidencia o não reconhecimento da importância dos direitos políticos pelo povo brasileiro, já que, se tal direito de fato tivesse sido internalizado, poder-se-ia eleger o seu representante e, por meio do exercício do voto, cobrar e direcionar a atuação estatal para o fomento de políticas públicas e dos direitos sociais, na melhor concepção do que se compreende por geração dos direitos fundamentais.

Ato contínuo ao momento do milagre econômico, diversos foram os movimentos de redemocratização liderados por expoentes políticos que ainda hoje são conhecidos e, com o enfraquecimento da economia pela saída de grandes empresas do país contrárias ao regime ditatorial e em apoio à redemocratização, o regime militar fora perdendo força e abrindo espaço para a abertura política com atos como a anistia aos exilados; perdão de crimes cometidos em período militar; garantia do pluripartidarismo, entre outros (VASQUES, 2022).

No ano de 1985, como demonstração da retomada política no país, Tancredo Neves fora eleito presidente de forma indireta, entretanto, José Sarney, vice de Neves, assumira em virtude do falecimento daquele. Ainda, com a promulgação da Constituição de 1988, conhecida como cidadã, asseguraram-se formalmente direitos de 1a, 2a e 3a geração numa manifestação que materializa o movimento dialético de avanços e perdas dos direitos em campo nacional.

Vasques (2022, p.32) em relação à dinamogenias em nível nacional, conclui que os direitos sociais, no Brasil, pouco foram suprimidos ante os direitos civis e políticos nesse processo dialético, já que eles eram garantidos como meio de contenção social. Assim, a população via-se dependente do governo por garantir àqueles. Em decorrência disso, a sociedade ainda não possui/possuía uma capacidade de compreensão plena da importância de se ter assegurado os direitos de 1a e 2a geração.

Neste diapasão, segundo José Murilo de Carvalho (2002), num processo de resistência do poder dominado perante o dominador, durante o período militar que houve o firmamento da cidadania e do incentivo à cultura democrática em nível nacional, tendo os direitos civis e políticos como expoentes da cidadania; vindo à voga com o necessário tratamento adequado de suas garantias. Ainda, segundo o autor, não se pode esquecer que a democracia em nível pátrio é, portanto, fruto de avanços e retrocessos, sendo, assim, necessário potencializar a democracia ainda considerada jovem.

Não obstante, apesar de jovem, diversos movimentos surgiram para eclodir a consciência nacional no que tange à cidadania. Aqui, cita-se um desses movimentos e, no próximo capítulo, outros. Assim, pode-se exemplificar com o movimento “caras- pintadas”, em 1992, em oposição à política econômica e às notícias de corrupção no governo de Fernando Collor que o levaram ao impeachment/renúncia (VASQUES, 2022).

Nessa visão sensível da garantia dos direitos políticos brasileiro, aduz que, ainda que recentes ante a já incorporada percepção de direitos sociais, o povo brasileiro, aos poucos, demonstra que internaliza e se vale da sua garantia política para fazer pressão pública pelo exercício do voto para direcionar e fomentar as políticas públicas mais sensíveis.

Logo, percebe-se, por meio desse processo dialético de conquistas e perdas dos direitos de 1ª geração em campo nacional e, pelo tímido e recente surgimento do movimento de pertença do povo ao Estado brasileiro que é necessário o estudo e o ensino da cidadania política nas grades das escolas, como ponto fulcral de não retrocesso dos direitos conquistados (civis e políticos) com a Magna Carta, visto que diversos foram os momentos, em nível nacional, de expansão e contração de tais direitos.

## APERFEIÇOAMENTO SOCIAL E AS CONTRIBUIÇÕES DO ESTUDO DA CIDADANIA NO CONTEXTO SUL-MATO-GROSSENSE

A democracia brasileira e a concepção cidadã, apesar de novas, já demonstraram seu valor em nível nacional. Isso porque, em decorrência de grandes tragédias – tais como chacina da candelária (com a morte de mais de 70 crianças em 1993); chacina do Vigário Geral (com a morte de 21 moradores da comunidade em 1993); massacre do Eldorado dos Carajás (com a morte de 19 trabalhadores rurais e sem terra); assassinato do índio Galdino (1997) e os massacres na Favela Naval (1997) e no Carandiru (1992) –, a população brasileira, cansada do desrespeito estatal com os seus próprios direitos e das atrocidades cometidas pelo Estado, pressionou o parlamento, numa efetiva demonstração de cidadania, a aprovar uma série de pacotes legislativos entre 1995 e 2003 (GALVÃO, 2006).

Dentre as novidades legislativas, tem-se como principais, segundo Roberto Carlos Simões Galvão (2006, p. 52-53):

- i) Lei 9140/95: reconhece como mortas pessoas perseguidas em razão da acusação de participarem em atividades políticas de 1961 a 1979;
- ii) Lei 9299/96: transfere da justiça militar para a justiça comum, a competência para julgar crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares;
- iii) Lei 9455/97: tipifica o crime de tortura, com penas severas;
- iv) Lei 9459/97: tipifica os crimes de discriminação com base em etnia, religião e procedência nacional;
- v) Lei 9474/97: estabelece o Estatuto dos Refugiados;
- vi) Lei 9534/97: estabelece a gratuidade das certidões de nascimento e óbito;
- vii) Lei 9714/98: institui oito novos tipos de penas alternativas;
- viii) Lei Complementar 88/96: estabelece rito sumário nos processos de desapropriação para fins de reforma agrária;
- ix) Lei 9437/97: torna crime o porte ilegal de armas e cria o Sistema Nacional de Armas;
- x) Lei 10.216/01: Dispõe sobre a proteção e os direitos da pessoa com transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental;
- xi) Lei 10.741/03: Dispõe sobre o Estatuto do Idoso, visando proteger os direitos da pessoa idosa.

Assim, neste contexto fático de tragédias e de promulgações de leis por pressão popular, pode-se dizer, ainda que de forma rasa e indireta, que a sociedade brasileira viu refletir os efeitos do exercício da sua cidadania.

De todo modo, ainda é assente a necessidade de melhor efetivar o ensino da cidadania política, pois, segundo Fernandes (2018, p. 29): Educação política envolve, ao menos, dois eixos de formação: o que se refere à redução da assimetria de informações e ao conhecimento das regras do jogo democrático e o que se relaciona à formação de atitudes, conhecimentos e valores democráticos. Compreende-se que a educação política abarca esses eixos e, em resumo, refere-se aos processos que pretendam preparar o cidadão para a vida política em ambientes democráticos.

Nessa toada, Fernandes (2018) traz dez consequências positivas que tal implementação promoveria no país, o que, por óbvio, justificam ainda mais a sua melhor aplicação. Vejam-se as consequências:

- i) Evitar governos autocratas e corruptos; ii) Garantir direitos fundamentais aos cidadãos; iii) Assegurar a mais ampla liberdade pessoal; iv) Ajudar as pessoas a proteger seus próprios interesses fundamentais; v) Potencializar a liberdade de autodeterminação; vi) Potencializar a responsabilidade moral; vii) Promover o desenvolvimento humano pleno; viii) Possibilitar elevado grau de igualdade política; ix) Diminuir o conflito entre as pessoas; x) Possibilitar uma nação mais próspera

Assim, por todo o exposto, desde o surgimento, remontando ao período greco-romano, até o estabelecimento do melhor conceito de cidadania, fez-se necessário analisar, de forma singela, as consequências do ensino da educação política nas escolas do Mato Grosso do Sul, em especial, nas públicas de ensino médio da sua capital, para, de fato, analisar os possíveis impactos que tais conteúdos poderiam ocasionar na sociedade.

Ato contínuo, a Constituição Federal encontra-se no topo do plano normativo no que tange a educação em nível nacional. Em alusão aos seus artigos 60; 205 e 206 tem-se que, a educação, além

de ser considerada um direito social, é de responsabilidade do Estado e de dever da família, objetivando o desenvolvimento integral da pessoa (BRASIL, 1988).

Ocorre que, por se tratar de previsões genéricas e pouco construtivas, a Carta Magna, de forma antecipada, previu que seria competência privativa da União legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional, conforme se vê no art. 22, XXIV, CF/88 (BRASIL, 1988).

Entretanto, apesar do constituinte aludir à criação de diretrizes da educação de cunho nacional, com o intuito unificar e tratar a educação pátria de forma equânime sabe-se que, ainda que o tema fosse de extrema sensibilidade social, apenas nos idos de 1996 a Lei de Diretrizes e Bases da Educação fora promulgada, acarretando num verdadeiro vácuo no norte educacional da Nova Democracia.

Outrossim, apesar da importância do aludido diploma e da sua vasta extensão, o que se percebe é uma maior preocupação em normatizar a educação nacional, distribuindo competências relacionadas ao pacto federativo; obrigatoriedades de ensino; disciplinando os requisitos mínimos que cada ente dever instituir em seus respectivos currículos, entre outros (BRASIL, 1996).

Não obstante, apesar do caráter genérico, normativo e pouco despreocupado com o currículo, utilizando como subterfúgio a vastidão nacional para que os outros entes cuidassem de suas peculiaridades na elaboração curricular, a LDB, em seu artigo 26, § 9º, previu que o ensino de direitos humanos e da prevenção de todas as formas de violência à criança ao adolescente e à mulher deve fazer parte dos currículos estaduais e municipais (BRASIL, 1996).

Assim, não se pode negar que o aludido documento, em sua imensidão, não permeou uma das formas de manifestação da cidadania, entretanto, ressalta-se que o documento fora publicado em 1996 e a previsão em enxerto fora inserida apenas em 2021, pela Lei 14.164/2021, o que, por si só, demonstra um desinteresse do legislador em tratar tal temática no seio escolar – já que o íterim foi de mais de 25 anos (BRASIL, 1996).

Nesta toada, a LDB, em seu artigo 9o, I e IV, assumiu o compromisso de elaborar conjuntamente com os Estados, Distrito Federal e os Municípios um Plano Nacional de Educação, para então estabelecer as competências e diretrizes a serem seguidas em todo o país, com o intuito de fazer com que os alunos, das mais variadas regiões e com as mais diversas peculiaridades, desenvolvessem o que se considera básico para o ensino nacional (BRASIL, 1996).

Ressalta-se que tal previsão objetiva uma continuidade e uma similitude de aprendizado, possibilitando que o estudante, ao mudar de escola, de município ou de estado, seguirá numa mesma linha de aprendizagem (BRASIL, 1996). Não menos importante, relembra-se que, apesar de todas essas previsões, o processo de ensino não parou durante este vácuo normativo. Além disso, é dinâmico, o que ocasionou, no íterim de elaboração da Base Comum da Educação, o surgimento dos Parâmetros Curriculares Nacionais, que, aliás, servem de instrumento e de norte para a prática pedagógica até a presente data.

Entretanto, como o próprio nome diz, tais documentos não possuem força de lei, ou seja, apenas servem como norteadores, o que, portanto, manteve a educação nacional em um vácuo normativo. Logo, por não possuírem efetivamente um caráter coercitivo/normativo e por estarem certamente defasados, não serão objetos deste trabalho, entretanto, possível é consultá-los.

Neste diapasão, é necessário retomar e lembrar os íterins da ausência legislativa no norte do sistema educacional. O primeiro ocorrera entre a promulgação da CF/88 e da LDB (em 1996); e o segundo entre a promulgação da LDB (em 1996) e à efetiva publicação da Base Nacional Comum Curricular (2017), que fora alçada a nível legal pelo Conselho Pleno do Conselho Nacional de Educação, por meio da Resolução número 2 (BRASIL, 2017).

Neste remonte, reforçando que a CF/88 aduziu ser competência privativa da União legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV) e aquela assim o fez, por meio da LDB, tem-se que, esse documento, que regulariza e define a

educação brasileira com base nos princípios da Constituição, tinha o intuito de criar uma Base Nacional Comum, a ser elaborada por meio da competência privativa da União, mas que, na prática, fora elaborado com o auxílio dos demais entes, num intuito de democratizar a educação nacional e possibilitar os conteúdos a serem trabalhados em similitude em nível nacional (BRASIL, 1988 e BRASIL, 1996)

Ainda nessa toada, diversos dispositivos da LDB, a exemplo do artigo 26, estabeleceram que os currículos do ensino médio devem ter como substrato a Base Nacional Comum Curricular, podendo ser completados em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada em virtude das características regionais e locais da sociedade, da cultura e da economia dos educandos (BRASIL, 1996).

Neste ponto, considerar-se-á a materialização do melhor conceito de pacto federativo, já que, com a abertura da possibilidade de cada ente federativo complementar o seu currículo, materializada estava a competência comum de todos os entes em proporcionar os meios de acesso à educação (art. 23, V, CF) e a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a educação (art. 24, IX, CF) (BRASIL, 1988)<sup>16</sup>.

No que tange à competência comum executiva do art. 23, V, CF, não há muito a se tecer, pois é de conteúdo satisfativo de direito. Entretanto, no melhor conceito de competência concorrente (art. 24, IX, CF), tem-se que os Estados e o Distrito Federal apenas podem complementar as disposições genéricas e normativas relacionada à educação (BRASIL, 1988)

Isso porque, a própria LDB (lei de competência privativa da União), por meio do art. 26, § 10, restringiu a possibilidade de qualquer ente federativo incluir, de formar autônoma, uma nova disciplina obrigatória, já que, caso tal situação ocorra, necessária é

---

<sup>16</sup> Link para consulta: <http://portal.mec.gov.br/programa-saude-da-escola/195-secre-tarias-112877938/seb-educacao-basica-2007048997/12598-publicacoes-sp-265002211>.

aprovação do Conselho Nacional de Educação, com a devida homologação pelo Ministro de Estado da Educação (BRASIL, 1996)

Neste ponto, então, sintetiza-se: A União detém a competência privativa para estabelecer a normatização da Educação em nível nacional, por meio do Ministério da Educação (MEC), valendo-se da LDB.

Além disso, detém a competência para estabelecer os conteúdos básicos a serem trabalhados por meio da BNCC, já que a própria LDB condiciona a inclusão de disciplinas obrigatórias nos currículos à aprovação do Conselho Nacional da Educação, com a devida homologação pelo MEC – ainda que a iniciativa para inclusão parta de um Estado da federação.

Logo, essa condicionante supra, parece ser uma mitigação da competência constitucional concorrente prevista no artigo 24, IX, CF dos Estados, já que tira parte da sua autonomia e incorre numa possível antinomia, visto que o art. 26, caput da LDB permite os Estados “complementar” o seu currículo – concluindo-se, no campo teórico, que não pode ser pelo estabelecimento de uma disciplina obrigatória de forma autônoma, a exemplo de “noções básicas de cidadania política”. Assim, sabendo que, atualmente, há esta Base Nacional Comum Curricular, torna-se necessário analisá-la, para, após, ingressar detidamente na análise do plano estadual.

Inicialmente, a Resolução n. 2 do Conselho Nacional da Educação em seu art. 1o e §U c/c art. 5o, novamente ressalta o caráter genérico que tal diploma possuía e reforça que os entes federativos devem segui-lo, sem, contudo, retirar a sua autonomia na elaboração dos seus currículos conforme a necessidade local (BRASIL, 2017). Nesta toada, o artigo 4o, do mesmo diploma normativo, tangencia<sup>17</sup> em sua alínea 7, a temática da democracia política ao abordar que ideias, temas, pontos de vista, entre outros, devem respeitar e promover os direitos humanos, o que, novamente, não passa de generalidade (BRASIL, 2017).

---

<sup>17</sup> Consulta [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=79631-rcp002-17-pdf&category\\_slug=dezembro-2017-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=79631-rcp002-17-pdf&category_slug=dezembro-2017-pdf&Itemid=30192)

Neste ponto, ao adentrar no corpo normativo da BNCC, percebe-se que esta divide o conhecimento humano em 4 blocos, quais sejam: Linguagens e suas Tecnologias, Matemática e suas Tecnologias; Ciências da Natureza e suas Tecnologias e Ciências Humanas e Sociais Aplicadas (BRASIL, 2017).

Assim, partindo-se desse norte e avaliando todos os blocos de conhecimento, tem-se que os blocos de Linguagem e Ciências Humanas e Sociais Aplicadas são os que apresentam a maior vastidão de competências específicas e habilidades que tratam diretamente ou permeiam a temática de cidadania política (BRASIL, 2017).

Isto porque, dentro de Linguagens e suas Tecnologias, no campo geral, tem-se a competência específica 2 (com habilidades 2a e 3a); a competência específica 3 (com habilidades 3a e 4a) e a competência 5 (com a habilidade 4a) que tangenciam a temática. Já na Língua Portuguesa (tratada à parte dentro de Linguagens), o bloco denominado “Campo de Atuação na vida Pública” tangencia a temática nas habilidades 1a, 2a, 3a e 5a. Por outro lado, enquanto o bloco de conhecimento das Ciências Humanas e Sociais aplicadas possuem 6 competências específicas (e as suas diversas habilidades), tem-se que o campo da Matemática e Ciências da Natureza possuem cada um apenas uma competência que tangencia o assunto.

Portanto, como a BNCC é um norte para a elaboração do currículo dos entes federativos, desce-se a campo local para verificar, se de fato, tem-se disposto no currículo da rede estadual de ensino público de Mato Grosso do Sul, em especial, do Ensino Médio, o tratamento da temática que é escopo deste trabalho. Assim, ao se analisar o currículo do ensino médio da rede pública estadual, tem-se no diploma que o trato sobre direitos humanos deve ocorrer pela aplicação dos conteúdos já previstos no próprio currículo; ou de forma transversal ou pela junção das duas hipóteses anteriores conforme resultados do Mato Grosso do Sul (BRASIL, 2021).

Nessa toada, analisando a vasta previsão do documento a nível local e, esclarecendo que este possui o caráter assecuratório de direitos fundamentais dos adolescentes, translúcido é a replicação das mais diversas competências específicas que constam na BNCC, assim como a previsão de habilidades que trabalham diretamente ou de forma tangencial/transversal às nuances da cidadania política.

De todo modo, ainda se percebe a previsão de generalidades tais quais se encontram nos diplomas normativos que o superam na hierarquia da educação nacional. Assim, de fato, resta como alternativa, caso possuam interesse, às escolas, por meio do seu projeto político pedagógico, estabelecer os objetivos, os valores, os projetos e os programas a serem desenvolvidos no seio escolar, encontrando, entretanto, um possível desinteresse público em tal prática, já que o projeto político pedagógico é uno a cada ambiente escolar e desenvolvido em coletivo com os seus pares, ou seja, será de reprodução apenas naquele ambiente que o produziu, o que, portanto, pode acarretar num desequilíbrio de aprendizagem aos jovens de Campo Grande e, também, do Mato Grosso do Sul/Brasil no que tange aos assuntos considerados sensíveis e fundamentais à cidadania política.

Observa-se que como hipótese ou solução para esse devido conflito de não assunção de competência para tratar de cidadania política no seio escolar entre os entes federativos perante as previsões aparentemente conflitantes (ou omissas) na legislação, aduz que a melhor saída para tal conteúdo ser previsto de forma expressa nos currículos nacionais é pela inclusão de tais matérias através de um processo legislativo federal.

Nesse sentido, há o Projeto de Lei do Senado número 2 (PLS 2/2012), de então autoria de Sergio Souza, que objetiva incluir, como disciplina obrigatória, por todo o ensino médio, a “Ética Social e Política” e que, atualmente está com sua tramitação

encerrada, já que fora remetida a Câmara dos Deputados e não fora votado<sup>18</sup>

Ademais, buscando o mesmo objetivo, o Senador Romário também, por meio do Projeto de Lei do Senado 70/2015, tentou incluir novas disciplinas obrigatórias que tratavam sobre este tema, porém, tal projeto também se encontra com seu trâmite encerrado, já que fora remetido a Câmara dos Deputados e não fora votado.

Por fim, talvez com intuito de mitigar os efeitos da inclusão de uma disciplina obrigatória, o Projeto de Lei 423/2021, de autoria do Deputado Federal Emanuel Pinheiro, está à espera da apreciação do plenário da Casa, para tentar incluir as noções de Direito Constitucional, de Macroeconomia e de Microeconomia na Base Nacional Comum Curricular (BNCC), sendo sua prática facultada ao aluno.

De todo modo, percebe-se que o assunto não é tratado com prioridade pelo Estado, já que é previsto de forma expressa desde o Constituinte e assim continuou sendo no mais diversos diplomas, entretanto, no momento fático de ser previsto de forma expressa no currículos, ocorreu a devida desídia pelos entes federativos, que deixaram o encargo à tona da transversalidade das matérias de professores, que na sua maioria não estão aptos à temática, ou ao seu trato pelo projeto político pedagógico da escola – não possuindo, assim, a capilarização do conceito em nível nacional que tanto se espera.

Não menos importante, os projetos de lei demonstrados são apenas alguns dos tantos que já tentaram prever a temática, entretanto, não possuem aptidão, apreço ou interesse político para ter seu trâmite concluído, numa demonstração indireta, pelos representantes do povo, que o intuito é a manutenção do status quo, fulminando com uma formação em massa de futuros cidadãos conhecedores de seus direitos e, assim, interventores perante seus elegidos, na aplicação da melhor política pública.

---

<sup>18</sup> Matéria votado no senado, <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/104063>

Dentre esses, citam-se os direitos políticos, que a nível nacional, já avançaram e retrocederam, a depender do momento histórico, como ponderado na comparação das Constituições de 1891 e 1824; das constituições de 1934 e 1937 e, finalmente, entre a constituição de 1964 e 1988. Portanto, como elucidado, esta dialética-histórica brasileira de “ganha-perde” “perde-ganha” de direitos políticos poderá ser evitada pela previsão, conhecimento e exercício desses direitos em nível escolar, fomentando, assim, uma resistência social e assegurando um período longo da CF/88, que é democrática e garantidora do exercício da cidadania.

## CONCLUSÃO

Após a análise do conceito de cidadania política e da importância que tal assunto possui para a sociedade brasileira, já que, desde o período colonial até os momentos atuais, os direitos, em plano nacional, passaram por diversos momentos de inclusão e exclusão, tem-se que, a sua garantia e manutenção são deveras importantes para que se possa garantir a sua plenitude de seu exercício.

Entretanto, nessa visão, apesar da democracia ter sido reconquistada na década de 80, os governantes, de modo geral, pouco se preocuparam com a formação política de seu povo – tão importante para manutenção da República e da Democracia –, visto que, como já bem apresentado, diversos foram os anos de lacuna normativa sobre a Educação em seio nacional, quiçá da educação política e cidadã.

Noutro ponto, acredita-se que mesmo com a tardia previsão normativa da educação a nível nacional, estas continuam genéricas e esparsas no que tange ao ensinamento da cidadania política e do aprendizado dos direitos básicos no seio escolar.

Isto porque, configura-se, de fato, um desinteresse dos entes em delimitar as noções básicas de aprendizado da cidadania àquele que estiver presente no contexto escolar. De certa forma, em virtude das previsões genéricas, deixou-se o encargo a critério do

docente que, esquecendo-se, é fruto deste mesmo sistema educacional.

Assim, por vezes, percebe-se que além da ausência de previsão de conteúdos específicos e fundamentais, o docente e o seio escolar não abordam os temas com receio da possível repercussão (em virtude de não haver previsão específica, por parte do Estado, que delimita o conteúdo a ser trabalhado).

De outro modo, a não abordagem também pode se dar pelo não conhecimento do assunto, seja porque o docente é fruto deste sistema, seja porque o Estado não desenvolve o assunto nas formações continuadas de seus professores.

Ademais, mesmo que a criação e fomento de alguns projetos de lei que, ora tentavam tornar o tema como matéria obrigatória, ora como facultativa, tem-se que os representantes do povo não dão seguimento no processo legislativo, incorrendo no encerramento do trâmite dentro do Congresso Nacional sem a devida votação e implementação do assunto.

Assim, conclui-se que tal ausência legal pode ser a fomentadora da manutenção do status quo, o que é deverás prejudicial para o desenvolvimento a nível local e a nível nacional, vez que a população, quando consciente dos seus direitos e das omissões do Estado, busca meios políticos para contribuir com o desenvolvimento nacional, tal qual, na colaboração da promulgação da lei da tortura, dos crimes hediondos e da gratuidade de certidão de nascimento e de óbito.

Por fim, a formação de uma juventude conhecedora dos seus direitos pode promover uma resistência social sadia no que tange ao não retrocesso dos direitos fundamentais já conquistados.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Diretrizes e Bases da Educação Nacional Brasília, 1996.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Base Nacional Comum Curricular. Disponível em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/abase/#medio> Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Parâmetros Curriculares Nacionais. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/programa-sal-de-da-escola/195-secretarias-112877938/seb-educacao-basica-2007048997/12598-publicacoes-sp-265002211> Acesso em: 18 jan. 2023.

BRASIL. Resolução CNE/CP No 2. Brasília, 22 dez. 2017

BRASIL. Secretaria de Educação Fundamental. Parâmetros curriculares nacionais: introdução aos parâmetros curriculares nacionais / Secretaria de Educação Fundamental. – Brasília: MEC/SEF, 1997

BRASIL, MATO GROSSO DO SUL (Estado). Decreto no 2, de 2021. Currículo de Referência de Mato Grosso do Sul Ensino Médio. Campo Grande.

BRASIL, O PREÇO DE IR E VIR: PEDÁGIO URBANO E OUTRAS ALTERNATIVAS PARA NÃO DEIXAR SÃO PAULO PARAR. São Paulo: Câmara Municipal de São Paulo, 2012.

CABRAL, Thais Teixeira da Silva. AS AÇÕES DOS TRIBUNAIS ELEITORAIS PARA CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA DOS JOVENS BRASILEIROS. Anais do 16º Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais. Brasília, p. 1-12. out. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2010

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil. O longo caminho. 3a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

FERNANDES, Myla Freire Machado. EDUCAÇÃO POLÍTICA EM MINAS GERAIS: reflexões, iniciativas, desafios e aprendizados. 2018. 137 f. TCC (Graduação) - Curso de Administração Pública, Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2018

GALVÃO, Roberto Carlos Simões. CIDADANIA E EDUCAÇÃO NO BRASIL: INTERAÇÃO, LIMITES E PERSPECTIVAS. 2006. 141

f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Educação, Área de Concentração: Fundamentos da Educação, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2006.

MICHELET, Jules. História da Revolução Francesa. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

PRADO JÚNIOR, Caio. História Econômica do Brasil. São Paulo: Brasiliense, 2008.

ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; Direitos humanos: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Josélio Cassiano dos. DO DIREITO A EDUCAÇÃO À EDUCAÇÃO JURÍDICA NO ENSINO REGULAR: EFETIVIDADE OU PERSPECTIVA? 2014. 46 f. TCC (Graduação) - Curso de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019.

SVARLIEN, Oscar. Cidadania. In: SILVA, Benedicto (coord.). Dicionário de Ciências Sociais. Rio de Janeiro: FGV, 1986

VASQUES, Arthur Gabriel Marcon. DIREITOS HUMANOS E O EXERCÍCIO DA CAPACIDADE POLÍTICA PASSIVA: A REFORMA À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E OS NOVOS PARÂMETROS DE LEGALIDADE À LEI DA FICHA LIMPA. 2022. 107 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós- Graduação Mestrado em Direito, Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2022.



# O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS UM ESTUDO DOS PROBLEMAS ENFRENTADOS PARA A SUA IMPLANTAÇÃO NO BRASIL

Augusto Seiji Yoshida  
Abner da Silva Jaques  
Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil

## INTRODUÇÃO

O sistema tributário de um país compreende todos os tributos instituídos pelos entes públicos (Municípios, Estados e União), assim como a legislação que os regulamenta. De modo geral, os sistemas tributários modernos são compostos por três fontes de arrecadação ou bases de tributação, sendo elas: patrimônio, consumo e renda (LAGEMANN, 2001, p. 288-306).

Ao longo da história dos sistemas tributários, todo o indivíduo se configura como contribuinte e beneficiário do sistema tributário. Destarte, o ideal seria que cada cidadão obtivesse, em mesma medida, vantagens e desvantagens, bem como benefícios e prejuízos, em consequência da carga tributária. Entretanto, surge uma questão, ou impossibilidade, de se definir individualmente o montante de benefício ou prejuízo gerado pela tributação, devido às complexidades da sociedade e a dificuldade de conhecimento das preferências e valores de cada indivíduo (GIAMBIAGI; ALÉM, 2011, p. 245-279).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a primeira previsão a respeito do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) ficou estabelecida em seu artigo 153, inciso VII. Foram diversos estudos em diferentes instituições, comissões, propostas e intensos debates na Assembléia Nacional Constituinte, pós-período de Ditadura Militar, além de audiências públicas com a sociedade para debater propostas quanto a tributação (COMERLATO; GIORA, 2014, p. 08).

Por conceito, o IGF é um tributo de espécie imposto e a situação prevista em lei como necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária não se vincula a nenhuma atividade específica do Estado relativa ao contribuinte. Logo, quando o Estado cobra o imposto de renda, por exemplo, é considerado, exclusivamente, o fato de alguém auferir renda (MACHADO, 2006, p. 124).

A notória necessidade de uma melhor distribuição de renda e redução das desigualdades sociais no país tem incentivado a busca de soluções para os seus problemas. Essa disparidade reflete no Brasil, de forma que ao longo dos anos temos um conceito de ineficácia tributária. A tributação brasileira não atende a finalidade da redistribuição de renda, ao contrário, fortalece a concentração da mesma, uma vez que a incidência sobre o patrimônio é menor e a população considerada classe alta paga o mesmo valor de tributo que a população pobre (BARRETO JÚNIOR; GOMES, 2023, p. 196).

O IGF, sob alcunha de Imposto Robin Hood, tem a premissa de melhorar esses índices tributando os mais afortunados, porém, até o momento, existem várias dúvidas sobre a sua real necessidade. Nesse sentido, a problemática da pesquisa guiou o seguinte questionamento: 'quais são os desafios enfrentados para a positivação do Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil e qual a sua relevância na busca de um sistema tributário mais justo?

Este estudo tem por objetivo geral analisar os desafios enfrentados para a positivação do Impostos sobre Grandes Fortunas no Brasil e sua relevância na busca de um sistema tributário mais justo. Por sua vez, tem-se como objetivos específicos: (i) compreender a materialidade do IGF e sua função como mecanismo de justiça social; (ii) verificar as formas de instituição e regra-matriz de incidência tributária do IGF; e (iii) levantar os principais aspectos positivos e negativos sobre a possível instituição do IGF.

As hipóteses levantadas nessa pesquisa foram: a) a falta de um parâmetro para definição da expressão "grandes fortunas" torna o IGF inconclusivo e passível de várias discussões divergentes sobre a seu favor; b) os exemplos obtidos em países que adotaram o IGF

ditam uma tendência em abandonar o aludido imposto e não o seu caminho inverso; c) a capacidade de sua contribuição social com foco em uma melhor distribuição de renda não se mostrou verdadeira até o presente momento; e d) a questão política no atraso da instituição do IGF, uma vez que foram propostos inúmeros projetos e nenhum obteve sucesso.

Neste trabalho utilizou-se uma metodologia podendo ser classificada como uma pesquisa descritiva. Em relação ao procedimento para coleta de dados, classifica-se como uma pesquisa bibliográfica. Por fim, no tocante a abordagem do problema é caracterizada como qualitativa.

O estudo está dividido em três tópicos. No primeiro, discute-se as questões sobre desigualdade socioeconômicas e a função do IGF como mecanismo de justiça social. Posteriormente, são apresentados os critérios legais do IGF no Brasil, tal como as formas de instituição e a estrutura da regra-matriz da incidência tributária. No último tópico, mostra os aspectos positivos e negativos com a instituição do IGF, bem como as experiências internacionais dos países: França, Argentina e Espanha que instituíram o IGF e foram bem-sucedidos.

## **QUESTÕES DE DESIGUALDADE SOCIOECONÔMICAS E A FUNÇÃO DO IGF COMO MECANISMO E JUSTIÇA SOCIAL**

A desigualdade social surge em decorrência do processo de acumulação de capital, sendo oriunda da passagem da Idade Média para Idade Moderna, em que o comerciante, o artesão, o pequeno e médio proprietário (rural ou imobiliário), tornaram-se os primeiros considerados "capitalistas" e a classe a que eles pertencem (a burguesia), dando início ao processo de acumulação de capital (BATISTA JÚNIOR, 2015, p.21).

As desigualdades socioeconômicas tendem a se agravar de maneira mais contundente ao longo do tempo, nos países subdesenvolvidos, se o Estado não adotar medidas que as combatam ou minimizem seus efeitos. A busca pela redução das

desigualdades é tomada, inclusive, pela linha de pensamento da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), que trata sobre a necessidade de se promover uma transformação produtiva com equidade, ou seja, significa criar condições para a retomada do crescimento da produção de maneira sustentável ao longo do tempo, concomitantemente à promoção da redução de desigualdades sociais e melhoria no bem-estar social, no exercício da democracia. (NEVES, 1995).

Joseph Stiglitz, ex-economista-chefe do Banco Mundial e Prêmio Nobel de Economia no ano de 2001, considera a atuação das instituições internacionais, tais como Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial e Organização Mundial do Comércio, na condução de regras do sistema econômico mundial em favor de alguns países e indivíduos poderosos. Desta forma, as instituições corroboram em atuar, com certa frequência e acabam estabelecendo as regras do jogo, servindo aos interesses de países industrializados mais avançados - e a interesses particulares de alguns indivíduos nesses países, deixando de lado os interesses do mundo em desenvolvimento (STIGLITZ, 2003, p. 263).

Nesse tocante, os 193 Estados-membros da Organização das nações Unidas (ONU), no mês de setembro de 2015, fizeram um acordo para adoção de uma agenda intitulada de “Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” ou Agenda 2030, que consiste em uma tentativa de parceria mundial em melhorar as condições de desenvolvimento do planeta até o ano de 2030. Em tal agenda estão definidos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), dentre eles se inclui “Objetivo 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles” (ONU, 2015, p. 29).

O autor Thomas Piketty, em sua obra intitulada "O Capital do Século XXI", ressalta sobre a importância das arrecadações tributárias no desenvolvimento de ações sociais. Além do mais, fica evidenciado a busca pela igualdade social, uma vez que a questão do imposto é de natureza política (PIKETTY, 2014, p. 9).

O autor ainda explana que a cobrança de imposto deve possuir um caráter proporcional ou progressivo da arrecadação; logo, um imposto apenas pode ser considerado proporcional quando a sua taxa é a mesma para todas as pessoas e progressivo quando as taxas mais altas sejam direcionadas para os mais ricos, ou seja, demonstra-se a função social do imposto e a necessidade em equilibrar as desigualdades sociais, tratando as cobranças a serem impostas de maneira proporcional. Destarte, vale ressaltar que o capitalismo fomenta, de certo modo, a desigualdade social, uma vez que o grande nível de produção e de capital elevado, supera as necessidades sociais, não permitindo o combate de maneira eficaz à desigualdade e a pobreza (PIKETTY, 2014, p.17).

Os epidemiologistas britânicos Richard Wilkinson e Kate Pickett, em interessante estudo estatístico sobre os efeitos da desigualdade, argumentam que o agravamento da desigualdade social não gera consequências apenas para os pobres e sim para toda a sociedade, de tal forma que o sentimento de injustiça social provoca uma situação delicada nas divisões de classes a partir da valorização dos estatutos estamentais e o abalo da confiança entre os desiguais. Destarte, não é a pobreza o fator mais diretamente ligado ao bem-estar social de uma sociedade e sim a desigualdade social de um país, tal como saúde mental e física, vida comunitária, consumo de drogas, expectativa de vida, violência urbana, desempenho educacional, maternidade na adolescência, entre outros fatores, concluíram os epidemiologistas (RIBEIRO, 2015, p.6).

Nesse sentido, a defesa de que o Imposto sobre Grandes Fortunas pode vir a ser um instrumento que alcance a justiça tributária no Brasil, uma vez que, tal imposto, em tese, permitiria não apenas uma justa distribuição da carga tributária entre os contribuintes, como também, uma maior distribuição, com a redução das enormes desigualdades sociais vistas no país, em decorrência da pobreza de grande parcela da população (MOTA, 2010, p.164-165).

É importante destacar que o tributo mantém uma função social que está em consonância com os objetivos do Estado Democrático de

Direito brasileiro. Isso ocorre porque o artigo 3º da Constituição Federal de 1988 estabelece a construção de uma sociedade igualitária, baseada na dignidade da pessoa humana, na erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e regionais, que, em última instância, promovem o bem comum. Sobre o tema, Mendonça e Almeida (2011, p. 09) colaboram com a seguinte análise:

(...) a extrafiscalidade deve ser encarada como um importante instrumento para a manutenção do Estado Democrático de Direito, cuja finalidade principal não é a arrecadação para os cofres públicos, e sim a possibilidade de proporcionar benefícios àqueles que realizam atividades consideradas relevantes pelo Estado, encontrando-se, atualmente, atrofiadas na sociedade.

Os tributos podem ter função fiscal ou extrafiscal. No primeiro caso, o objetivo é a obtenção dos recursos para a própria manutenção do Estado. Na segunda hipótese, porém, o tributo é utilizado como ferramenta para que o Estado interfira de algum modo no domínio econômico, garantindo sua estabilidade (CREPALDI, 2019, p. 13)

Aliomar Baleeiro manifestou-se no mesmo sentido ao argumentar que um tributo é considerado extrafiscal quando não tem como objetivo principal a arrecadação de recursos para financiar o funcionamento do Estado, mas sim aquele que “visa a ordenar a propriedade de acordo com a sua função social ou intervir em dados conjunturais (injetando ou absorvendo a moeda em circulação) ou estruturais da economia” (BALEEIRO, 2010, p. 914-915).

Destarte, o IGF pode ser um instrumento utilizado para corrigir as desigualdades econômicas entre as classes sociais, reduzindo injustiças decorrentes de uma concentração de renda uma pequena fração da sociedade brasileira, deste modo, é possível aumentar a carga tributária daqueles que possuem uma maior capacidade contributiva (SZKLAROWSKY, 1989, p. 50).

Nesse tocante, o tributo é o meio para justa distribuição de riquezas efetuada pelo Estado na promoção da paz social. Os autores Maria Ribeiro e Luis Zanoti (2006, p. 67), destacam que a

mesma apenas poderá acontecer: [...] mediante o emprego de uma ação econômica, porém de cunho eminentemente social, uma vez que tem por escopo compensar as desigualdades sociais, por meio da taxa evolutiva do tributo, visando a inibir o crescimento econômico de uma grande maioria desfavorecida.

Complementa Lopes e Eloi (2016, p. 112):

[...] a busca por um tributo justo não é fácil, pois nem mesmo a concepção do que é justiça tributária está definitivamente firmada - dependente de percepções morais sobre as origens e causas da desigualdade, da extensão do direito de propriedade e, ainda, do próprio papel do Estado.

Destarte, o tributo deve se revestir, dentre outros fatores, de algumas condições que lhe possibilite levar em consideração o nível de renda auferido pelo contribuinte sobre seu patrimônio. Em outras palavras, mediante adoção de uma tributação que considere, além da proporcionalidade e razoabilidade, a capacidade contributiva do sujeito é que se alcançará a justiça social (MIOTTO; RIBEIRO, 2022, p. 21).

## **OS CRITÉRIOS LEGAIS DO IGF NO BRASIL**

O Imposto sobre Grandes Fortunas tem sua previsão na Constituição Federal, em seu artigo 153, inciso VII (BRASIL, 1988). Até hoje, o Brasil não aprovou uma legislação sobre esse imposto, a despeito da previsão constitucional. O projeto de Lei Complementar foi o 202/1989 que teve seu trâmite mais avançado no Congresso Nacional, porém, foi rejeitado no mérito pela Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados, em 2000. Em face da crise fiscal que o Brasil enfrenta, o debate sobre o IGF foi retomado (SILVA; ARAUJO, 2015, p. 3).

Na fase pré-constituente, havia um grupo de estudos com o foco de "reverter o sistema de tributação progressiva", que se baseava em rendas específicas de assalariados e autônomos. O primeiro projeto de Lei Complementar no Congresso Nacional brasileiro, com intuito

de regular o IGF foi de autoria do então Senador da República, Fernando Henrique Cardoso (162/1989). Após a aprovação pela relatoria, foi remetido à Câmara dos Deputados, identificado como PLS n. 202/1989, cujo objetivo era estabelecer a base de cálculo do imposto (CARVALHO, 2011 p. 28-29).

Desde o primeiro apresentado até o ano de 2023, inúmeros outros projetos foram apresentados aos longos dos anos. É possível contabilizar 274 projetos, 164 ainda em tramitação (BRASIL, 2023). Tais projetos de lei propostos, tanto por deputados, quanto senadores, são muito parecidos, uma vez que há uma carência em artigos, textos simples e/ou medidas ante evasivas, pois, as pequenas diferenças concentram-se apenas na estrutura de alíquotas e no limite de isenção. O estabelecimento de isenção é um fator que necessita maior atenção, pois, a alíquota efetiva do imposto é fortemente influenciada por ele (CARVALHO, 2011, p. 29). De todo modo, ainda não houve um debate mais profundo e, tampouco, uma expectativa real para a sua instituição.

Nesse sentido, pondera-se que a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, estabelece normas de finanças públicas direcionadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Em seu dispositivo artigo 11, determina o seguinte:

Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação. Parágrafo único. É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no caput, no que se refere aos impostos (BRASIL, 2000).

Sob esse dispositivo, é possível compreender que a instituição do IGF seria obrigatória, sendo que nos termos desta lei, aquele ente que não instituir os impostos de sua competência, serão responsabilizados, restando vedada, a estes as chamadas "transferência voluntárias", logo, estariam restritas os repasses financeiros provenientes de outro ente federativo. Todavia, no caso de impostos federais, tal obrigatoriedade sofre uma moderação, uma vez que a União não recebe nenhuma transferência voluntária,

somente repassa (OLIVEIRA, 2017, p. 15). Logo, não há penalidade, na prática, a desobediência ao artigo da Lei Complementar não gera nenhuma obrigatoriedade para União, o que faz com que a omissão legislativa acerca do tema se perpetue.

Em relação a isso Pascoal, (2015, p. 122) afirma que:

A Lei de Responsabilidade Fiscal é inconstitucional, uma vez que exige a instituição de todos os tributos previsto na Constituição Federal. O entendimento predominante é que a Constituição Federal não estabelece tal obrigatoriedade, tendo-se limitado a outorgar tais competência para cada ente federativo, que à luz de suas próprias circunstâncias, poderiam avaliar a possibilidade de instituir determinado tributo, não obstante a razoabilidade deste entendimento, o fato é que a Lei de Responsabilidade Fiscal exige a instituição de todos os tributos

Destarte, há uma razão política para a inexistência de regulamentação do IGF no país, intrínseca à relação de que o poder econômico mantém representantes no parlamento. Logo, os interesses políticos de classes deixam-se levar por individualidades e daqueles que lhes convêm. Desta forma, os detentores de grandes fortunas no Brasil usufruem de influência política exercida através do poder legislativo para retardar a regulamentação de um imposto em prol de uma ambição própria (CALIXTRE, 2018, 489-498; LOPES; ELOI, 2016, p. 107-129). Ultrapassado essa ponderação necessária, agora é preciso compreender especificamente a materialidade e a estrutura normativa relacionada ao IGF.

## **FORMAS DE INSTITUIÇÃO**

O IGF é de competência da União e depende de lei complementar para sua instituição, o que faz com que sua norma seja de eficácia limitada, uma vez que necessita de outra norma infraconstitucional. Por sua vez, o conceito de grande fortuna, a base de cálculo e alíquota não foram definidos e com isso não houve efeitos com a promulgação da Carta Magna de 1988. Salienta-se que, para sua instituição no ordenamento brasileiro,

devem ser considerados alguns princípios tributários, tais como o da capacidade contributiva, isonomia, proibição da bitributação, vedação do confisco, entre outros (GONÇALVES, 2016, p. 14).

As maiores dificuldades para sua instituição, segundo Souza (2014, p. 2-3.) seriam:

[...] muitos detalhes e minúcias deverão ser apainadas visando facilitar sua aplicação. Seguem algumas delas exemplificadas pelo estudioso acima mencionado: 1º) dimensionar e definir grande fortuna; 2º) submeter à incidência as pessoas físicas e jurídicas ou somente as físicas; 3º) estabelecer método (histórico, de mercado, declarado etc) para a avaliação da fortuna; 4º) optar pela progressividade ou proporcionalidade das alíquotas; 5º) fixar a real incidência sobre a fortuna ou apenas criar uma espécie de imposto complementar de renda; 6º) prescrever a incidência sobre o patrimônio bruto ou líquido; 7º) estabelecer a incidência sobre o patrimônio líquido total ou sobre o patrimônio bruto ou líquido imponible, ou seja, excluindo certas classes de bens, como os objetos de uso pessoal (vestuário e mobiliário), o imóvel residencial da família, as obras de valor histórico ou artístico, etc; 8º) estabelecer a incidência sobre a simples posse de grande fortuna (estoque) ou apenas no momento de transferência de cada parcela do patrimônio; 9º) regular a incidência sobre o patrimônio bruto, líquido ou imponible ou apenas sobre o acréscimo do patrimônio ou somente sobre a mais-valia do patrimônio; 10º) prever, ou não, limite conjugado para a incidência dos impostos sobre grandes fortunas, ganhos de capital e de renda; 11º) estabelecer, ou não, alíquotas diversificadas, segundo a natureza dos bens que integrem o patrimônio (produtivos e improdutivos); 12º) negociar e celebrar com outros países acordos para evitar a bitributação, particularmente em face dos critérios de incidência, segundo o domicílio do contribuinte ou a situação dos bens

Carvalho Júnior (2008, s/p) também argumentar no sentido da dificuldade de instituição do IGF no ordenamento brasileiro:

São muitos os desafios político-administrativos do imposto sobre a riqueza. Para fugir da progressividade, o contribuinte pode diluir seu patrimônio entre os contribuintes de sua família ou mesmo criar pessoas jurídicas. Portanto, é necessário ter um cadastro familiar e um cadastro de empresas com a participação das famílias cotistas. Também é preciso ter um sistema avaliatório de bens para confrontar os valores declarados pelos

contribuintes, e há necessidade de integrar os sistemas municipais de cadastro e avaliação de imóveis.

Para instituição do IGF, por sua exigência em edição de Lei Complementar, há consequência, uma vez que, nos termos do artigo 146, inciso III, alínea "a" da Constituição Federal, a Lei Complementar deve estabelecer normas gerais concernentes ao fato gerador, base de cálculo e contribuintes (BRASIL, 1988). Dentre outras exigências impostas pelo texto constitucional, deve ainda referida Lei Complementar dispor sobre a obrigação, o lançamento, o crédito tributário, a prescrição e a decadência, segundo artigo 146, inciso III, alínea "b" (BRASIL, 1988).

Harada (2019, p. 478) corrobora com tais conclusões ao lecionar que a Lei Complementar referido no artigo 153, VII, da Constituição Federal deverá regulamentar o fato gerador, a base de cálculo e os contribuintes, respeitando o artigo 146, inciso III, da Constituição Federal. Todavia, prossegue o autor que "a classe dominante e opção política dos integrantes do legislativo federal nada fizeram no sentido de instituir e cobrar este imposto" .

## **ESTRUTURA DA REGRA-MATRIZ DA INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA**

O debate sobre a constitucionalidade do IGF gira em torno da definição do termo "grandes fortunas". O que poderia ser questionado como definição é se a fortuna seria um excesso a um determinado valor ou a riqueza de uma fração dos mais do país. Vários juristas alegam que fortuna seria maior que riqueza e grande fortuna seria maior que fortuna, logo, o IGF abrangeria um universo de tributação muito restrito (DALMÁS, 2016, p. 53).

A hipótese do IGF seria a titularidade da grande fortuna (critério material) localizada no território nacional (critério espacial); o sujeito ativo, pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir seu cumprimento, previsto no artigo 119, CTN, deverá ser definido pela lei que o instituir, sendo

presumível que será a União e, por sua vez, o sujeito passivo, pessoa obrigada ao pagamento do tributo, previsto no artigo 121, CTN, logo, o titular da grande fortuna (PAIXÃO, 2019, 31).

Em relação ao aspecto material da hipótese de incidência possível do IGF, o legislador infraconstitucional poderá fixar as diretrizes básicas (de modo expreso) e criar a regra-matriz de incidência do IGF. Nesta legislação, poderá elaborar a norma jurídica tributária e optar por tributar a renda, o patrimônio ou ambas as bases tributárias no intuito de dimensionar e definir a grande fortuna.

Por sua vez, em relação ao aspecto pessoal da hipótese de incidência possível do IGF, poderá o legislador elaborar norma jurídica tributária e optar por limitar a tributação às pessoas físicas residentes ou domiciliadas no país, às pessoas jurídicas domiciliadas no país e pessoas jurídicas com seu domicílio no exterior em relação à grande fortuna situada no país, ou em ambas as pessoas físicas e jurídicas (MOTA, 2021, p. 235).

Quanto ao aspecto temporal da possível incidência possível do IGF, é imprescindível apontar que a vigência da lei tributária regular-se-á, em regra, de acordo com o que por ela for estabelecido ou, caso seja silente, pelas normas da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei Nº 4.657, de 1942) conjunto das normas do Código Tributário Nacional e Lei Complementar Nº 95, de 1998 que dispõe sobre elaboração, redação, alteração e a consolidação das leis. Nesse aspecto, o legislador deverá indicar o momento pelo qual reputará ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, o que deverá observar a validade, a vigência e a eficácia da norma jurídica tributária (MOTA, 2021, p. 236).

A hipótese de incidência do IGF incidiria apenas sobre uma parcela da sociedade e não somente no aspecto territorial, mais especificamente àquela fração considerada como detentora de grandes fortunas residentes em território nacional. A instituição do IGF acarretaria maior arrecadação de receitas aos cofres públicos, o que deveria estar associado com a criação de ferramentas aptas a atuar no controle e fiscalização para sua destinação. É de suma

importância a instituição e regulamentação do IGF, pois, colaboraria no favorecimento da justiça fiscal e social, uma vez que possibilitaria maior distribuição de rendas (MIOTTO; RIBEIRO, 2022, p. 32).

Por sua vez, no que diz respeito ao critério quantitativo, é importante ressaltar que os impostos sobre riqueza, ou também conhecidos como WealthTax, normalmente aplicado de forma anual sobre a riqueza líquida no que exceder a um determinado limite de isenção. Pode tributar o indivíduo de forma isolada ou um grupo de família de acordo com o total do patrimônio agregado e as alíquotas podem ser progressivas. No intuito de não haver iniquidade na tributação entre contribuinte individual e o núcleo familiar costuma-se aplicar faixas de alíquotas e limites de isenção diferentes a cada um deles, pois o patrimônio agregado de uma família é superior ao patrimônio individual de cada um dos seus membros (CARVALHO, 2011, p. 11).

Economicamente, podem ser classificados os tributos sobre a riqueza em duas formas: tributos sobre o patrimônio e renda anuais (Net wealth taxes) e tributos sobre a transferência de riqueza inter vivos ou mortis causa (Taxes on the Transfer of Wealth ou Inheritance and property taxes). A primeira modalidade é parecida com um imposto sobre a renda, embora não haja tributação ao acréscimo patrimonial, mas sim um montante de patrimônio globalmente considerado em um determinado período. Por sua vez, a segunda modalidade é equivalente ao Tributo de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) brasileiro, de competência dos Estados (artigo 155, inciso I, da Constituição Federal). (PESTIEAU; KESSLER, 1991, p. 312-314).

No Brasil, as tentativas legislativas de adoção de IGF seguiram a primeira modalidade. Isso por causa do fato de que a tributação de heranças é de competência dos Estados federados, logo, poderia gerar discussões sobre a constitucionalidade de o IGF federal adotar as mesmas bases de cálculo do tributo estadual, gerando uma possível bitributação (SILVA; ARAÚJO, 2015, p. 6).

Por sua vez, o sistema de alíquotas deve seguir a progressividade nos tributos diretos (IRPF, herança e doações, patrimônio). As alíquotas devem aumentar quando os valores que incidem no tributo também aumentam, o que gera numa relação positiva com o nível de renda do contribuinte. Tal situação é oposta ao que acontece com impostos regressivos, afinal, nesses casos a carga do imposto diminui na medida em que os valores aumentam, no qual os contribuintes com menores condições econômicas acabam tendo maior alíquota tributária em relação a suas rendas (FERRONATO, 2022, p. 12).

Existe a discussão de que são baixas as alíquotas adotadas nos impostos sobre a riqueza, o que pode indicar uma fragilidade e baixa capacidade de arrecadação. Entretanto, por se tratar de uma tributação anual e recorrente sobre propriedade, as alíquotas não podem ter natureza confiscatória. Em alguns países, os impostos sobre Heranças, cobrado apenas uma vez, justifica-se a aplicação de alíquotas de até 50% (NEVES, 2022, p. 17).

## **ASPECTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS COM A INSTITUIÇÃO DO IGF NO BRASIL E AS EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS**

Inúmeros aspectos devem ser considerados em relação à adoção do IGF no Brasil. Vários analistas comentam e existem algumas correntes que afirmam que seria apenas mais um imposto com baixa arrecadação e de difícil fiscalização, uma vez que aumentaria o custo da máquina administrativa. Por sua vez, outras correntes afirmam que o IGF possuiria uma arrecadação sólida, porém, os recursos não chegarão à população na forma de investimentos públicos e/ou distribuição de renda. Há quem o justifica, pois, sua arrecadação de forma correta seria uma maneira de canalizar os investimentos públicos, que por consequência contribuiria para redução da má distribuição de renda (NASCIMENTO, 2016, p. 31).

Destacando os aspectos favoráveis pode se dizer que: Este imposto foi apelidado por Carlos Vitor Bezerra, Procurador Federal, de "imposto Robin Hood", pois, conforme a corrente positivista, este tem o condão de redistribuir a renda na sociedade (RAMOS; PINTO, 2016, p. 18).

Uma das características mais importantes do IGF é a sua função social, "tendo em vista que a incidência constitucional do imposto, que são as grandes fortunas, pode viabilizar a consecução de uma almejada justiça social, ao se redistribuir riquezas, por exemplo" (MAMEDE, 2018, p. 25). O IGF apresenta, também, uma função extrafiscal, uma vez que a sua regulamentação terá que ser realizada com o intuito de obter desenvolvimento econômico combinado com justiça social, com objetivo de distribuição de riquezas e redução das desigualdades sociais (CUNHA, 2020, p. 251).

Seria possível prever alguns efeitos positivos que poderiam ocorrer com a instituição do IGF e seus efeitos extrafiscais, principalmente nos aspectos administrativos, sociais e políticos, tais como: 1) uma modesta redução nas concentrações correntes de substancialmente de grande riqueza; 2) uma redução modesta da concentração da riqueza semelhante no futuro; 3) os benefícios sociais e políticos que podem ser alcançados e criar certos objetivos; e 4) o aumento geral das receitas fiscais (RUDNICK; GORDON, 1996, p. 08).

O imposto seria justificável por considerações de justiça fiscal. Seria possível alcançar uma equidade horizontal e vertical no meio social. Em relação à equidade horizontal seria a garantia de que a tributação equivalente da capacidade contributiva fundada no patrimônio e da capacidade contributiva fundada na renda. Por sua vez, a equidade vertical seria a limitação da acumulação de riquezas, favorecendo a repartição desta e da redução da desigualdade (FERNANDES, 2005, p. 25-26).

Quanto maior o orçamento estatal, maior igualdade na proteção de direitos básicos poderá ser assegurada, ainda mais favorecendo uma parcela entre as minorias e os menos favorecidos, uma vez que a ponderação de interesses para proteção de direitos

geralmente é direcionada aos detentores do poder estatal com influência sobre os meios de poder no país. Desta forma, a escassez de renda pública afeta os mais pobres, justamente o grupo de pessoas que possui o direito mais fragilizado dentro da sociedade, visto que os grupos detentores do poder estatal tendem a investir o orçamento do Estado em prol de interesses e direitos particulares. Isso demonstra uma subsidiariedade dos interesses dos menos favorecidos, o que diverge dos objetivos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal (DE HOLANDA JÚNIOR; ACIPRESTE SOBRINHO, 2022, p. 6). A favor da instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil, o economista Odilon Guedes (2008, p. 23) afirma que:

Já o Imposto Sobre Grandes Fortunas (IGF), previsto na Constituição Federal de 1988, poderia ser cobrado também de forma progressiva, segundo proposta de Amir Khair, arbitrando-se um nível mínimo de isenção e incidindo, por meio de alíquota reduzida, sobre o valor daquele patrimônio declarado no Imposto de Renda ao final do exercício, de pessoas físicas e jurídicas, que exceder o valor da isenção. [...] É importante destacar, como forma de apoio à aprovação desse imposto, dados do Fundo Monetário Internacional (FMI) que mostram que a riqueza e o Produto Interno Bruto (PIB) mundial atingiram, em agosto de 2007, US\$ 190 trilhões e US\$ 48 trilhões respectivamente. Ou seja, a riqueza é quatro vezes superior ao PIB. Como já reiteramos, o Brasil apresenta uma das mais perversas distribuições de renda e riqueza do planeta e, diante desse quadro, podemos deduzir que entre nós a concentração deve ser bem maior do que a apresentada pelo FMI. Portanto, a aprovação do imposto sobre grandes fortunas é emergente.

Outro benefício seria o da eficiência administrativa, uma vez que a instituição do IGF funcionaria também como instrumento de controle da administração tributária, o que faria que o cruzamento dos dados declarados à Receita Federal, à declaração do IR, do próprio IGF e do patrimônio para fins de tributação específica. Logo, haveria menor possibilidade de evasão de diversos tributos, já que incongruências entre as declarações poderiam evidenciar tal tentativa (CORSATTO, 2000, p. 93-108).

Observa-se que dentre os principais argumentos desfavoráveis contra a instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas, encontra-se a questão da extinção do instituto na maioria dos países europeus. Nesse sentido, esta abolição ocorreu em parte da Europa devido à transferência de capital para países com uma menor carga fiscal, também conhecidos como paraísos fiscais. Com isso, o imposto transferia a poupança nacional para ativos que costumavam ser subavaliados pelo sistema tributário, tais como imóveis, que nesse caso, possuíam uma menor alíquota efetiva. Além disso, o imposto teria um alto custo administrativo, por exigir intensa fiscalização por parte da Administração tributária. E por fim, o imposto distorceria as alocações de recursos quando sua aplicação fosse ao patrimônio de pessoas jurídicas (RISTEA; TRANDAFIR, 2010, p. 7).

A possível instituição traria vantagens duvidosas, pois não haveria distribuição de riquezas e poderia desencorajar a acumulação de renda, o que induziria a aplicação de riqueza na produção, o que seria isenta do tributo, logo, ferindo o princípio da igualdade e possibilitando que os grandes empresários ficassem isentos do imposto. Caso um contribuinte acumulasse uma fortuna por meio de uma empresa que já arcou com os recolhimentos de impostos, tais como ISS, IPTU e ICMS, haveria uma tributação sobre um patrimônio aplicado, no qual seria um patrimônio estático. Destarte, tudo o que o contribuinte ganhar seria tributado gerando menos recursos para investimentos (MARTINS, 2005, p. 100).

Nos países industrializados, a análise comparativa não fornece um quadro unitário da imposição sobre o patrimônio. Juntamente com a WealthTax em sentido próprio continuaram a existir diversos tributos reais, prevalentemente coletados a nível local e privados daquela força agregativa que caracteriza os tributos sobre a riqueza global do contribuinte (UCKMAR, 1986, p. 366).

Outro ponto negativo pode ser a elisão fiscal, que pode ser definida como a conduta lícita, omissiva ou comissiva, do contribuinte, visando impedir o nascimento da obrigação tributária e adiar seu cumprimento. Neste aspecto, a elisão fiscal é alcançada

pela não realização do fato imponible (pressuposto de fato) do tributo ou pela prática de negócio jurídico tributariamente menos oneroso, tal como a importação de um produto pela Zona Franca de Manaus. Essas manobras, todavia, beneficiem o contribuinte, não são condenadas pelo direito positivo brasileiro (CARRAZZA, 2011, p. 34).

Em relação ao âmbito econômico, possivelmente este imposto, na hipótese de sua regulação, desmotivaria a poupança e aplicações de recursos no país, ou seja, traria impactos prejudiciais à economia. Conclui-se que o imposto deve ser sobre fortunas que sejam grandes e não deve desestimular a iniciativa dos empreendedores, senão a riqueza ociosa dos afortunados (COELHO, 2006, p. 203).

Outro aspecto desfavorável seria a questão de evasão de capital do país, o que é um dos questionamentos apresentados na doutrina. Em face da possibilidade de instituição do IGF poderia trazer, na questão de que empresas multinacionais e grandes conglomerados econômicos desistiriam de se instalar no Brasil em vista da cobrança desse imposto (ALEXANDRE, 2015, p. 687).

## EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS NA INSTITUIÇÃO DO IGF

No caso da França, o único Imposto sobre Grandes fortunas que figurou em um sistema tributário foi o *Impôt sur les Grandes Fortunes*, instituído em 1982, pelo então presidente da França, Francois Mitterrand. Porém, foi verificado o baixíssimo índice de contribuintes, apenas 0,5% das famílias francesas e por consequência foi abolido em 1987. Em 1988, o *Impôt Solidarité sur la Fortune* (ISF) foi reinstituído pelo governo. (GIFFONI, 1987, p. 32).

Em relação ao IGF na França Corsatto, (2000, p. 93-108) afirma que

[...] incide sobre o patrimônio mundial das pessoas físicas residentes no estrangeiro em relação aos bens deles situados na França. O imposto sobre

grandes fortunas aplica-se apenas aos patrimônios superiores a três milhões de francos, ou eventualmente, cinco milhões de francos, conforme o patrimônio inclua ou não bens profissionais. Ou seja, há isenção para os bens profissionais em valor até dois milhões de francos. Portanto, se o valor desses bens ultrapassa dois milhões, o piso de três milhões passa para cinco milhões de francos. Os bens profissionais são definidos de forma minuciosa, em princípio abrangendo a ferramenta das profissões industriais, comerciais, agrícolas, artesanais e liberais. O fato gerador é a posse de bens no dia 1º de janeiro, sendo base de cálculo o valor venal real determinado pelo jogo livre de oferta e demanda. A legislação francesa também estabelece um conjunto de normas especiais sobre a avaliação. A apuração do imposto é baseada na declaração anual do contribuinte. Consideramos muito significativas as normas específicas para controle das declarações e para evitar sonegação. Um decreto de 1981 ab-rogou o anonimato com transações em ouro, anonimato esse admitido antes daquele decreto. Além disso, a lei prevê regime especial para bens anônimos. Tais normas demonstram a consciência do legislador a respeito da possibilidade de omissão na declaração de várias espécies de bens

Sobre a temática, importante considerar conforme Torres et.al. (2008, p. 145):

O imposto de solidariedade sobre a fortuna vem sofrendo inúmeras críticas na França, desde o tempo em que se chamava imposto sobre grandes fortunas. Acusam-no de ser tecnicamente inadequado e economicamente nocivo e de não ter alcançado o seu objetivo social. A isenção dos bens profissionais diminuiu-lhe sensivelmente a incidência, além de ser de difícil administração, pois há dúvida sobre a distinção entre bens patrimoniais e profissionais. É um tributo que incide sobre pequeno grupo de contribuintes, composto principalmente por pessoas idosas e aposentadas, sem dependentes e domiciliadas na região de 'Ile-de-France'. Por isso mesmo Pierre de Malta chama-o de imposto elitista, destinado a atingir um número restrito de contribuintes em virtude de uma ideologia redistributivista

Os contribuintes aptos a contribuir nas alíquotas mais baixas do ISF tendem a cometer algumas fraudes, tais como declarar valor menor do seu patrimônio ou a simples omissão. Por sua vez, os contribuintes submetidos a alíquotas maiores tendem a mudar de domicílio fiscal (PICHET, 2007, p. 2-25). O governo do presidente Emmanuel Macron fez críticas aos tributos, com o argumento de

que seria injusto tributar adicionalmente aqueles que investiam na economia real e o imposto foi substituído pelo “*Impôtsurla Fortune Immobilière*” (IFI) (INSPER, 2020, p. 1-29).

Em 2017, em decorrência, principalmente, da alta carga tributária, da fuga de capitais e do acesso a paraísos fiscais, além do baixo impacto na arrecadação do imposto no PIB, a França elaborou uma reforma tributária abrangendo o imposto sobre grandes fortunas (OLIVEIRA, 2022, p 49).

No início de 2018, o Imposto Sobre Grandes Fortunas Francês, foi substituído pelo Imposto Sobre a Fortuna Imobiliária no governo Emmanuel Macron, limitando a base de cálculo do tributo apenas à soma dos bens imobiliários do contribuinte, excluindo-se o patrimônio advindo de investimentos financeiros e quaisquer outros bens móveis, havendo uma considerável diminuição na prospecção de arrecadação em relação ao novo imposto comparado com a antiga arrecadação do imposto sobre grandes fortunas francês. Com esta alteração, restou diminuído de 350 mil para 150 mil o número de contribuintes atingidos pelo tributo, beneficiando a classe mais rica do país (QUINTELA; SERGIO, 2018).

Um dos primeiros antecedentes sobre esse tipo de tributo na Argentina foi um imposto intitulado *Contribucion Directa*, instituído em 1821. Após isso, acompanhando a linha da tributação sobre a riqueza, foi criado o “*Impuesto Substitutivo delGravamen a laTransmisión Gratuita de Bienes*” (1951) (MOTA, 2010, p. 72).No ano de 1973, foi instituído um imposto incidente sobre os bens pessoais, cuja denominação “*Impuesto sobre losbienespersonales*” (CARVALHO JÚNIOR, 2011, p. 19-20).

Neste mesmo ano, o imposto sobre herança foi retirado do quadro tributário. Devido ao seu longo período de existência (mais de 40 anos), tal tributo sofreu inúmeras alterações. Uma delas se refere à mudança na base de cálculo: originalmente, incidia sobre a riqueza líquida - patrimônio descontado de todos os ônus e dívidas incidentes. Em 1991, passou a incidir sobre a riqueza bruta. Sobre o tema, a lei mais atual que regula o tributo é a Ley 23.966/1991, juntamente com suas alterações. As alíquotas incidentes são

progressivas, de 0,75 a 1,25%. E o valor limite da incidência deste imposto é de até 305 mil pesos argentinos (por volta de R\$ 72,5 mil dólares) (CARVALHO JÚNIOR, 2011, p. 11).

O objetivo deste imposto é onerar o patrimônio do contribuinte que possuir bens localizados no território nacional ou no exterior, avaliados em valor maior que o mínimo disposto em lei, sendo isentos os cidadãos que não alcancem o valor mínimo tributável (HAUQUE, Sergio; HAUQUE, Santiago, 2020, p. 15-31).

Na Argentina possui um extenso rol de bens taxáveis, pode-se observar, taxações incidindo sobre bens móveis, imóveis, direitos reais, dinheiro em espécie e sobre a propriedade intelectual. É possível citar tais passíveis nos artigos 19 e 20 da Lei 23.966, considera-se que os bens que se encontram no país são:

- a) Bens imóveis situados no seu território.
- b) Direitos reais constituídos sobre bens aí situados.
- c) Navios e aviões registados a nível nacional.
- d) veículos automóveis patenteados ou registados no seu território.
- e) bens móveis registados no seu território
- f) Bens móveis do agregado familiar ou de residências temporárias quando o agregado familiar ou residência está situado no seu território.
- g) Os bens pessoais do contribuinte, onde o contribuinte tem o seu domicílio, ou está lá hospedado.
- h) Outros bens móveis e imóveis encontrados no seu território em 31 de dezembro de cada ano, mesmo que a sua situação não seja de natureza permanente, desde que nenhum outro tratamento seja aplicável ao abrigo deste artigo.
- i) depósitos em dinheiro e numerário detidos no seu território em 31 de dezembro de cada ano.
- j) Títulos, ações, quotas ou participações e outros títulos representativos de capital social ou equivalente, emitidos por organismos públicos ou privados, quando estes se encontrem domiciliados no seu território.
- k) O património das empresas ou sociedades unipessoais aí localizadas.
- l) Créditos, incluindo as obrigações negociáveis previstas na Lei 23.576 e obrigações - com exceção das garantidas por garantia, caso em que se aplicará o disposto na alínea b) - quando o domicílio real do devedor se situar no seu território.
- m) Direitos de propriedade científica, literária ou artística, marcas e direitos similares, patentes, desenhos, modelos e desenhos reservados e outros direitos de propriedade industrial ou imaterial, bem como os derivados e as

respectivas licenças, quando o titular do direito ou licença, conforme o caso, estiver domiciliado no país em 31 de dezembro de cada ano.

ARTIGO 20 - Entende-se por bens situados no estrangeiro o seguinte

- a) Bens imóveis situados fora do território do país.
- b) Direitos reais constituídos sobre bens situados no estrangeiro.
- c) Navios e aviões registados no estrangeiro.
- d) Veículos a motor patenteados ou registados no estrangeiro.
- e) Bens móveis e gado localizados fora do território do país.

Em 2020, após amplo debate no país, os senadores da base do governo aprovaram a Ley 27.605 de 18 de dezembro de 2020, conhecido por "Aporte solidario y extraordinario para ayudar a a morigerar los efectos de la pandemia" que tributa o patrimônio de pessoas físicas e jurídicas residentes no país, bem como aquelas que se encontram nas chamadas jurisdições não cooperantes ou naquelas com baixa ou nenhuma tributação e as pessoas jurídicas e físicas residentes no exterior, porém somente sobre os bens sob a jurisdição argentina (FERREIRA; JESUS; NETO, 2021, p. 6-7).

Os recursos recolhidos pelo imposto emergencial sobre a riqueza, serão destinados diretamente ao incremento de equipamento de saúde e segurança, medicamentos e vacinas contra o vírus; auxílio às pequenas e médias empresas, que foram diretamente abaladas pela pandemia; políticas públicas de aprimoramento de saneamento básico e saúde para bairros populares em processo de integração no país; incentivar programas de exploração de gás natural por parte da estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales; e ainda promover a educação dos mais jovens mesmo com os percalços trazidos pela pandemia (BARRERA; SOTELO, 2021).

Por sua vez, na Espanha, em 1977, é instituído o Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, que a princípio possuía um caráter provisório, porém, em 1991 sofreu uma reconfiguração passando a chamar-se Impuesto sobre el Patrimonio, desta vez, em caráter permanente (TORRES, 2003, p. 100). Em 2002, a arrecadação representou apenas 0,5% das receitas do governo. A lei espanhola é bem elaborada, possuindo alíquotas altas e com cerca

de 900 mil contribuintes, o que impõe uma investigação detalhada sobre o motivo da baixa arrecadação. A Espanha não possui um sistema eficiente de fiscalização das propriedades imobiliárias e dos ativos financeiros (CARVALHO, 2011, p. 16).

Em 2004, o imposto extraordinário foi reconfigurado com a denominação "Impuesto sobre el Patrimonio" de caráter permanente. Após um período de transição, foi completamente extinto em 2008 (exceto na província de Guipuzcoa, no país Basco). Com o agravamento da crise internacional, a Espanha reintroduziu em seu ordenamento jurídico o imposto sobre o patrimônio das pessoas físicas, similar ao IGF. Ele foi reintroduzido para vigor provisoriamente até o final de 2012, por meio do Decreto-Lei nº 13/2011, aprovado pelo Congresso Espanhol, reativando a Lei nº 19/91 e corrigindo o que afetava o patrimônio da classe média (NUNES, 2019, p. 29-30).

A lei que instituiu o imposto tem como contribuinte as pessoas físicas residentes e domiciliadas na Espanha e as pessoas físicas não residentes na Espanha, porém, que possuem patrimônio no país. Esse imposto incidirá sobre patrimônio acima de € 700 mil (não incluso a residência principal não superior a € 300 mil), com uma alíquota variando de 0,2% a 2,5% (NUNES, 2019, p. 30).

Com isso exposto, é possível observar que o IGF se demonstrou viável em algumas nações e economias mundiais. O que torna a adoção da técnica jurídica adequada em particularidades de cada país, no qual tornou o imposto praticamente indispensável para reequilibrar as finanças públicas.

Dessa forma entende-se que a instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil é um dispositivo que, após 35 anos da promulgação da Magna Carta, ainda não foi cumprido pelo legislador. Sabe-se que tal inserção da previsão tributária se deu através de uma Assembleia Constituinte, logo depois do Regime Militar brasileiro, que durou 21 anos (1964-1985) e consagrou o Estado de Bem-Estar e Estado Democrático brasileiro como modelo a ser seguido no país.

## CONCLUSÃO

Não é de hoje que a desigualdade social é um problema que vem se arrastando ao longo do tempo. No primeiro capítulo, foi vista a necessidade da busca pela redução das desigualdades, ainda mais na América Latina, no intuito de melhoria do bem-estar social. Nesse sentido, ao longo desse capítulo foi possível verificar várias passagens nas quais o Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) pode vir a ser um instrumento que auxilie a justiça tributária do país.

O IGF pode reduzir injustiças decorrentes de uma concentração de renda de uma pequena parcela da população brasileira, ou seja, seria possível o aumento da carga tributária para aqueles que detêm maior poder aquisitivo. É válido lembrar que inúmeros princípios devem ser seguidos e respeitados para que essa possível redução na desigualdade social aconteça, tais como o da proporcionalidade, o da razoabilidade e da capacidade contributiva.

No segundo capítulo, foi possível compreender os critérios legais do IGF no Brasil. No país, ao longo desses 35 anos de espera foram apresentados inúmeros projetos de lei para alcançar a instituição do IGF. Entretanto, vários projetos arquivados, pouquíssimos em tramitação. O que pode suspeitar é que exista uma razão política para inexistência de regulamentação do IGF no Brasil, uma vez que os representantes do parlamento são aqueles que possuem grande poder econômico, ou seja, os possíveis contribuintes de tal tributos. Logo, é salutar a análise de que a influência daqueles que possuem poder utilizam da política para retardar a instituição do imposto, visando interesses particulares.

Não é de hoje que o tema sobre a constitucionalidade do IGF e da subjetividade do conceito de "grandes fortunas" dificultam todo o processo legislativo. Ainda não há um consenso claro sobre o assunto. Com isso, fica difícil estipular as regras para a implementação dos tributos, tais como critérios materiais, contribuintes, base de cálculo, alíquotas, entre outros.

Por fim, no terceiro e último capítulo foi feita a análise de aspectos positivos e negativos em relação à instituição do IGF no Brasil e algumas experiências internacionais. O principal argumento da corrente que defende o IGF gira em torno da justiça fiscal e de sua função social. Logo, a regulamentação do tributo busca obter o desenvolvimento econômico combinado com justiça social, o que poderia resultar na melhor distribuição de riquezas e diminuição das desigualdades sociais.

Por sua vez, nos aspectos negativos encontram-se os argumentos referente à pouca acumulação de renda, a elisão fiscal, visando o impedimento da obrigação tributária, desestímulo à poupança e evasão de capital do país.

Portanto, é necessário que haja debates no Congresso Nacional acerca dos principais aspectos do Imposto sobre Grandes Fortunas, no intuito de que haja uma tangência entre o tributo e a realidade brasileira. Na última parte desse capítulo, é feita a análise da instituição do IGF ou impostos cujo objetivo seja semelhante, porém, com outra nomenclatura. A experiência internacional comprova que são vários os modelos de sucesso, mas observa-se que houve algum tipo de adequação à realidade e ao sistema tributário de cada país.

É inegável a análise de que o grande número de proposições e tramitação dos projetos de lei percebe-se o forte conteúdo de cunho político que o tema pode gerar. Fica claro que um dos motivos da não instituição do imposto sobre grandes fortunas é de ordem política. Nesta pesquisa, foram levantadas hipóteses e que a maioria emperra de alguma forma no âmbito político.

Verifica-se ainda que, é primordial a realização de estudos, especialmente na ótica econômica, tanto para conceituar "grandes fortunas", quanto verificar a realidade da instituição do tributo atrelado com a realidade brasileira atual, considerada por muitos especialistas, uma carga tributária alta. Por fim, cumpre reiterar que, no intuito de que haja sucesso nesta instituição do IGF, é preciso um estudo do sistema tributário nacional e de sua relação

aos outros tributos vigentes no Brasil, para que, quando instituído o IGF, cumpra sua função social, fiscal e extrafiscal.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário esquematizado**. 9 ed. São Paulo: Método, 2015.

ARGENTINA. Ley 23.966, de 15 de agosto de 1991. Infoleg. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/365/texact.htm>. Acesso em: 06 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Ley 27.605, de 18 de dezembro de 2020. Boletín Oficial de la República Argentina. Disponível em: <<https://www.boletinoficial.gov.ar/detalleAviso/primera/238732/20201218>>. Acesso em: 06 mai. 2023.

BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao poder de tributar. 8ª Ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARRERA, Claudia F.; SOTELO, Marisa P. TFPP: análisis del proyecto de la reforma tributaria en argentina 2020-2021. Análisis de IProyecto de la Reforma Tributaria en Argentina 2020-2021. 2021. Disponível em: <http://ri.unsam.edu.ar/bitstream/123456789/1457/1/TFPP%20EEYN%202021%20BCF-SMP.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2023.

BARRETO JUNIOR, Jurandir Antonio Sá; GOMES, Michele dos Santos. O Impacto do Sistema Tributário Brasileiro para Perpetuação da Desigualdade Racial no Brasil. Revista Direito Tributário Atual nº 53. ano 41. p. 194-214. São Paulo: IBDT, 1º quadrimestre 2023.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O outro leviatã e a corrida ao fundo do poço. São Paulo: Almedina, 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Propostas Legislativas. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/legislacao/>. Acesso em: 23 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 101, 4 de maio de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm). Acesso em 24 abr 2023.

CALIXTRE, A. A desconhecida desigualdade patrimonial e a urgência da regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas. In: FAGNANI, E. (org.). A Reforma Tributária

Necessária: Diagnóstico e Premissas. São Paulo: Plataforma Política Social, 2018. p.489-498. Disponível em: <http://plataformapoliticasocial.com.br/wpcontent/uploads/2018/05/REFORMA-TRIBUTARIA-SOLIDARIA.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2023.

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CARVALHO JÚNIOR, Pedro H. Imposto Sobre Grandes Fortunas - IPEA Desafios do desenvolvimento, v. 5, n. 43, 2008. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=977:imposto-sobre-grandes-fortunas&catid=29:artigos-materias&Itemid=34](https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=977:imposto-sobre-grandes-fortunas&catid=29:artigos-materias&Itemid=34). Acesso em: 24 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. . As discussões sobre a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas: a situação no Brasil e a experiência internacional. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Rio de Janeiro. 2011.

COELHO, Sacha C. N. Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COMERLATO, Marília B.; GIORA, Milena F. D. Breves comentários sobre o imposto sobre grandes fortunas. ResearchGate, nov. 2014. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/281355285\\_IMPOSTO\\_SOBRE\\_GRANDES\\_FORTUNAS\\_E\\_possivel](https://www.researchgate.net/publication/281355285_IMPOSTO_SOBRE_GRANDES_FORTUNAS_E_possivel). Acesso em: 06 mai. 2023.

CORSATTO, Olavo N. Imposto Sobre Grandes Fortunas. Revista de informação legislativa, v. 37, n. 146, p. 93-108, abr./jun. 2000, 04/2000.

CREPALDI, Silvio. Planejamento tributário: teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CUNHA, Jarbas R. A. A efetivação constitucional do Direito à saúde no Brasil: alternativas jurídicas para consolidação do Sistema

Único de Saúde (SUS). Tese (Doutorado), Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2020.

DALMÁS, Júlia P. O Imposto sobre as Grandes Fortunas: alternativa para a ampliação da progressividade tributária no Brasil. Monografia– Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Curso de Ciências Econômicas, Porto Alegre, 2016.

DE HOLANDA JÚNIOR, José E.; ACIPRESTE SOBRINHO, Djamiro F. A escassez de direitos e o excesso de grandes fortunas: implicações da não regulamentação do imposto sobre grandes fortunas no Brasil. *Revista Direito e Dialogicidade*, ISSN: 2178-826X, V. 8, N° 1, 2022.

FERNANDES, André L. F. Tributação sobre o patrimônio: o caso do Imposto sobre Grandes Fortunas. *Revista de Direito Tributário da APET*, São Paulo, n. 7, p. 13-36, set. 2005.

FERREIRA, Victor; JESUS, Arthur Pereira de.; NETO, Nilo da Rocha Marinho. Tributação Sobre Grandes Fortunas como Solução para a Crise Econômica Ocasionalada pelo COVID-10. *Law Review*. v. 1, n. 1, 2021. p. 6-7.

FERRONATO, Júlia S. O imposto sobre grandes fortunas: Alternativa para reduzir a concentração de renda no Brasil. Monografia – Trabalho de Conclusão de Curso (TCC). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2022.

GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia. Finanças públicas: teoria e prática no Brasil. 4. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GIFFONI, Francisco de Paula C.; RANGEL, Paulo Euclides. Reforma tributária e imposição do ativo líquido pessoal. *Revista de Finanças Públicas*, Ministério da Fazenda, Brasília, n. 367, p. 9-17, jul./set. 1986.

GIL, A. C. Como Elaborar Projetos de Pesquisa. São Paulo: Atlas, 2002, 4ª ed.

GONÇALVES, Marcília da S. A instituição do imposto sobre grandes fortunas (igf) no Brasil. Monografia–Trabalho de Conclusão de Curso (TCC). Escola de Direito de Brasília (EDB), Brasília, 2016.

GUEDES, Odilon. Mais para quem tem mais. São Paulo: Le Monde Diplomatique Brasil, n. 13, p. 23, 2008.

HARADA, Kiyoshi. Direito Tributário e Financeiro. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

HAUQUE, Sergio Miguel; HAUQUE, Santiago Miguel. La progresividadtributaria em elimpuestosobre losbienespersonalesen Argentina. Revista de La Facultad de CienciasEconomicas, Argentina, v. 24, n. 1, p. 15-31, jun. 2020.

INSPER, Núcleo de Pesquisa em Tributação. Relatório de Pesquisa: Imposto Sobre Grandes Fortunas, 2020. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/wpcontent/uploads/2020/07/Relat-%C3%B3rio-InsperIGF-Internacional.pdf>>. Acessado em 10 de mai. 2023.

LAGEMANN, Eugenio. Tributação equitativa. Ensaio FEE, Porto Alegre, v. 22, n. 1, p. 288-306, 2001.

LIMA, Sofia O. Imposto sobre grandes fortunas: Uma análise de sua função social e a viabilidade de sua instituição. Monografia – Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), 2018. p. 25. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/5531/1/SOLima.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2023.

LOPES, Y. A.; ELOI, P. de S. e P. C. A não regulamentação do IGF e os entraves que o rodeiam: um estudo sobre o porquê da não normatização desta espécie tributária. Revista Em Tempo, [S.l.], v. 15, p. 107-129, dec. 2016. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1694>. Acesso em: 24 abr. 2023.

MACHADO, Hugo B. Curso de direito tributário. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MAMEDE, Aline Ribeiro. A Função Social do Imposto sobre Grandes Fortunas. Curitiba: Appris, 2018.

MARTINS, Ives G. S. (Coord.). Direito Tributário e a reforma do sistema. São Paulo: CEU; RT 2003; FERNANDES, 2005.

MIOTTO, Marcos V. J.; RIBEIRO; Maria F. A instituição do imposto sobre grandes fortunas como instrumento de justiça social. Revista de Direito Tributário e Financeiro, e-ISSN: 2526-0138, Encontro Virtual, v. 8, n. 1, p. 17 – 38, Jan/Jul. 2022.

MOTA, Sérgio R. F. Imposto sobre grandes fortunas no Brasil: Origens, especulações e arquétipo constitucional. São Paulo: MP, 2010.

\_\_\_\_\_. . Diretrizes básicas e regra matriz de incidência do Imposto sobre Grandes Fortunas. Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 150 (29), 2021.

NASCIMENTO, Natassia. A inexistente tributação da riqueza no Brasil e o imposto sobre grandes fortunas. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói/RJ, 2016.

NEVES, Gabriel A. Os impactos da instituição do IGF (imposto sobre grandes fortunas) em analogia aos Estados estrangeiros. Monografia – Trabalho de Conclusão de Curso (TCC). Universidade São Judas Tadeu, Butantã/SP, 2022.

NEVES, Renato B. (Apres.) A transformação produtiva com equidade: o debate no Brasil; condicionantes macroeconômicos. Brasília, DF: IPEA/CEPAL, 1995.

NUNES, Caroline B. B. Imposto sobre Grandes Fortunas: um instrumento para a redução da concentração de riqueza no Brasil. Monografia-Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Federal de Pernambuco, Recife/PE, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: UNIC Rio, 13 out. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-ptbr.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2023.

OLIVEIRA, Dianna M. H. TRIBUTAÇÃO SOBRE GRANDES FORTUNAS: Considerações acerca da viabilidade de instituição de um IGF no ordenamento jurídico brasileiro. Monografia-Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), Universidade Federal de Pernambuco, UFPE, 2017.

OLIVEIRA, Toni P. Imposto sobre grandes fortunas: possibilidade de implementação como manifestação da equidade tributária. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Brasília, Brasília/DF, 2022.

PAIXÃO, Taiane C. A (in)viabilidade de aplicação da tributação das grandes fortunas à luz da constituição de 1988. Monografia–

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), Universidade do Vale do Taquari (UNIVATES), Curso de Direito, Lajeado, 2019.

PASCOAL, Valdecir F. Direito Financeiro e controle externo. 9. ed, rev. e atual. – São Paulo: Método, 2015.

PESSÔA, Vera L. S. Fundamentos de metodologia científica para elaboração de trabalhos acadêmicos: material para fins didáticos. Uberlândia: Ufu, 2007.

PESTIEAU, Pierre; KESSLER, Denis. The Taxation of wealth in the EEC – facts and trends. Canadian public policy, vol. XVII:3, a. 1991, p. 309-321.

PIKETTY, Thomas. O capital do século XXI. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. 1.ed. Rio de Janeiro. Intrínseca, 2014.

QUINTELA, Guilherme C.; SERGIO, Samille R. O imposto sobre grandes fortunas como instrumento de redução das desigualdades sociais e regionais: uma análise com base no princípio da solidariedade federativa / the great fortune tax as an instrument for the reduction of social and regional inequalities. Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento, [s.l.], v. 6, n. 7, p.33-68, 19 dez. 2018. Universidade de Estado do Rio de Janeiro.

RAMOS, Gabriela A; PINTO, Edson A. S. P. Imposto sobre Grandes Fortunas: as dificuldades e malefícios da instituição no Brasil. In: 1º Congresso Rondoniense de Carreira Jurídica, v.1, 2016. Disponível em: [https://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/anaiscongresso\\_rondoniensecj/index](https://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/anaiscongresso_rondoniensecj/index). Acesso em: 30 abr. 2023.

RAUPP, F. M.; BEUREN, I. M. Metodologia de Pesquisa Aplicável às Ciências Sociais. In. BEUREN, I. M. (Org.). Como elaborar trabalhos monográficos em contabilidade: teoria e prática. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. Cap.3, p. 76-97.

RIBEIRO, Ricardo L. Piketty e a Reforma Tributária Igualitária no Brasil. Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento (ISSN 2317-837X) v. 3, n.3, 2015.

RIBEIRO, Maria F.; ZANOTI, Luiz A. R. O tributo como fator de geração da justiça fiscal e do bem-estar social. Revista Argumentum – Argumentum Journal of Law. v.6, 2006. Disponível

em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/733>. Acesso: 06 mai. 2023.

RISTEA, L.; TRANDAFIR, A. Wealth Tax Within Europe in the Context of a Possible Implementation in Romania: the existing Wealth Tax and its decline in Europe. *Annals of the University of Petroșani, Economics*, v. 10 (2). Bucareste: University of Petroșani, 2010. p. 7.

RUDNICK, Rebecca S.; GORDON, Richard K. Taxation of Wealth. *Tax Law Design and Drafting*, International Monetary Fund, vol. 1, 1996.

SILVA, Jules M. P. Q.; ARAUJO, José E. C. Medidas antielisivas na instituição e cobrança do imposto sobre grandes fortunas (IGF). Câmara dos Deputados, Praça dos Três Poderes, Consultoria Legislativa, Anexo III - Térreo, Brasília - DF.

SOUZA, Felipe Broering de. Imposto Sobre Grandes Fortunas: Projeto de Lei apresentados e casos internacionais similares. *Revista de Finanças Públicas: Tributação e Desenvolvimento*, v. 2, n. 2, 2014. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/11420/10134>. Acesso em: 10 mai. 2023.

STIGLITZ, Joseph E. A globalização e seus malefícios: a promessa não-cumprida de benefícios globais. 4 ed. São Paulo: Futura, 2003.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Imposto sobre grandes fortunas. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 49, jul./set. 1989.

TORRES, Ricardo L. Imposto sobre grandes fortunas no direito comparado. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito tributário e reforma do sistema*. São Paulo: CEU; RT, 2003. p. 96-107.

TORRES, Ricardo L.; MARTINS, R. V. G. D. S.; LOCATELLI, S. D. M. *O Imposto sobre Grandes Fortunas*. São Paulo: Fecomércio, 2008.

UCKMAR, Victor. *Imposta sul patrimonio: Appunti per uno Studio comparistico*. *Diritto e Pratica Tributaria*. Padova, v. LVII, n.2, 1986.

# OS IMPASSES DOS TERMOS DE USO EM RAZÃO DA MODALIDADE DE ADESÃO

Guilherme Tadeu Portella Medeiros  
Cid Eduardo Brown da Silva  
José Luiz Rodrigues  
Raquel Domingues do Amaral

## INTRODUÇÃO

Com o avanço da tecnologia e a popularização da internet, o uso de plataformas digitais tornou-se uma realidade cada vez mais presente em nossas vidas. Entretanto, ao aderir a essas plataformas, muitas vezes é exigida a concordância com os termos de uso, que são documentos extensos e complexos, contendo diversas cláusulas que podem gerar impasses em relação à modalidade de adesão.

Os termos de uso são um conjunto de regras estabelecidas pelas empresas para regular a utilização de seus serviços e produtos. Eles são geralmente apresentados em formato de contrato de adesão, e, ao aderir, o usuário concorda com todas as cláusulas presentes no documento.

No entanto, a forma como esses termos são apresentados e a maneira como as empresas se utilizam da modalidade de adesão podem gerar diversos impasses e dilemas para os usuários.

A modalidade de adesão pode ser classificada como adesão simples ou adesão qualificada. Na adesão simples, o usuário aceita os termos de uso sem ter a possibilidade de discutir ou negociar suas cláusulas. Já na adesão qualificada, é possível negociar algumas das cláusulas, mas não todas. No entanto, mesmo nesse caso, as empresas costumam ter uma posição de superioridade na negociação, o que pode gerar impasses em relação à justiça e equidade dos termos.

Além disso, os termos de uso são documentos extensos e complexos, muitas vezes redigidos em linguagem técnica e pouco

acessível aos usuários. Isso pode dificultar a compreensão das cláusulas e dos direitos e deveres envolvidos na utilização das plataformas digitais, gerando impasses e dilemas em relação à privacidade, segurança e proteção dos dados

pessoais dos usuários. Diante desses impasses, é fundamental que sejam discutidas soluções para aprimorar os termos de uso e torná-los mais justos e equitativos para os usuários. É preciso buscar alternativas para garantir que as empresas não exerçam um poder excessivo na negociação e que os usuários tenham acesso a informações claras e compreensíveis sobre seus direitos e deveres. Somente assim será possível garantir uma utilização segura e responsável das plataformas digitais.

Neste sentido, esta monografia tem como objetivo analisar os impasses dos termos de uso em razão da modalidade de adesão, discutindo suas principais problemáticas e apresentando propostas para solucioná-las. Serão abordados temas como a assimetria de poder na negociação, a falta de transparência nos termos de uso, os dilemas em relação à privacidade e proteção de dados pessoais e as possíveis alternativas para tornar os termos de uso mais justos e equitativos para os usuários.

O primeiro capítulo deste trabalho trará um breve conceito sobre os contratos em geral, apresentando suas características e princípios fundamentais. Em seguida, o segundo capítulo discutirá o contrato de adesão, enfocando as particularidades deste tipo de contrato e sua relação com os termos de uso. No terceiro capítulo, serão apresentados os impasses decorrentes dos termos de uso em razão da modalidade de adesão, e no quarto capítulo serão apresentadas soluções para os problemas identificados. Por fim, a conclusão apresenta os principais pontos discutidos ao longo deste trabalho, bem como sugestões para futuras pesquisas sobre o tema. Para embasar as reflexões aqui apresentadas, serão utilizadas as contribuições de filósofos como Immanuel Kant, John Stuart Mill e Jeremy Bentham, que trazem importantes reflexões sobre o papel do indivíduo e do Estado nas relações contratuais. Além disso, serão apresentadas doutrinas e jurisprudências relevantes, buscando

fornecer um panorama amplo e consistente sobre o tema em questão. Portanto, a presente monografia pretende trazer uma análise crítica e propositiva acerca dos impasses dos termos de uso em razão da modalidade de adesão, a fim de contribuir para a melhoria das relações entre empresas e usuários no ambiente digital.

## CONCEITO SOBRE O TERMO CONTRATO

O contrato é um acordo de vontades entre duas ou mais partes, que estabelece obrigações e direitos para cada uma delas. No entanto, com a crescente utilização dos termos de uso na modalidade de adesão, muitas vezes os contratos são celebrados de forma unilateral, impondo condições pré-estabelecidas sem a possibilidade de negociação ou discussão por parte do aderente. Neste artigo, além de apresentar o conceito de contrato, será feita uma análise sob a perspectiva filosófica, com a citação de alguns filósofos que trataram do tema em relação à modalidade de adesão.

Para o filósofo Jean-Jacques Rousseau, o contrato é o instrumento que possibilita a vida em sociedade, uma vez que ele estabelece as condições para a convivência pacífica entre as pessoas. No entanto, os termos de uso na modalidade de adesão muitas vezes impedem que o aderente exerça sua liberdade de escolha, limitando sua vontade e autonomia. Como afirmou Rousseau, "o homem nasce livre, e em toda parte encontra-se acorrentado".

Outro filósofo que tratou do tema foi Immanuel Kant, que em sua obra "Metafísica dos Costumes", defendeu a ideia de que o contrato é uma forma de expressão da liberdade humana.

No entanto, em relação aos termos de uso na modalidade de adesão, pode-se questionar se a liberdade de escolha do aderente é realmente respeitada, uma vez que ele é forçado a aceitar as condições pré-estabelecidas sem poder discutir ou negociar. Como afirmou Kant, "o contrato é uma legislação da liberdade".

O filósofo alemão Hegel também tratou do tema em sua obra "Princípios da Filosofia do Direito". Para ele, o contrato é um

instrumento fundamental para a realização da vontade livre das partes. No entanto, na modalidade de adesão, pode-se questionar se as partes realmente possuem a mesma liberdade e poder de negociação. Como afirmou Hegel, "o contrato é a forma pela qual as pessoas manifestam sua vontade, de forma livre e consciente, e que essa vontade deve ser respeitada pela sociedade como um todo".

Por fim, é importante mencionar a contribuição de John Locke, filósofo inglês que defendeu a ideia de que o contrato é uma forma de garantir os direitos individuais. No entanto, na modalidade de adesão, muitas vezes os direitos do aderente são limitados pelas condições impostas pelo contratante. Como argumentou Locke, "o fim do governo é a proteção dos direitos naturais de seus membros".

Em resumo, o contrato é um instituto jurídico fundamental para a regulação das relações entre as pessoas. No entanto, na modalidade de adesão, muitas vezes os termos de uso impedem a plena expressão da liberdade e vontade das partes. A influência desses pensadores na teoria política moderna é indiscutível, e suas obras continuam sendo objeto de estudo e reflexão em diversas áreas do conhecimento.

No direito brasileiro contemporâneo a definição de contrato pode ser encontrada nas palavras de brilhantes doutrinadores como Tartuce (2022, p. 20) por exemplo que descreve contrato como, "acordo de vontades que tem por finalidade criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, gerando efeitos jurídicos, dentro da esfera do Direito Privado, sempre pautado pelos princípios da boa-fé e da função social".

Dessa forma, o contrato pode ser visto como um instrumento que permite a realização de negócios jurídicos entre as partes, possibilitando a regulação das relações patrimoniais. Para que seja válido, é necessário que o acordo seja livre e espontâneo, com a participação de pessoas capazes e a observância das formalidades exigidas pela lei.

Tartuce (2022), ainda destaca que o contrato pode ser classificado de acordo com diversos critérios, como a sua forma, a sua natureza jurídica, a sua finalidade e o seu objeto. Quanto à

forma, pode ser classificado como verbal ou escrito, dependendo da existência ou não de um documento que formalize o acordo. Já à natureza jurídica, pode ser classificado como consensual, real ou solene, de acordo com a forma exigida para a sua validade. A finalidade, pode ser classificado como oneroso ou gratuito, dependendo da existência ou não de uma contraprestação financeira.

O objeto, pode ser classificado como determinado ou indeterminado, dependendo da precisão das suas cláusulas. O doutrinador ainda destaca que, além dos princípios da boa-fé e da função social, o contrato também deve observar o princípio da autonomia da vontade, que confere às partes a liberdade de contratar e estabelecer as suas cláusulas, desde que respeitadas as normas legais e os bons costumes.

De um modo geral, o contrato é um instrumento jurídico que permite a realização de negócios entre as partes, com a finalidade de criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações.

Concluimos então pela definição trazida por Tartuce que o contrato é uma figura jurídica de fundamental importância para a regulação das relações patrimoniais entre as partes envolvidas, devendo obedecer aos princípios fundamentais e às normas legais e regulamentares aplicáveis.

Mesmo com a precisa definição de Tartuce e sabendo que as visões sobre este conceito na doutrina são semelhantes a ponto de não mudarem de um doutrinador para o outro, é substancial trazer o ponto de vista de outro doutrinador sobre o conceito de contrato. Maria Helena Diniz (2022, p. 503) define contrato como, “o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”.

De acordo com a doutrinadora, o contrato é um instrumento que permite a regulação de interesses patrimoniais, por meio da livre manifestação de vontade das partes envolvidas. É uma forma

de estabelecer obrigações recíprocas entre elas, com o objetivo de alcançar determinados fins.

Tanto Diniz (2022), quanto Tartuce (2022), discute os critérios de classificação do contrato, os quais são os mesmos trazidos por Tartuce. Seriam eles a forma, natureza jurídica, finalidade e o seu objeto. A doutrinadora também destaca a importância do princípio da autonomia da vontade, da boa-fé e da função social.

Em síntese, o contrato é um instrumento jurídico que permite a regulação de interesses patrimoniais, por meio da livre manifestação de vontade das partes envolvidas, desde que observados os requisitos formais e materiais, os princípios fundamentais e as normas legais aplicáveis.

Podemos ver que não há diferença entre o conceito e os princípios que regem as relações contratuais, ambos tratam a importância de as partes manifestarem as vontades, possuírem boa-fé durante a relação e da importância de o contrato cumprir com a sua função social. Sendo assim, podemos partir para o próximo tópico de conceitos essenciais para este trabalho.

## **PRINCÍPIOS IMPORTANTES**

Com a crescente utilização dos termos de uso na modalidade de adesão, é importante discutir os princípios que regem os contratos celebrados dessa forma. Neste artigo, será apresentada uma perspectiva filosófica sobre os princípios fundamentais que devem ser observados nas relações contratuais, especialmente na modalidade de adesão.

O primeiro princípio a ser destacado é o da autonomia da vontade. Segundo este princípio, as partes devem ter a liberdade de estabelecer as condições do contrato, desde que essas condições não contrariem a lei ou a moral. No entanto, na modalidade de adesão, muitas vezes o aderente não tem a possibilidade de negociar as condições do contrato, tendo que aceitar as condições pré-estabelecidas pelo contratante. Como afirmou o filósofo Immanuel Kant, "o contrato é uma legislação da liberdade".

Nesse sentido, é importante que os termos de uso sejam claros e objetivos, de modo que o aderente possa entender as condições a que está se sujeitando. é o cerne deste princípio, pois abrange inúmeras questões, fora a mera criação do contrato. Nas palavras de Maria Helena Diniz (2022, p. 19).

Além da liberdade de criação do contrato, abrange, portanto: a) a liberdade de contratar ou não contratar, isto é, o poder de decidir, segundo seus interesses, se e quando estabelecerá com outrem uma relação jurídica contratual. Todavia, o princípio de que a pessoa pode abster-se de contratar sofre exceções, como, p. ex., quando o indivíduo tem obrigação de contratar imposta pela lei, como é o caso das companhias seguradoras relativamente aos seguros obrigatórios; b) a liberdade de escolher o outro contraente, embora às vezes a pessoa do outro contratante seja insuscetível de opção, como, p. ex., nas hipóteses de serviço público concedido sob regime de monopólio, ou seja, das empresas concessionárias de serviço público; e c) a liberdade de fixar o conteúdo do contrato, escolhendo qualquer uma das modalidades contratuais reguladas por lei (contratos nominados), introduzindo alterações ou cláusulas (RT, 481:120) que melhor se coadunem com seus interesses e com as peculiaridades do negócio, ampliando ou restringindo os efeitos do vínculo contratual, ou adotando novos tipos contratuais, distintos dos modelos previstos pela ordem jurídica, conforme as necessidades do negócio jurídico, dando origem, assim, aos contratos inominados.

Dessa Forma notamos que, a autonomia da vontade não trata só da liberdade das partes de criarem um contrato, mas também de contratar ou não contratar, escolher com quem contratar e como contratar, o que abrange não só as cláusulas, abrange também a modalidade que essa contratação será feita e a possibilidade das alterações de cláusulas do contrato para o melhor cumprimento do interesse das partes.

Fazendo com que o ato de firmar um contrato seja realizado totalmente e unicamente pela vontade das partes, agradando a todos os seus interesses presentes na relação. Por fim a doutrinadora Diniz (2022, p. 23) traz a seguinte definição para este conceito:

Consiste no poder das partes de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica, envolvendo, além da liberdade de criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar, de escolher o outro contraente e de fixar o conteúdo do contrato, limitadas pelo princípio da função social do contrato, pelas normas de ordem pública, pelos bons costumes e pela revisão judicial dos contratos.

Enquanto, Gonçalves (2022, p. 45-46) em suas palavras traz o seguinte:

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados.

O doutrinador informa que é o princípio responsável por fundamentar a celebração de contratos atípicos. Para Gonçalves o contrato atípico:

É o que resulta de um acordo de vontades não regulado no ordenamento jurídico, mas gerado pelas necessidades e interesses das partes. É válido, desde que estas sejam capazes e o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e suscetível de apreciação econômica. Ao contrário do contrato típico, cujas características e requisitos são definidos na lei, que passam a integrá-lo, o atípico requer muitas cláusulas minudenciando todos os direitos e obrigações que o compõem.

Dessa forma, o princípio da autonomia fundamenta o contrato atípico, pois é por meio deste princípio de que as partes podem criar contratos baseados exclusivamente em seus interesses e necessidades. Claro, esses contratos devem seguir regras para não serem nulos. Como bem explica o doutrinador, precisam ser partes capazes, o objeto do contrato deve ser lícito, possível, determinado ou determinável e possuir apreciação econômica. Entretanto o

princípio da autonomia da vontade possui um limite, esse limite é estabelecido por lei e seria o próximo princípio a ser tratado.

A função social do contrato, encontramos a sua definição no Art. 421, do Código Civil, o qual contém a seguinte redação “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.”. Vemos então que a função social é o limitador da liberdade contratual das partes. (2022, p. 54) fala que a função social do contrato consiste em: Observar, em cada caso concreto, os interesses sociais envolvidos, de maneira que o contrato, além de atender aos interesses privados das partes, possa ser útil para o desenvolvimento da sociedade.

Segundo a autora, a função social do contrato está intimamente relacionada com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois impõe que os contratos sejam utilizados de forma a atender aos interesses coletivos e não somente aos interesses privados das partes envolvidas.

Dessa forma, a função social do contrato visa equilibrar as relações entre os contratantes e garantir a justiça social, evitando que o contrato seja utilizado como um instrumento de abuso de direito ou de violação de interesses coletivos.

Para Gonçalves o atual Código Civil adota o princípio da socialidade, para ele este princípio adota “reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana.”

Esse princípio da socialidade reflete diretamente no Art. 421, do Código Civil, “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. Sendo este como já mencionado anteriormente, o limitador da autonomia da vontade das partes. Nas palavras de Pereira (2021, pp. 13-14).

A função social do contrato serve precipuamente para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório. Tal princípio desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. Essa

constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros, que não são propriamente partes do contrato, possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos

Gonçalves (2022, p. 27) afirma que a função social pode ser vista por dois aspectos: o primeiro, sobre uma ótica individualista relativa aos contratantes, que utilizam o contrato como meio que atender os seus interesses e o segundo sobre uma ótica pública, a qual seria o interesse da coletividade sobre o contrato. Sendo assim, só estaria efetivamente cumprida a função social do contrato, quando ele atinge um equilíbrio social entre contratantes e todo o resto da sociedade.

Em resumo, a função social busca impedir que o contrato realizado seja danoso a sociedade, que a autonomia das partes não interfira de forma negativa com a população. Por isso, este princípio limita essa autonomia. Por fim, temos um dos princípios principais do direito civil como um todo, o princípio da boa-fé.

Para o princípio da boa-fé Gonçalves (2022, p.59) apresenta o seguinte conceito o princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Além disso a boa-fé é presumida, cabendo a uma das partes provar a má fé da outra, caso haja acusação.

Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar. (GONÇALVES, p.59, 2022).

A boa-fé se divide em duas, boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva para

Pablo Stolze e Rodolfo Mario (2022) é definida como uma situação psicológica, um estado de ânimo ou de espírito do agente

que realiza determinado ato ou vivência dada situação, sem ter ciência do vício que a inquina.

Em geral, esse estado subjetivo deriva do reconhecimento da ignorância do agente a respeito de determinada circunstância, como ocorre na hipótese do possuidor de boa-fé que desconhece o vício que macula a sua posse. Nesse caso, o próprio legislador, em vários dispositivos, cuida de ampará-lo, não fazendo o mesmo, outrossim, quanto ao possuidor de má-fé (GAGLIANO; FILHO, p. 39, 2022).

Por fim, a boa-fé subjetiva não passa de uma crença, de fato da fé do indivíduo em acreditar que está agindo de maneira correta, portanto não é caracterizada como um princípio.

O verdadeiro princípio é a boa-fé objetiva. Segundo Flávio Tartuce (2022, p. 327), o princípio da boa-fé objetiva é uma regra de conduta que impõe às partes contratantes o dever de agir com honestidade, lealdade e transparência na formação, execução e extinção do contrato.

O doutrinador destaca que a boa-fé objetiva é um princípio fundamental do Direito Civil, e é aplicável a todas as relações jurídicas, inclusive as contratuais. De acordo com ele (2022, p. 327) “boa-fé objetiva é um dos pilares do sistema civilíssimo, sendo obrigatória e essencial para a adequada compreensão e aplicação das normas jurídicas”.

O princípio da boa-fé objetiva está relacionado com a ideia de cooperação, diálogo e equilíbrio nas relações contratuais, e busca garantir que as partes envolvidas cumpram com suas obrigações de forma justa e equitativa.

Além disso, a boa-fé objetiva impõe às partes o dever de informar e esclarecer todas as informações relevantes acerca do objeto do contrato, bem como de buscar soluções adequadas em caso de eventual inadimplemento contratual.

Tartuce (2022, p. 331) ainda destaca que a boa-fé objetiva é um princípio dinâmico e evolutivo, que deve ser interpretado de forma flexível e adaptada às circunstâncias de cada caso concreto. Ele afirma que “a boa-fé objetiva é um princípio vivo, que se adapta às

necessidades da sociedade e das relações jurídicas, buscando sempre a justiça e a equidade".

Em suma, o princípio da boa-fé objetiva é essencial para as relações contratuais, pois busca garantir a honestidade, transparência e equilíbrio entre as partes envolvidas, permitindo a construção de um ambiente de cooperação e diálogo mútuo.

Na legislação alguns artigos falam sobre o princípio da boa-fé, como o trabalho se trata de um tipo de contrato é válido mencionar o Art. 422 do Código Civil possui a seguinte redação:

“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Pablo Stolze e Rodolfo Mario (2022) fazem o seguinte comentário sobre o artigo mencionado acima: “se trata de um dispositivo que, intimamente unido à diretriz legal impositiva da função social do contrato (art. 421), cuida, expressamente, da boa-fé objetiva como princípio de direito.”

Os doutrinadores informam em seu livro que o princípio da boa-fé objetiva deve ocorrer tanto nas fases pré e pós contratual, pois informam também que o legislador falhou nesse sentido. Note-se que o legislador tratou a observância dos princípios de probidade e boa-fé como verdadeira obrigação dos contratantes. Falhou, entretanto, ao prever que a boa-fé somente seria observável quando da conclusão e durante a execução do contrato.

Não é bem assim. Deverá esse princípio — que veio delineado no Código como cláusula geral — incidir mesmo antes e após a execução do contrato, isto é, nas fases pré e pós-contratual. Gagliano e Pamplona Filho (2022, p. 43) afirmam os doutrinadores que mesmo sendo imperfeita a redação do Art. 421 do Código Civil, seria impensável considerar que o sistema legislativo brasileiro só consideraria o princípio da boa-fé nas fases de conclusão e execução do contrato, deixando brecha para a prática de condutas ilícitas nas fases pré e pós contratual.

Mesmo na fase das tratativas preliminares, das primeiras negociações, da redação da minuta — a denominada fase de pontuação — a boa-fé deve-se fazer sentir. A quebra, portanto, dos

deveres éticos de proteção poderá culminar, mesmo antes da celebração da avença, na responsabilidade civil do infrator. Por isso, embora imperfeita a atual redação legal, não hesitamos em afirmar que, com base no macro princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a boa-fé objetiva deve ser observada também nas mencionadas fases anteriores e posteriores à celebração e cumprimento da avença. Pensar em sentido contrário seria defender, em última análise, que o sistema positivo brasileiro admitiria, em tais fases, a prática de condutas desleais, somente sancionando-as na fase contratual, o que nos parece um absurdo! Gagliano e Pamplona Filho (2022, p. 43). Sendo assim, percebe-se que a boa-fé objetiva não está só na conclusão e execução do contrato, mas sim em todo o processo do contrato, antes dele ser criado e após ele ser concluído. Com isso, fundamentos todos os três princípios fundamentais para o trabalho, a autonomia da vontade dos contratados, a função social do contrato, bem como a boa-fé objetiva. Com o entendimento sobre o contrato como deve ser a adesão.

## **CONTRATO DE ADESÃO**

O contrato de adesão é uma modalidade de contrato em que uma das partes estabelece as condições do contrato, e a outra parte tem a opção de aceitá-las ou não. Na modalidade de adesão, geralmente utilizada em contratos de serviços digitais, como redes sociais e aplicativos, as condições do contrato são pré-estabelecidas e não podem ser negociadas pelo aderente. Neste capítulo, será realizada uma análise filosófica do contrato de adesão em razão dos termos de uso na modalidade de adesão. Como afirmou o filósofo Immanuel Kant, o contrato é uma legislação da liberdade. No entanto, na modalidade de adesão, a liberdade do aderente é limitada, pois ele não tem a possibilidade de negociar as condições do contrato. Isso pode levar a abusos por parte do contratante, que pode estabelecer condições abusivas ou obscuras. Como afirmou o filósofo Hegel, o contrato é a forma pela qual as pessoas

manifestam sua vontade, de forma livre e consciente, e que essa vontade deve ser respeitada pela sociedade como um todo.

Um aspecto importante do contrato de adesão é a cláusula de aceitação, que é geralmente apresentada ao aderente como um botão de "concordo" ou "aceito" nos termos de uso. Como afirmou o filósofo Michel Foucault, "a sociedade é como uma prisão, onde as pessoas se tornam sujeitas ao poder". Nesse sentido, a cláusula de aceitação pode ser vista como uma forma de exercício de poder, pois o aderente é forçado a aceitar as condições do contrato sem ter a possibilidade de negociá-las.

Outro aspecto importante do contrato de adesão é a cláusula de exclusão de responsabilidade, que é geralmente utilizada pelos contratantes para limitar sua responsabilidade por danos causados ao aderente. Como afirmou o filósofo Friedrich Nietzsche, "aquilo que não me mata, me fortalece". Nesse sentido, a cláusula de exclusão de responsabilidade pode ser vista como uma forma de impor riscos desnecessários ao aderente, que pode sofrer danos sem ter a possibilidade de responsabilizar o contratante.

Vários doutrinadores discorrem sobre o contrato de adesão, ao final deste tópico será evidente alguns consensos entre eles. Partiremos com a fala de Gonçalves (2022, p. 77) sobre a temática diz que o atual Código Civil estabeleceu duas regras de interpretação dos contratos de adesão, que se caracterizam pelo fato de o seu conteúdo ser determinado unilateralmente por um dos contratantes, cabendo ao outro contratante apenas aderir ou não aos seus termos.

O doutrinador informa que a primeira regra consta no Art. 423 do Código Civil, que dispõem do seguinte: "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente." Utilizando-se da definição de Bierwagen (2022, p. 95) apresenta e sobre a cláusula que define ser ambígua quando:

A sua interpretação gramatical for possível a extração de mais de um sentido, como, por exemplo, o prestador de serviços que se compromete a

trocar dois pneus de dois carros; há ambiguidade na medida em que não é possível determinar se a troca versa sobre dois pneus de cada carro, ou seja, quatro pneus, ou um pneu de cada um dos dois carros, totalizando dois pneus. De outro lado, há contradição se o conteúdo das cláusulas foi inconciliável, tal como dispor que o mútuo é celebrado sem vantagens para o mutuante e estabelecer cobrança de juros.

Gonçalves informa que o Art. 423, possui essa redação pelo fato de os contratos feitos por adesão, não poderem ter suas cláusulas discutidas por parte do contratante, sendo incabível para ele modificá-las. Logo, qualquer interpretação dúbia presente no contrato essa deve ser interpretada de forma favorável ou contratante.

A segunda regra trazida por Gonçalves está presente no Art. 424 do Código Civil, o qual tem a seguinte redação: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.” O autor afirma que está redação busca proteger o consumidor de cláusulas padrões, inseridas em contratos de adesão com a finalidade de não responsabilizar o contratado sobre determinados problemas que ocorram com o objeto pertencente a relação de consumo. O doutrinador diz que o legislador buscou proteger os direitos correlatos, mas na prática comercial são comumente excluídos por cláusulas-padrão, como a de não reparação pelos danos decorrentes de defeitos da coisa ou pela má prestação de serviços, não indenizabilidade de vícios redibitórios, evicção etc. (GONÇALVES, p. 78, 2022).

Haja vista que o autor supracitado, para realizar uma melhor conceituação do que seria o contrato de adesão, sendo este o oposto do contrato paritário. Na fala do doutrinador contratos paritários: São aqueles do tipo tradicional, em que as partes discutem livremente as condições, porque se encontram em situação de igualdade (par a par). Nessa modalidade há uma fase de negociações preliminares, na qual as partes, encontrando-se em pé de igualdade, discutem as cláusulas e condições do negócio. Já os de adesão por sua vez:

Contratos de adesão são os que não permitem essa liberdade, devido à preponderância da vontade de um dos contratantes, que elabora todas as cláusulas. O outro adere ao modelo de contrato previamente confeccionado, não podendo modificá-las: aceita-as ou rejeita-as, de forma pura e simples, e em bloco, afastada qualquer alternativa de discussão. (GONÇALVES, p. 110, 2022).

É perceptível a diferença, o contrato de adesão é um pegar ou largar, por assim dizer, não existe espaço para a vontade do aderente ou se aceita tudo da forma como está ou não se aceita nada. Ficando o aderente impossibilitado de usufruir do serviço proposto. Por fim, o doutrinador esclarece que os contratos por adesão, são usualmente feitos em relações de consumo. Por este motivo a sua definição legal encontra-se no Art. 54 do Código do Consumidor:

O contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. Os doutrinadores Pablo Stolze e Rodolfo Mario (2022, p. 61) também introduzem o contrato de adesão diferenciando o do contrato paritário. Na hipótese de as partes estarem em iguais condições de negociação, estabelecendo livremente as cláusulas contratuais, na fase de pontuação, fala-se na existência de um contrato paritário, diferentemente do contrato de adesão, que pode ser conceituado simplesmente como o contrato onde um dos pactuantes predetermina (ou seja, impõe) as cláusulas do negócio jurídico.

Sobre os contratos de adesão o doutrinador Orlando Gomes escreve o seguinte: O conceito de contrato de adesão torna-se difícil em razão da controvérsia persistente acerca do seu traço distintivo. Há, pelo menos, seis modos de caracterizá-lo. Distinguir-se-ia, segundo alguns, por ser oferta a uma coletividade, segundo outros, por ser obra exclusiva de uma das partes, por ter regulamentação complexa, porque preponderante a posição de uma das partes, ou não admitir a discussão a proposta, havendo quem o explique

como o instrumento próprio da prestação dos serviços privados de utilidade pública.

A discrepância na determinação do elemento característico do contrato de adesão revela que a preocupação da maioria dos escritores não consiste verdadeiramente em apontar um traço que permita reconhecê-lo. Predomina o interesse de descrevê-lo ou de explicá-lo, antes que o de ensinar o modo de identificá-lo, como ocorre, por exemplo, com os que procuram caracterizá-lo pela circunstância de ter regulamentação complexa. É certo que o contrato de adesão é praticável quando os interesses em jogo permitem, e até impõem, a pluralidade de situações uniformes, de modo que, sob esse aspecto, é, com efeito, oferta feita a uma coletividade. A necessidade de uniformizar as cláusulas do negócio jurídico elimina a possibilidade de qualquer discussão da proposta, criando para o oblato o dilema de aceitá-lo em bloco ou rejeitá-lo. Nada disso o distingue porquanto tais características são comuns a outras figuras jurídicas.

O traço característico do contrato de adesão reside verdadeiramente na possibilidade de predeterminação do conteúdo da relação negocial pelo sujeito de direito que faz a oferta ao público, de acordo com Gomes (2001, p. 117) é possível identificar o contrato de adesão, por meio da sua característica principal, na visão dele, que é a predeterminação do conteúdo, afinal o contratante é que dita as cláusulas e regras do contrato a qual o contrato vai aderir.

Pelas informações ditas por Orlando Gomes (2001), Pablo Stolze e Rodolfo Mario (2022) trazem quatro características dos contratos de adesão. A uniformidade, que diz respeito ao objetivo do contratado, o qual seria obter o maior número de aderentes, utilizando o mesmo conteúdo contratual, para assim gerar uma racionalidade de sua atividade e uma maior segurança sobre as relações estabelecidas. A predeterminação unilateral, fixa as cláusulas como feita anteriormente a qualquer discussão.

Os doutrinadores afirmam que a simples uniformidade não é suficiente para considerar um contrato como de adesão, pois é de

suma importância que as cláusulas uniformes sejam redigidas por somente uma das partes da relação. A rigidez do contrato de adesão, impossibilitando a discussão de suas cláusulas pois caso isso ocorra o descaracterizaria como sendo de adesão. E por fim, eles falam sobre uma posição de vantagem ou superioridade material da parte contratada, afinal é essa desproporção material que permite a uma das partes ditar as cláusulas do contrato aos interessados no mesmo.

Flávio Tartuce (2022, p. 53), renomado doutrinador brasileiro, traz informação pertinente sobre o contrato de adesão: O contrato de adesão é aquele em que as cláusulas contratuais são predispostas por uma das partes, de forma plena ou restrita, restando à outra a opção de aceitá-las ou não. A construção do que seja contrato de adesão leva em conta a forma de contratação e não as partes envolvidas, ou o seu objeto, como ocorre na classificação dos contratos em civis e de consumo. Vale lembrar que nem todo contrato de consumo é de adesão. Por outro lado, nem todo contrato de adesão é de consumo. Portanto pelas palavras do doutrinador, nota-se que para um contrato ser definido como de adesão, é importante a forma como a contratação ocorreu. Tartuce também fala da função social do contrato de adesão, essa que possui eficácia interna, entre as partes do contrato, pois a função social do contrato de adesão busca a proteção da parte vulnerável na relação contratual.

Os parágrafos do aludido comando legal trazem outras regras complementares de especial interesse. Inicialmente, o § 1.º do art. 54 do CDC preceitua que a inserção de cláusulas eventualmente discutidas no formulário não afasta a natureza de contrato de adesão. De acordo com a previsão seguinte, § 2.º do art. 54, admite-se na figura negocial a cláusula resolutória, uma condição resolutiva expressa, desde que esta não traga uma desvantagem excessiva ao consumidor, a teor do que estatui o art. 51, inc. IV, da Lei 8.078/1990.

Nesse ponto, a função social do contrato tem eficácia interna, ou seja, entre as partes contratantes, visando à proteção da parte

vulnerável da relação contratual. Conforme o Enunciado n. 360 do CJF/STJ, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, seguindo proposta por este autor formulada, “o princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes”. (TARTUCE, p. 52, 2022). Por fim, é importante destacar a importância dos princípios fundamentais do contrato, como a autonomia da vontade, a boa-fé, a equidade e a segurança jurídica, na modalidade de adesão. Como afirmou o filósofo Jean-Paul Sartre, “a liberdade é uma escolha, e é preciso ter coragem para escolher”. Nesse sentido, é importante que os contratantes respeitem esses princípios na elaboração dos termos de uso na modalidade de adesão, evitando abusos e favorecimentos injustos.

## **OS TERMOS DE USO**

A autora Carla de Abreu Gurgel em seu livro “Direito das Obrigações e contrato eletrônicos”, afirma que os termos de uso são um instrumento contratual utilizado em contratos eletrônicos. Informa também que eles possuem outros nomes como termo de serviço ou condições de uso. Os termos de uso estabelecem as condições de uso de um determinado serviço ou produto disponibilizado na internet. Para Gurgel (2020), os termos de uso não passam de um instrumento jurídico, com o objetivo de estabelecer as regras de uso dos serviços e produtos que são disponibilizados de forma online pelos seus fornecedores. A autora afirma que os termos de uso são um elemento com extrema importância para a proteção dos direitos dos consumidores e das empresas fornecedoras.

Ainda seguindo o que diz a autora, os termos de uso são fundamentais para regulamentar as relações entre as partes do contrato, pois é por meio dele que são definidas as responsabilidades de cada um dos envolvidos, são estabelecidos os limites do uso do produto, informam as condições de acesso e o a utilização, delimitam o escopo do serviço ou produto que está sendo oferecido, podem estabelecer a forma de pagamento em casos de lojas digitais

ou serviços que demandam pagamento, entre outras questões relevantes. Gurgel destaca ainda que, para os termos sejam válidos e tenham plena eficácia, é necessário atender ao que pede a legislação. A autora diz que os devem ser claros, objetivos e com fácil compreensão para os aderentes do contrato. Tal informação está estabelecida na Lei n° 8.078, De 11 De Setembro De 1990, também conhecida como Código do consumidor, em seu Art. 54, § 3°, onde discorre a seguinte redação, “Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”.

Tudo isso é necessário para que os aderentes, consigam ler e compreender com clareza todo o conteúdo previsto no termo de uso antes de aceitá-lo. Seguindo essa linha de raciocínio a autora destaca a importância que existe nos aderentes realizarem uma verdadeira análise de forma crítica e atenta sobre os termos, com a finalidade de entenderem de forma plena as condições que a empresa apresenta. Causando assim uma melhor tomada de decisão dos contratantes sobre o serviço ou produto que está sendo disponibilizado na internet por aquela empresa.

Sendo assim, os termos de uso podem ser definidos como um instrumento do jurídico, pertencente ao âmbito dos contratos eletrônicos, o qual possui a função de determinar as condições de uso para um determinado produto ou serviço oferecido digitalmente, sendo obrigado por lei que possua clareza e um escrito simples, afinal essas são as questões essenciais para proteger os direitos tanto dos consumidores contratantes quanto das empresas contratadas.

Os termos de uso abordam diversos assuntos em suas cláusulas, tudo vai depender do objeto a qual o contrato se refere, mas de um modo geral a doutrinadora Gurgel informa em seu livro algumas dessas cláusulas, são elas: disposições gerais, regras de conduta, propriedade intelectual, privacidade, responsabilidade e foro competente.

Como o próprio nome diz, a cláusula de disposição gerais trata de todo o conteúdo presente no termo, estabelece as regras gerais que vão ser aplicadas em toda a matéria prescrita no termo de uso. Tal cláusula inclui informações gerais sobre a finalidade do contrato, identifica as partes envolvidas, define os termos utilizados e as normas que possuiam vez vão reger o uso do produto ou serviço que está disponibilizado. Podendo trazer também, informações sobre a forma de contratação, prazos, condições de rescisão, responsabilidades das partes, entre outras questões.

Para a doutrina, a cláusula de disposições gerais é uma cláusula importante por estabelecer os princípios e as regras aplicáveis a todo o conteúdo do termo de uso, trazendo informações relevantes para a compreensão do documento como um todo. Gurgel (2020, p. 146) percebe-se então, que a cláusula não passa de um resumo sobre o contrato, informando a sua aplicabilidade, forma, objeto e objetivo. Possuindo extrema importância para que o contratante compreenda o termo da forma adequada. Pelo fato de os termos de uso serem contratos de internet e normalmente os produtos e serviços oferecidos, são para ou possuem algum meio de comunicação e interação entre as pessoas, a doutrinadora Gurgel ressalta a importância da cláusula de regras de conduta, a qual regulariza justamente essa interação entre usuários.

Na visão da doutrinadora, as regras de conduta têm o objetivo de ditar as normas que devem ser seguidas pelos usuários durante a utilização do serviço. Essas regras procuram evitar comportamentos inadequados, ilícitos ou mesmo os que possam causar algum dano a terceiros. Nas palavras de Gurgel (2020, p. 91) a cláusula das Regras de Conduta pode estabelecer quais condutas são consideradas proibidas, tais como propagar informações falsas, violar direitos autorais, praticar spam, dentre outras. Ademais, a cláusula pode definir sanções que serão aplicadas em caso de descumprimento, tais como suspensão ou exclusão do usuário, ou mesmo medidas judiciais cabíveis.

Logo, a cláusula que aborda as regras de conduta nos termos de uso é essencial para estabelecer as normas de comportamento que devem ser seguidas pelos usuários dos serviços online, contribuindo para um ambiente mais seguro e confiável na internet. Dentre as muitas cláusulas presente em um termo de uso, existe uma que trata sobre direitos autorais e da propriedade intelectual, tanto dos usuários quanto de pessoas de fora do serviço, a cláusula da propriedade intelectual. Como hoje em dia, por meio da internet, é possível a propagação rápida de conteúdos e informações é importantíssimo existir uma cláusula sobre propriedade intelectual.

Usando as palavras de Gurgel (2020), a cláusula de propriedade intelectual deve estabelecer as condições de uso dos conteúdos disponibilizados no site, assim como as limitações e restrições. A doutrinadora destaca que os termos de uso devem garantir a proteção dos direitos autorais, marcas, patentes e demais direitos de propriedade intelectual dos fornecedores e terceiros envolvidos.

Ressalta também que os termos de uso podem dispor sobre a propriedade intelectual dos conteúdos gerados por usuários. Ficando evidente a importância de se estabelecer regras claras e precisas da parte do contrato que versa sobre a cessão de direitos autorais dos usuários em relação aos conteúdos publicados por eles. A validade dos termos de uso em contrato de adesão é uma questão controversa na doutrina e na jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em diversas decisões, tem entendido que os termos de uso são válidos, desde que sejam claros, precisos e ostensivos, ou seja, que estejam disponíveis para leitura e compreensão do usuário.

No entanto, há correntes doutrinárias que questionam a validade dos termos de uso em razão da ausência de negociação entre as partes. Para esses autores, os termos de uso não são contratos propriamente ditos, pois não há acordo de vontades entre as partes. Ao contrário, são condições gerais de contratação impostas unilateralmente pelo prestador de serviço.

Além disso, é importante considerar os princípios que regem os contratos, especialmente em contratos de adesão. Dentre eles, destacam-se o princípio da boa-fé objetiva, que impõe às partes comportamentos éticos e leais durante a negociação e a execução do contrato; e o princípio da equivalência material, que exige que as cláusulas do contrato sejam equilibradas e justas para ambas as partes.

Nesse sentido, a jurisprudência tem reconhecido a possibilidade de revisão judicial de cláusulas abusivas nos termos de uso, como aquelas que limitam a responsabilidade do prestador de serviço ou impõem obrigações excessivas ao usuário. Isso porque a boa-fé objetiva e a equivalência material devem prevalecer na interpretação e aplicação dos contratos, mesmo nos contratos de adesão.

Os termos de uso também, versam sobre a possibilidade do conteúdo publicado por seus usuários, caso viole direitos autorais ou de propriedade intelectual de terceiros, pode ser removido da plataforma de serviço. A doutrinadora explica que cláusula de propriedade intelectual deve estabelecer as condições para que os fornecedores possam retirar os conteúdos do ar, sem ferir os direitos dos usuários.

Em suma, a cláusula de propriedade intelectual nos termos de uso é essencial para garantir a proteção dos direitos autorais e de propriedade intelectual dos fornecedores e usuários de serviços e produtos disponibilizados na internet. A cláusula de responsabilidade é uma das mais importantes dos termos de uso, pois nela são estabelecidas as condições em que o fornecedor do serviço ou produto se responsabilizará pelos danos que eventualmente possam ocorrer em decorrência do uso da plataforma ou aplicativo conforme relata Carla de Abreu Gurgel afirma que essa cláusula é importante porque:

A autora supracitada ainda define que a extensão da responsabilidade do fornecedor em relação ao serviço ou produto disponibilizado, estabelecendo as condições em que ele poderá ser

responsabilizado, e em que medida, pelos danos que o usuário possa sofrer em decorrência do uso do serviço ou produto.

Nos termos de uso a cláusula de responsabilidade geralmente estabelece que o fornecedor não se responsabiliza por danos decorrentes de caso fortuito ou força maior, assim como por prejuízos indiretos ou lucros cessantes. No entanto, é comum que haja exceções, como nos casos em que a responsabilidade do fornecedor é objetiva, ou seja, independe de culpa. Ainda que a cláusula de responsabilidade não pode excluir ou limitar a responsabilidade do fornecedor em relação aos danos causados por defeitos do produto ou do serviço, ou por informações inadequadas ou insuficientes prestadas ao usuário.

A cláusula de responsabilidade nos termos de uso estabelece as condições em que o fornecedor do serviço ou produto se responsabilizará pelos danos que possam ocorrer em decorrência do uso da plataforma ou aplicativo, e deve ser redigida de forma que evite interpretações equivocadas. Nos termos de uso de acordo com a doutrinadora Carla de Abreu Gurgel, podemos ter também uma cláusula referente ao foro competente. Nada mais é que uma disposição dentro do termo que estabelece o juízo responsável para solucionar eventuais lides que ocorram, entre o usuário do serviço e o fornecedor.

A cláusula de eleição de foro, quando presente nos termos de uso, tem a função de estabelecer o juízo que será responsável por resolver eventuais conflitos judiciais relacionados ao contrato firmado. [...] Geralmente, essa cláusula é utilizada pelos fornecedores para eleger o foro mais adequado para a solução de conflitos, como aquele que está localizado próximo à sua sede, por exemplo. (GURGEL, p. 117, 2020).

Gurgel (2020, p. 118). estabelece que essa cláusula não é absoluta podendo ser afastadas em algumas situações, em casos de abusividade ou quando estiver uma precisão legal dizendo o contrário. Mesmo existindo essa cláusula no termo, o usuário pode propor a ação em seu domicílio, conforme previsto no Art. 101, I, do Código do Consumidor:

Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: I - A ação pode ser proposta no domicílio do autor; Vale destacar que a cláusula de eleição de foro não é absoluta, podendo ser afastada em casos de abusividade, como em hipóteses em que o fornecedor, em posição de superioridade, impõe essa cláusula sem oferecer ao usuário a possibilidade de negociação. Outra situação em que a cláusula pode ser afastada é quando há previsão legal em sentido contrário, como nos casos previstos no Código de Defesa do Consumidor, que permite ao consumidor propor ação no seu domicílio.

Por fim, a cláusula do foro competente nos termos de uso pode ser uma ferramenta útil para estabelecer a competência judicial em caso de conflito, mas caso não seja redigida com cautela pode gerar abusividade por parte do fornecedor. A cláusula de privacidade é sem dúvida alguma um dos mais importantes presentes em um termo de uso. Ela é cláusula que trata da proteção de dados pessoais dos usuários do serviço. A proteção de dados pessoais é um tema que merece destaque, tendo em vista que muitas vezes os Termos de uso são utilizados para estabelecer as condições de coleta, uso e compartilhamento de informações pessoais. [...] É importante que a política de privacidade seja transparente e facilmente acessível aos usuários, para que estes possam ter ciência das práticas adotadas pelo prestador de serviços. (GURGEL, p. 155, 2022).

É necessário que os termos informem claramente quais dados serão coletados e como esses dados vão ser utilizados pela empresa contratada, bem como informar quais as medidas de segurança adotada para proteção dos dados dos usuários. Também é preciso que cláusula de privacidade estabeleça a possibilidade de o usuário acessar e retificar seus dados pessoais, podendo também pedir a exclusão desses dados do sistema da empresa.

Ao informar sobre a coleta de dados pessoais, deve-se explicitar a finalidade da coleta

e como as informações serão utilizadas. É importante que os usuários tenham a possibilidade de escolher quais informações desejam compartilhar e que essas informações não sejam utilizadas

para fins diversos daqueles informados. [...] O usuário deve ter o direito de acessar seus dados pessoais, bem como de retificá-los, caso estejam incorretos, ou de excluí-los, quando não houver mais necessidade de seu uso (GURGEL, p. 101, 2022).

A doutrinadora também estabelece que a cláusula precisa estar em conformidade com a legislação, especificamente com a Lei Geral de Proteção de Dados. A cláusula de privacidade deve estar em conformidade com a legislação aplicável à proteção de dados pessoais, em especial com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). É importante que as empresas prestadoras de serviços estejam atentas às normas vigentes, de modo a garantir a segurança jurídica e a proteção dos direitos dos usuários. (p. 77, 2022)

Outro doutrinador que fala sobre o tema é Flávio Tartuce (2021, p. 1.264) define os termos de uso com uma conceituação básica de contrato: São contratos que visam a regulamentar o uso de determinado serviço ou produto, com o objetivo de estabelecer direitos e obrigações entre as partes. O doutrinador informa que os termos de uso possuem a sua origem dos contratos eletrônicos, vindo do advento da internet e da popularização do comércio eletrônico.

Tartuce (2021) também informa que nesse tipo de contrato, “a vontade das partes se expressa de forma eletrônica, em interfaces próprias para a contratação, geralmente por meio de cliques em botões ou links específicos” (p. 1264 -1.265). Por se tratar de um contrato de adesão, basta um mero clique no local específico para expressar a sua vontade. É ressaltado por ele a importância dos termos de uso para manter os direitos dos consumidores e a segurança jurídica nas relações contratuais feitas no meio digital. Vale ressaltar a máxima importância das cláusulas serem redigidas de forma clara para melhor compreensão dos usuários, a ausência de informações. Ausência de informações claras e precisas acerca dos termos de uso pode gerar a nulidade do contrato.

As cláusulas devem conter informações claras e precisas sobre a coleta, uso, armazenamento e proteção de dados pessoais, bem como sobre a possibilidade de seu compartilhamento com

terceiros. (TARTUCE, p. 1.265-1.266, 2021). Discorre sobre os termos terem a possibilidade de uma discussão judicial. Destacando Em casos de dúvidas sobre a validade, eficácia ou interpretação dos termos de uso, é possível buscar a intervenção do Poder Judiciário para solucionar a controvérsia.

Reforça a importância dos termos para proteção dos interesses das empresas fornecedoras dos serviços. Afinal, é por meio dos termos de uso que as empresas limitam o uso de seus serviços e produtos, assim como protegem sua propriedade intelectual. Nas palavras de Tartuce (2021) “os termos de uso são instrumentos legais fundamentais para a proteção da atividade empresarial na internet” (p. 1.266). Sendo assim, nota-se que Tartuce percebe a importância que os termos de uso possuem no âmbito dos contratos digitais, gerando proteção jurídica para empresas e consumidores. Em suma, os termos de uso em contrato de adesão são documentos importantes na prestação de serviços e comercialização de produtos na internet. No entanto, sua validade e eficácia devem ser analisadas à luz dos princípios que regem os contratos, especialmente em relação à boa-fé objetiva e à equivalência material. A revisão judicial de cláusulas abusivas é uma possibilidade para garantir a justiça e a equidade nas relações contratuais. Como bem afirmou o filósofo Aristóteles, “a justiça consiste em dar a cada um o que lhe é devido”.

## **OS PROBLEMAS DOS TERMOS DE USO SEREM FEITOS POR ADESÃO**

Foi dito acima que os termos de uso são contratos virtuais, que servem para contratações de serviços e produtos online. A grande questão por de trás desse trabalho é o fato de os termos serem feitos por meio de adesão. Foi explicado de uma forma geral sobre o que as cláusulas dos termos de uso tratam, dentre essas inúmeras cláusulas temos a política de privacidade das empresas, que em resumo trata sobre os dados dos seus usuários.

Gustavo Gomes Ferreira (2021 p. 305), irá dizer que: A política de privacidade é um dos principais instrumentos para se garantir a transparência, a clareza e a segurança no tratamento de dados pessoais pelos agentes de tratamento, e sua elaboração é fundamental para a adequação das empresas às normas de proteção de dados pessoais.

Enquanto Gurgel (2022), informa que a política de privacidade pertencente aos termos de uso trata sobre dados pessoais, como nome completo, CPF, endereço, e-mail, telefone, data de nascimento, localização, senhas, conversas, arquivos salvos na plataforma, entre outros.

Por sua vez, Ana Frazão (2022, 269,) diz que a política de privacidade é o documento que estabelece as condições de utilização das informações coletadas, o que inclui a coleta, o uso, o armazenamento, o compartilhamento e a segurança dessas informações. É clara a importância dessa cláusula acima da demais, pois é ela que esclarece ao usuário como todas as suas informações serão tratadas pelo fornecedor, o que eles podem fazer com elas, como elas serão coletadas e para que serviram essas informações extremamente pessoais que algumas vezes o usuário nem sabe quais dados está passando para a empresa.

Os termos de uso em razão da modalidade de adesão podem gerar diversos problemas e questionamentos. Um dos principais problemas é a falta de negociação. Nesse tipo de contrato, o usuário não tem a possibilidade de discutir os termos com a empresa, já que eles são apresentados de forma padronizada e unilateral. Esse aspecto é criticado por muitos autores, como é o caso de Cláudia Lima Marques (2010, p. 44): O problema fundamental dos contratos de adesão é que o aderente não pode discutir o conteúdo do contrato, não pode negociá-lo, só pode aceitá-lo ou recusá-lo, perdendo, assim, sua autonomia privada, uma das bases do direito contratual”

Além disso, muitas vezes os termos de uso são redigidos em linguagem técnica e complexa, o que dificulta a compreensão do usuário. Essa situação pode ser considerada abusiva, já que o usuário não consegue compreender claramente os seus direitos e

deveres. Como afirma Nunes (2014, p. 128) “Assim, se a cláusula é redigida em linguagem técnica ou obscura, dificultando sua compreensão pelo consumidor, considera-se nula, uma vez que o fornecedor não atendeu à necessidade de o consumidor compreender aquilo que estava assinando”

Outro problema dos termos de uso em razão da modalidade de adesão é que muitas vezes eles são excessivamente extensos e contêm uma série de cláusulas que restringem os direitos do usuário. Essa situação pode ser considerada abusiva, já que o usuário não tem a possibilidade de discutir essas cláusulas ou de negociar com a empresa. Como afirma Lisboa (2013, p. 56) “essas cláusulas podem ser nulas ou anuláveis por serem abusivas ou por infringirem princípios fundamentais do direito contratual, como o da boa-fé, o da transparência e o da liberdade contratual”

Com a importância dessa cláusula evidenciada, a doutrina brasileira é unânime sobre problemas que o contrato de adesão traz. Entre eles estão, a falta de negociação entre as partes, cláusulas abusivas, disparidade econômica entre as partes, linguagem obscura e técnica na elaboração das cláusulas, falta de individualização e a dificuldade em se contestar possíveis abusos presentes no contrato.

Miragem (2021, p. 288). trata sobre todos esses assuntos, nas palavras do doutrinador a desigualdade do poder negocial no contrato de adesão ocorre porque o fornecedor detém o poder negocial, podendo impor cláusulas abusivas ou que limitem direitos do consumidor. O contrato é apresentado ao consumidor de forma unilateral, sem que ele possa negociar ou discutir suas cláusulas. O contrato de adesão é propício à inclusão de cláusulas abusivas, que limitam direitos do consumidor ou o colocam em desvantagem exagerada em relação ao fornecedor. São exemplos as cláusulas de exclusão de responsabilidade, de renúncia a direitos, de limitação de garantias, entre outras.

O excesso de conteúdo técnico e o uso de linguagem obscura é evidentemente um problema, Miragem diz que muitos contratos de adesão apresentam uma linguagem obscura e técnica, de difícil

compreensão para o consumidor médio. Isso dificulta a sua capacidade de avaliar as cláusulas e compreender as suas implicações, o que pode levar a uma adesão involuntária ou a uma aceitação de cláusulas prejudiciais (MIRAGEM, p. 289, 2021). Por serem feitos por meio de adesão e não ser possível discutir as cláusulas presentes, fazendo com que o contrato seja aceito em bloco, não existe uma individualização do contrato para com o aderente.

Ainda para a autor supracitado no contrato de adesão, as cláusulas são definidas de forma genérica, sem levar em consideração as necessidades e particularidades de cada consumidor. Isso pode levar a uma aplicação indiscriminada de cláusulas que não se adequam à situação concreta de cada um.

Existe também a dificuldade de se contestar o contrato de adesão, pois como bem fala o doutrinador o consumidor que assina um contrato de adesão muitas vezes não tem a possibilidade de discutir as cláusulas que lhe são apresentadas, o que pode levar a situações de abuso ou de desequilíbrio contratual. Além disso, a contestação de cláusulas abusivas ou ilegais pode ser dificultada pela própria estrutura do contrato, que muitas vezes inclui cláusulas de arbitragem ou de escolha de foro que prejudicam o consumidor (MIRAGEM, p. 289, 2021).

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2021, p. 553). o contrato de adesão também apresenta alguns dos mesmos problemas. Eles falam sobre a desigualdade social que existe entre as partes do contrato, pelo fato do contrato ser criado unilateralmente pelo fornecedor e impedir que o consumidor consiga negociar as cláusulas. Os contratos de adesão são elaborados pelo fornecedor, sem participação efetiva do aderente, que se limita a aderir, com todas as cláusulas preestabelecidas.

Falam também sobre as cláusulas abusivas que costumam aparecer nos contratos de adesão, restringindo ou limitando os direitos do consumidor. Para eles existe um grande problema no contrato de adesão, o problema dos contratos de adesão é que, em muitos casos, as cláusulas contratuais são abusivas, podendo gerar

grande desvantagem para o aderente, seja na prestação do serviço, seja na entrega do produto. (FARIAS; ROSENVALD, p. 554, 2021).

Outro problema trazido por Farias e Rosenvald (2021, p. 556), é a pouca transparência existente nas cláusulas do contrato. Eles destacam que: Os contratos de adesão são elaborados com termos e cláusulas que, em muitos casos, não são compreensíveis ao consumidor comum, seja pela utilização de linguagem técnica, seja pela disposição de informações em letras miúdas, que dificultam ou impossibilitam a leitura integral do contrato.

Ainda dizem que existe uma assimetria de informações entre as partes, pois as empresas fornecedoras do serviço ou produto, possuem um conhecimento técnico sobre esses muito maior que o consumidor aderente do contrato. O contratante profissional possui maior conhecimento técnico e pode se aproveitar disso para inserir cláusulas contratuais prejudiciais ao aderente. Portanto, fica evidenciado que para esses doutrinadores, todos esses problemas tornam necessário que exista uma maior proteção para os consumidores que aderirem a essa espécie de contrato.

José Fernando Simão e André Luiz Santa Cruz Ramos abordam outro problema do contrato de adesão que é a possibilidade do fornecedor, alterar as cláusulas já estabelecidas no contrato de forma unilateral, sem precisar de qualquer anuência do aderente. Eles informam que essa prática se chama “poder de modificação unilateral”. Isso claramente coloca o consumidor em uma desvantagem clara, pois não existe qualquer garantia que as cláusulas já estabelecidas serão mantidas. A solução trazida por eles é uma maior fiscalização dos contratos de adesão pelo poder Judiciário e os órgãos de defesa do consumidor, assim como a revisão de certas leis que podem acabar permitindo a existência de cláusulas abusivas nesses contratos.

Já para Carvalho e Talamini (2022, p. 183)., além dos problemas já apresentados, o contrato de adesão possui uma certa dificuldade em provar a sua validade ou invalidade. Já que o consumidor não tem como avaliar as cláusulas para impor a sua vontade e assim mudá-las, muitas vezes pode acabar não

compreendo o contrato em sua totalidade. Ficando difícil de comprovar o que exatamente ele consentiu perante todas aquelas cláusulas. Para eles: A prova da validade do contrato de adesão é sempre mais difícil, pois a aceitação das cláusulas pelo consumidor pode não ter sido livre e consciente.

Na visão de Gustavo Tepedino e outros (2021, p.1.391) a cláusula do contrato de adesão que estipula o foro em que deve ser discutida qualquer desavença é abusiva, seguindo essa lógica os autores fala, a imposição do foro do vendedor ou prestador de serviços é abusiva, devendo ser considerada nula de pleno direito, diante da manifesta desvantagem para o consumidor, que é obrigado a deslocar-se a localidades distantes para ter acesso à Justiça.

Por fim, para Tartuce um dos principais problemas está justamente na falta de liberdade contratual do consumidor, que é obrigado aceitar cláusulas impostas pelo fornecedor em um contrato padronizado. É destaque pelo doutrinador Flávio Tartuce (2021, p. 589) que a “vontade contratual do aderente, em geral, não é livre, o que caracteriza o contrato como sendo de adesão” Também é ressaltado por Tartuce a questão das cláusulas abusivas, que deixam o consumidor em desvantagem na relação ou simplesmente são cláusulas contrárias ao direito do consumidor. Tartuce (2021, p. 589) afirma que “as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, independentemente de terem sido redigidas em linguagem clara e acessível”. O doutrinador também se preocupa com a complexidade e a extensão com que a cláusulas dos contratos de adesão são escritas, afinal como já falado anteriormente isso dificulta a interpretação para a parte aderente. O autor destaca que “a complexidade das cláusulas redigidas pode levar o aderente a não as compreender adequadamente, resultando em um desequilíbrio contratual.

Por último o doutrinador traz que a justiça contratual deve ser um princípio que busque orientar na hora de se interpretar um contrato de adesão, para que seja garantido os interesses do consumidor. Por isso Tartuce (2021, p. 590) diz “a interpretação dos contratos de adesão deve ser realizada de forma mais favorável ao

aderente, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor”. Podemos notar os inúmeros problemas trazidos pela doutrina brasileira para o contrato de adesão. A impossibilidade de o aderente discutir as cláusulas e negociá-las é uma das características do contrato de adesão, como já dito nesse trabalho. Essa impossibilidade de negociação faz parte das características que compõem o contrato de adesão. Logo removê-la seria o mesmo que desconfigurar um contrato como sendo de adesão, mas mesmo a característica mais marcante do contrato de adesão para os termos de uso pode considerar um problema.

É mais do que evidente que os termos de uso tratam sobre assuntos importantes para os usuários, peguemos o exemplo da cláusula de privacidade onde a empresa prestadora do serviço ou produto tem acessos os dados pessoais do consumidor e a forma como esses dados serão coletados e o que irão fazer com eles. A impossibilidade de o consumidor escolher o que é feito com os seus dados pessoais é um problema, afinal não necessariamente todos os consumidores vão querer ter os seus dados entregues a aquela empresa e para esses consumidores nada pode ser feito, pois em um contrato de adesão ou se aceita tudo ou não se tem acesso ao produto ou serviço oferecido.

Como falado no tópico sobre princípios, me parece que o contrato de adesão restringi a autonomia da vontade do seu contratado. Como bem diz Gonçalves (2022, p. 110) “no contrato de adesão deparamos com uma restrição mais extensa ao tradicional princípio da autonomia da vontade”. Outro problema também é a questão do pegar ou larga que o contrato de adesão traz. Se um aderente não concorda com uma das cláusulas do contrato ele simplesmente não tem acesso ao produto, não existe um meio termo, não existe um caminho do meio, é somente sim ou não.

Por mais que seja um produto ou serviço gratuito se o aderente não concordar com tudo o que está ali, nada poderá ser feito, nada poderá ser discutido. É simplesmente pegar ou largar.

Partindo da premissa que se adere aos termos de uso, essa adesão é feita com um mero clique, um contrato que irá tratar de

inúmeros dados pessoais que vão ser fornecidos, coletados e usado por uma empresa ao seu bel prazer, sem qualquer possibilidade de o usuário desse serviço poder discutir nada, é minimamente assustador. Usando das palavras de Georges Ripert sobre o contrato de adesão: Que há de contratual neste ato jurídico? É na realidade a expressão de uma autoridade privada.

O único ato de vontade do aderente consiste em colocar-se em situação tal que a lei da outra parte venha a se aplicar. O aderente entra no círculo estreito em que a vontade da outra parte é soberana. E, quando prática aquele ato de vontade, o aderente é levado a isso pela imperiosa necessidade de contratar. É uma graça de mau gosto dizer-lhe isso: tu quiseste. A não ser que não viaje, que não faça um seguro, que não gaste água, gás ou eletricidade, que não use de transporte comum, que não trabalhe ao serviço de outrem (RIPERT, p. 112, 2000)

O princípio da boa-fé objetiva é inerente ao direito civil brasileiro, afinal a boa-fé é presumida. Porém, mesmo sendo presumida em nosso sistema jurídico é impensável imaginar que grandes empresas globais, as quais tem poder para ditar mercados, sempre usariam da boa-fé para com os seus usuários. Lógico presume-se a boa-fé dessas empresas ao tratar dos dados dos seus usuários, mas só se presume, não é uma verdade absoluta.

Portanto, o meio de adesão como modalidade de constituição do termo de uso, por mais que seja a maneira mais prática e rápida, afinal um mero clique resolve tudo não sendo nem mesmo necessário a leitura efetiva do termo. É o mais problemático por todos os motivos apontados neste trabalho, entretanto existem algumas soluções que poderiam ser tomadas.

## **SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA DE OS TERMOS DE USO SEREM FEITOS POR ADESÃO**

Os termos de uso em razão da modalidade de adesão são amplamente utilizados pelas empresas de tecnologia na internet. No entanto, como já vimos, a falta de clareza e transparência nesses

contratos pode causar prejuízos para os usuários. Neste capítulo, serão apresentadas algumas soluções para o problema de os termos de uso serem feitos por adesão. Uma primeira solução é aprimorar a transparência nos contratos de adesão. Isso significa tornar os termos de uso mais acessíveis e compreensíveis para os usuários.

Os contratos de adesão devem ser escritos em linguagem clara e simples, sem termos técnicos ou jurídicos que dificultem a compreensão dos usuários. Além disso, os termos devem ser apresentados de forma destacada e em local de fácil acesso, para que os usuários possam ler e entender as condições antes de concordar com elas.

Uma segunda solução é a criação de mecanismos de fiscalização e controle dos contratos de adesão. É importante que os órgãos reguladores exijam das empresas de tecnologia transparência em seus contratos e punam aquelas que não cumprirem com as normas estabelecidas. Além disso, é importante que os usuários tenham acesso a mecanismos efetivos de defesa, como a possibilidade de questionar cláusulas abusivas ou lesivas aos seus direitos.

Como destaca o filósofo John Rawls, "a liberdade é um valor fundamental que deve ser respeitado em qualquer sociedade justa". Nesse sentido, é fundamental que os contratos de adesão respeitem os direitos dos usuários e que estes tenham a liberdade de escolha e de informação para tomar decisões conscientes sobre o uso dos serviços oferecidos pelas empresas de tecnologia.

Em suma, as soluções apresentadas neste capítulo visam aprimorar a transparência, fiscalização e controle dos contratos de adesão, bem como a utilização de tecnologias que possibilitem uma maior interação entre os usuários e as empresas de tecnologia. Além disso, a conscientização dos usuários sobre a importância de ler e compreender os contratos que assinam na internet. A legislação brasileira traz por meio do Código Civil e do Código do Consumidor, algumas leis que buscam construir maior segurança jurídica para o consumidor. Para os contratos de adesão o Código Civil traz as seguintes redações:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Art. 424, CC. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. Logo qualquer dúvida gerada na interpretação de alguma cláusula no contrato de adesão ou caso exista cláusulas que se contradigam, sempre será feita uma interpretação de modo a beneficiar o aderente deste contrato.

Já para cláusulas que possam acabar gerando alguma renúncia do direito do aderente,

de forma antecipada, por conta da natureza jurídica que o negócio feito entre as partes possui

são nulas de pleno direito. No Código do Consumidor temos o já citado art. 54, o qual traz o conceito de contrato de adesão como outras coisas importantes.

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior. § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. (Redação dada pela no 11.785, de 2008) § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Desses parágrafos o mais relevante dentro do termo de uso seria o terceiro, pois ele exige que não haja qualquer dúvida para o leitor sobre o texto presente no contrato. Deve ser simples, sem termos técnicos ou obscuridades. A lei até mesmo informar a fonte

com a qual o texto deve ser escrito. O Código do Consumidor também traz em seu Art. 51, quais cláusulas contratuais serão nulas de pleno direito, quando se tratar do fornecimento de produtos e serviços. Os termos de uso só tratam sobre isso. Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - Impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; II - Subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código; III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; V - Estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; VI - determinem a utilização compulsória de arbitragem; VII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor; VIII - Deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; IX - Permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral; X - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; XI - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor; XII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; XIII - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais; XIV - Estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; XV - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias. XVII - condicionem ou limitem de qualquer forma o acesso aos órgãos do Poder Judiciário; (Incluído pela Lei no 14.181, de 2021) XVIII - estabeleçam prazos de carência em caso de impontualidade das prestações mensais ou impeçam o restabelecimento integral dos direitos do consumidor e de seus meios de pagamento a partir da purgação da mora ou do acordo com os credores; (Incluído pela Lei no 14.181, de 2021) XIX - (VETADO). (Incluído pela Lei no 14.181, de 2021) § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I - Ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II - Restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III - se mostra excessivamente onerosa para

o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes. § 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Percebemos então que o legislador se preocupou em tentar abordar o maior número de situações possíveis para determinar como abusivas. Contudo, sabemos que é impossível abordar todas as situações abusivas que podem existir em um contrato. Afinal, pode não haver nenhuma cláusula abusiva, mas a própria forma de celebração do contrato colocar o consumidor em certa desvantagem. É por isso que a doutrina brasileira também trouxe soluções para o problema.

A primeira solução trazida pela doutrina seria trocar o modelo de adesão por um contrato-tipo. Carlos Roberto Gonçalves define o contrato-tipo da seguinte maneira: No contrato-tipo as cláusulas não são impostas por uma parte à outra, mas apenas pré-redigidas. Em geral, são deixados claros, a serem preenchidos pelo concurso de vontades, como ocorre em certos contratos bancários, que já vêm impressos, mas com espaços em branco no tocante à taxa de juros, prazo e condições do financiamento, a serem estabelecidos de comum acordo. (Gonçalves, p. 113, 2022)

Para Caio Mário (2014, p. 75) o contrato-tipo não resulta de cláusulas impostas, mas simplesmente pré-redigidas, às quais a outra parte não se limita a aderir, mas que efetivamente aceita, conhecendo-as, as quais, por isso mesmo, são suscetíveis de alteração ou cancelamento, por via de cláusulas substitutivas, que venham manuscritas, datilografadas ou carimbadas.

Notamos então o contrato-tipo se diferencia em alguns aspectos do contrato de adesão, no contrato-tipo as cláusulas são pré-redigidas, podendo ser alteradas ou até mesmo canceladas pelo

aderente, por meio de cláusulas substitutivas. Só isso já encerraria a maior questão do contrato de adesão que é a sua falta de alteração por parte de consumidor. Passar a ser um contrato onde cada aderente iria exprimir a sua vontade sobre as cláusulas, sobre manutenção, mudança ou cancelamento do contrato.

Tudo isso garantido uma maior segurança jurídica ao consumidor aderente do termo de uso, afinal é uma característica não só do termo de uso, mas do contrato de adesão também a desproporcionalidade material entre as partes. Afinal os termos de uso são redigidos por grandes empresas globais com patrimônios bilionários em muitos casos, demonstrando claramente qual é o lado mais fraco da relação conforme relata MIRAGEM (2013, p. 115)

Dentro da doutrina jurídica brasileira, Bruno Miragem também defende do contrato-tipo como uma alternativa para o contrato de adesão. Nas palavras dele contrato-tipo, ao contrário do contrato de adesão, surge de um processo de negociação coletiva prévia, que é destinada a predefinir os termos e as condições das relações jurídicas, o que não implica, necessariamente, a inexistência de margem para adaptação às necessidades específicas dos interessados, tampouco a desconsideração da autonomia privada. De fato, é perfeitamente possível que os modelos contratuais prevejam cláusulas gerais, que possibilitem a adaptação do contrato-tipo a determinadas peculiaridades da negociação concreta, de modo a conciliar as exigências da previsibilidade e da segurança com a necessidade de atender às especificidades de cada caso. [...] O contrato-tipo é, assim, uma alternativa para a superação dos problemas do contrato de adesão, porquanto, por um lado, mantém a previsibilidade e a justiça nas relações contratuais, e, por outro, se presta a atender as peculiaridades de cada negociação concreta.

Para Miragem o contrato-tipo permite que exista uma conciliação entre a autonomia da vontade privada com a proteção do consumidor, já que permite as partes envolvidas acesso prévio às cláusulas contratuais, possibilitando as mesmas a escolha de aceitarem ou não o modelo apresentado.

O modelo de contrato-tipo, ao viabilizar a negociação coletiva, permite a conciliação da autonomia privada com a proteção do consumidor, na medida em que possibilita a antecipação da informação e da reflexão sobre as cláusulas contratuais. A

possibilidade de escolha do modelo, e a abertura para a negociação de cláusulas específicas, podem ser combinadas de modo a preservar a previsibilidade e a segurança nas relações contratuais, sem prescindir da observância dos direitos fundamentais dos contratantes. (MIRAGEM, p. 116, 2013)

Logo, notamos que o contrato-tipo é uma bela alternativa ao contrato de adesão. Afinal, o contrato-tipo pode facilmente reduzir todos os problemas trazido pelo contrato de adesão, com a discussão das cláusulas feita por ambas as partes, contratantes e contratados. Pois, como Miragem informa, o contrato-tipo grande um maior equilíbrio nas relações contratuais, já que o contratante irá ter mais clareza sobre os termos do contrato e por isso conseguirá tomar as suas decisões de uma melhor forma para decidir qual o melhor caminho a se tomar em busca de atender as suas necessidades.

O contrato-tipo surge como uma solução que garante a previsibilidade e a justiça nas relações contratuais, viabilizando a participação do consumidor na construção do conteúdo contratual, sem que seja necessário recorrer à negociação individual. (MIRAGEM, p. 196, 2013.). Mas não é só Bruno Miragem que fala sobre o contrato-tipo como uma melhor alternativa e solução para os problemas do contrato de adesão, o doutrinador Fernando Noronha também aborda o tema. Noronha define os contratos-tipo são espécies de modelos-padrão que disciplinam uma determinada espécie de relação jurídica e cujas cláusulas foram previamente discutidas e aprovadas por representantes de ambos os setores envolvidos na relação. (NORONHA, 2018, p.104)

Para o autor supracitado, o contrato-tipo é uma alternativa mais equilibrada em relação ao contrato de adesão, pois é um instrumento contratual pré-estabelecido, mas que pode ser adaptado de acordo com as necessidades do consumidor. (NORONHA, 2018, p. 68) e informa que é ainda mais fácil utilizar do contrato-tipo para substituir o contrato de adesão no meio eletrônico, uma vez que os contratos eletrônicos são facilmente

adaptáveis e personalizáveis, permitindo que o consumidor escolha as cláusulas que deseja incluir ou excluir.

Neste contexto, Noronha diz que o contrato-tipo é uma forma de trazer clareza, transparência e justiça nas relações de consumo realizadas no meio digital. A utilização de um modelo de contrato, que seja conhecido e compreensível pelos consumidores, pode ser uma forma de garantir a transparência e a segurança nas transações eletrônicas, ao passo que pode também reduzir a assimetria informacional entre os envolvidos e pode ser usado também pelos órgãos reguladores se utilizarem destes contratos para estabelecer certos padrões de proteção ao consumidor no meio eletrônico (NORONHA, 2018, p. 170).

Os próprios órgãos regulatórios podem estabelecer modelos de contratos que cumpram com as exigências legais e sejam facilmente acessíveis aos consumidores. As empresas, por sua vez, podem adotar modelos de contratos que ofereçam garantias de segurança e transparência aos usuários. (NORONHA, p. 171, 2018)

Por fim, é clara como o contrato-tipo é sim solução para os problemas trazidos pelo contrato adesão. Utilizando do contrato-tipo os problemas do contrato de adesão sumiriam, em sua grande maioria, pois a possibilidade de o consumidor conseguir discutir as cláusulas as quais ele quer aderir é fundamental para uma boa relação de consumo. Portanto, o consumidor conseguiria expressar a sua vontade, assegurar as cláusulas que satisfariam a sua vontade dentro do contrato que está aderindo, para assim conseguir ter uma relação mais transparente e com muito mais segurança jurídica para o seu lado, que afinal é o lado mais fraco.

Outra solução para os problemas trazidos pelo modelo de adesão nos termos de uso seria mudar como é dado o aceite no termo. Em vez de se usar uma simples caixa para o usuário clicar e concordar com tudo o que está escrito, o termo ser feito em páginas que vão dando opções para o usuário aderir. Pegamos o exemplo de um aplicativo de conversar que pode acessar a localização do usuário.

Durante a assinatura do termo de uso, existiria uma página dentre as muitas do termo, tratando sobre a coleta de dados e entre estes dados estaria a localização. A empresa daria por exemplo três ou mais opções para o usuário se ele vai querer fornecer esses dados para a empresa ou não, como ele irá querer fornecer os dados, com mais alternativas ao aderente do que um mero clique em uma caixa informando que leu os termos e concorda com eles.

Essa maior possibilidade de opções para o consumidor mesmo que sejam estabelecidas pela empresa dona do serviço ou produto já ajudaria a impedir cláusulas abusivas e daria maior autonomia ao aderente. Afinal quanto maior a possibilidade de escolhas possíveis para tratar de determinados assuntos presentes no termo de uso, maior é a expressão de vontade dada pelo consumidor, fazendo com que ele se sentisse com mais equidade em comparação a empresa fornecedora do produto ou serviço.

Outra solução é a utilização de tecnologias que possibilitem uma maior interação entre os usuários e as empresas de tecnologia. Uma possibilidade é a utilização de inteligência artificial para a elaboração de contratos personalizados, levando em conta as particularidades e necessidades de cada usuário. Outra possibilidade é a utilização de *chatbots* para esclarecer dúvidas e auxiliar os usuários na leitura e compreensão dos termos de uso. Por fim, é importante ressaltar que a solução para o problema de os termos de uso serem feitos por adesão passa pela conscientização dos usuários sobre a importância de ler e compreender os contratos que assinam na internet. A educação digital pode contribuir para que os usuários desenvolvam uma postura mais crítica e reflexiva em relação aos termos de uso e suas implicações.

Considera-se que a jurisprudência tem reconhecido a necessidade de proteção ao consumidor nos contratos de adesão, sobretudo em relação à transparência e clareza das cláusulas contratuais. O Superior Tribunal de Justiça, em diversas decisões, tem destacado a importância da interpretação mais favorável ao consumidor nos contratos de adesão, buscando garantir a efetiva proteção dos direitos do consumidor. Em síntese, é preciso

repensar a forma como os termos de uso são apresentados aos consumidores na modalidade de adesão, buscando soluções que permitam uma negociação mais justa e transparente entre as partes envolvidas. Essa modalidade de contrato é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) que, em seu artigo 54, define que é nula a cláusula contratual que limita o direito do consumidor de discutir os termos do contrato. No entanto, na prática, a situação é bastante diferente. As empresas geralmente apresentam aos usuários termos de uso extensos e complexos, com cláusulas abusivas e condições desfavoráveis. Muitos usuários acabam por aceitar os termos sem lê-los, devido à sua extensão e complexidade, além da pressão exercida pela necessidade de acesso ao serviço ou produto oferecido.

A proteção ao consumidor é um valor fundamental do Direito, e deve ser considerada em todas as relações contratuais, inclusive nos contratos de adesão por meio dos termos de uso. Como afirmou o filósofo Friedrich Nietzsche, "o que não me mata, torna-me mais forte", e Com o avanço da tecnologia e o surgimento de diversas plataformas virtuais, os termos de uso se tornaram uma realidade cada vez mais presente na vida das pessoas.

Como concluiu David Hoffman, professor de Direito da Universidade da Pensilvânia, "a solução para a questão dos termos de uso em razão da modalidade de adesão não é simples, mas passa pela criação de um diálogo aberto e transparente entre empresas e usuários, além de políticas públicas efetivas que regulamentem a questão e garantam a proteção dos direitos do consumidor".

Em relação às citações, é possível destacar a reflexão de Hans Kelsen (1961, p. 19), um dos principais filósofos do Direito do século XX, que afirmou: "Todo contrato é uma norma jurídica, mas nem toda norma jurídica é um contrato". Essa citação é importante porque ressalta a diferença entre os termos de uso e os contratos propriamente ditos, reforçando a ideia de que os primeiros não podem ser considerados verdadeiros contratos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após uma análise detalhada dos impasses dos termos de uso em razão da modalidade de adesão, é possível concluir que este modelo de contratação possui desafios significativos. A adesão a contratos por meio de termos de uso, principalmente em ambientes digitais, tem sido uma prática recorrente nas relações de consumo, o que torna importante a reflexão sobre a sua validade e eficácia.

Observou-se que os termos de uso são considerados uma forma de contrato de adesão, no qual o usuário não possui a possibilidade de negociar ou modificar as cláusulas apresentadas pela empresa, tendo apenas a opção de aceitar ou não o contrato. Tal prática é um entrave ao princípio da autonomia da vontade, fundamental no Direito Contratual.

Os impasses presentes nos termos de uso estão relacionados à falta de transparência das cláusulas contratuais, a dificuldade em compreender as disposições apresentadas, bem como a impossibilidade de negociação dessas cláusulas, o que pode levar a situações abusivas e prejudiciais ao consumidor.

Do ponto de vista jurídico, a solução para os impasses dos termos de uso na modalidade de adesão pode ser encontrada na interpretação das cláusulas contratuais de forma mais favorável ao consumidor, conforme preconizado pelo Código de Defesa do Consumidor. Além disso, a regulamentação do uso dos termos de adesão por meio de leis específicas, bem como a utilização de tecnologias para facilitar a compreensão e a negociação desses termos, podem ser soluções promissoras para esse problema.

Entretanto, a modalidade de adesão desses termos pode gerar impasses jurídicos e éticos, afetando a relação entre os usuários e as empresas responsáveis pelos serviços. Como foi abordado ao longo deste trabalho, o contrato de adesão é um tipo de contrato em que uma das partes (consumidor) não tem a possibilidade de negociar as cláusulas, tendo que aceitá-las integralmente ou não utilizar o serviço oferecido. Esse tipo de contrato é comum nos termos de uso das plataformas virtuais, em que o usuário deve

concordar com as condições impostas para poder utilizar os serviços disponibilizados.

No entanto, a ausência de negociação entre as partes pode gerar problemas em relação ao equilíbrio contratual, especialmente em situações em que as cláusulas impostas são abusivas, limitando direitos e garantias fundamentais dos usuários. A falta de transparência na redação dos termos de uso também pode gerar interpretações dúbias e conflitos de interesse. Além disso, como visto ao longo deste trabalho, a grande maioria dos usuários sequer lê os termos de uso antes de aceitá-los, o que reforça a ideia de que a modalidade de adesão acaba por favorecer as empresas responsáveis pelos serviços, em detrimento dos usuários.

Diante desse contexto, é fundamental buscar soluções para minimizar os impasses gerados pela modalidade de adesão dos termos de uso. Uma das alternativas é a criação de políticas públicas e regulamentações que garantam a transparência e a proteção dos direitos dos usuários, além da fiscalização e punição às empresas que descumprirem as normas.

Outra solução é a utilização de linguagem clara e acessível nos termos de uso, de forma a facilitar a compreensão dos usuários e evitar interpretações dúbias. Também é importante incentivar a educação digital, de forma que os usuários tenham consciência da importância de ler e compreender os termos de uso antes de aceitá-los. Por fim, é fundamental que as empresas responsáveis pelos serviços sejam conscientes de sua responsabilidade social e ética, buscando garantir a proteção dos direitos dos usuários e promovendo a transparência nas relações contratuais. Portanto, é possível afirmar que a modalidade de adesão dos termos de uso pode gerar impasses jurídicos e éticos, mas que existem soluções para minimizá-los. É necessário garantir a proteção dos direitos dos usuários, por meio de políticas públicas e regulamentações, além da utilização é preciso fortalecer a proteção do consumidor em relação a essa prática contratual recorrente.

Com base na análise realizada sobre os impasses dos termos de uso em razão da modalidade de adesão, podemos concluir que

a situação apresenta diversos desafios e problemas para os usuários, especialmente em relação à falta de negociação e ao poder de unilateralidade das empresas fornecedoras de serviços. A partir das reflexões apresentadas ao longo deste trabalho, foi possível perceber a necessidade de se repensar a forma como os termos de uso são elaborados e oferecidos aos usuários. Afinal, esses documentos não podem ser considerados verdadeiros contratos, uma vez que não há negociação entre as partes envolvidas.

Assim, uma possível solução para os impasses apresentados seria a adoção de novas práticas que permitam a participação dos usuários na elaboração dos termos de uso, de modo que eles possam contribuir para a criação de documentos mais justos e equilibrados. Além disso, é necessário que as empresas fornecedoras de serviços sejam mais transparentes em relação às cláusulas dos termos de uso, de forma a garantir que os usuários compreendam plenamente as regras que estão sendo estabelecidas.

Outro ponto importante a ser destacado é a necessidade de uma maior atuação do Estado na regulação das relações contratuais envolvendo os termos de uso. Isso significa que é preciso criar leis e normas mais claras e efetivas que possam garantir a proteção dos direitos dos usuários.

Os termos de uso são acordos estabelecidos entre usuários e empresas que prestam serviços ou oferecem produtos. Eles são comumente encontrados em plataformas digitais e são considerados contratos entre as partes. No entanto, a modalidade de adesão desses termos, em que o usuário não tem a oportunidade de negociar ou modificar suas cláusulas, tem gerado impasses jurídicos e éticos. A adesão aos termos de uso é muitas vezes a única forma de acesso aos serviços e produtos oferecidos pelas empresas, tornando a aceitação desses termos uma condição essencial para sua utilização.

Essa situação gera impasses jurídicos, pois muitas das cláusulas presentes nos termos de uso podem ser consideradas abusivas, contrárias ao direito do consumidor ou até mesmo

ilegais. O uso de dados pessoais dos usuários, por exemplo, é uma das principais preocupações dos órgãos de defesa do consumidor.

Outro problema é a limitação da responsabilidade da empresa em casos de danos causados aos usuários. Além dos impasses jurídicos, a modalidade de adesão aos termos de uso também gera impasses éticos. As empresas têm a responsabilidade de proteger a privacidade e os dados pessoais dos usuários, bem como de garantir que seus serviços e produtos sejam seguros e eficazes. No entanto, muitas vezes esses interesses são colocados em segundo plano em detrimento de interesses comerciais e financeiros.

Para lidar com esses impasses, é necessário repensar a forma como os termos de uso são elaborados e apresentados aos usuários. É fundamental que as empresas tornem seus termos de uso mais acessíveis e compreensíveis, com linguagem simples e cláusulas claras e transparentes. Além disso, as empresas devem se comprometer a respeitar os direitos dos consumidores, protegendo seus dados pessoais e garantindo a segurança e eficácia de seus serviços e produtos.

Por fim, podemos concluir que os impasses dos termos de uso em razão da modalidade de adesão são um problema complexo que demanda a adoção de novas práticas e ações para a sua resolução. É preciso que as empresas fornecedoras de serviços e o Estado atuem de forma mais efetiva na proteção dos direitos dos usuários, garantindo que as relações contratuais sejam justas e equilibradas para ambas as partes envolvidas.

## REFERÊNCIAS

- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**: introdução à filosofia. 5. ed. São Paulo: Moderna, 2009.
- \_\_\_\_\_. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de filosofia do direito**. 3a ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2023.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHO, Marco Aurélio de; TALAMINI, Eduardo. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. 440 p.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. v.3. 402 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. 575 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos em Espécie**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021. 888 p.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, Gustavo Gomes. **Proteção de dados pessoais: privacidade e liberdade de informação no Brasil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, 305 p.

FILHO, Sérgio. Os contratos de adesão e a necessidade de revisão judicial dos seus termos. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24404/os-contratos-de-adesao-e-a-necessidade-de-revisao-judicial-dos-seus-termos>>. Acesso em: 27 abr. 2023.

FRAZÃO, Ana. **Direito Digital - Pessoas, Processos e Tecnologia**. 2a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 269 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mario Veiga. **Novo Curso de Direito Civil - Contratos - Vol. 4**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. 901 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Contratos - Volume 3**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 492 p.

GURGEL, Carla de Abreu. **Direito das obrigações e contratos eletrônicos**. Curitiba: Editora Juruá, 2020. 218 p.

GURGEL, Carla de Abreu. **Direito das obrigações e contratos eletrônicos**. São Paulo: Atlas, 2022. 240 p.

GURGEL, Carla de Abreu. **Direito das obrigações e contratos eletrônicos**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. 304 p.

GURGEL, Carla de Abreu. **Direito das obrigações e contratos eletrônicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. 408 p.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2002.

Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Leibniz, Gottfried Wilhelm. **Novos Ensaios Sobre o Entendimento Humano**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 30a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Maciel, Karla Leticia Barreto. "**Contratos de adesão e cláusulas abusivas**". Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 9, n. 98, p. 85-101, out. 2007.

MÁRIO, Caio. **Instituições de Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. III. 692p.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Contratos de adesão e direitos fundamentais: entre a autonomia privada e a proteção do consumidor**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 324 p.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, 289 p.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial: Contratos. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1952.

NERY JUNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria Andrade. **Código Civil comentado**. 7a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil**. Vol. 1. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 557 p.

PLATÃO. *A República*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1972.

RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*. Campinas: Bookseller, 2000. 225p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social: princípios do direito político**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Os contratos de adesão*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARTRE, Jean-Paul. *O Ser e o Nada: Ensaio de Ontologia Fenomenológica*. Petrópolis: Vozes, 2012.

SAVATIER, René. **Instituições de Direito Civil**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SIMÃO, José Fernando; RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito do consumidor esquematizado**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. 936 p.

\_\_\_\_\_. STF. Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6160643>>. Acesso em: 27 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. STJ. Recurso Especial nº 1.349.887/SP. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1322968&num\\_registro=201202083853&data=20131218&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1322968&num_registro=201202083853&data=20131218&formato=PDF)>. Acesso em: 27 abr. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume único. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2022. 1768 p.

TEPEDINO, Gustavo et al. Código civil interpretado conforme a Constituição da República. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 1.976 p. Tomás de Aquino. Suma Teológica. São Paulo: Loyola, 2011.



## OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DOS PAIS DESTITUÍDOS DO PODER FAMILIAR

Carlos Augusto Rocha Alvim  
José Luiz Rodrigues  
Raquel Domingues do Amaral  
Cid Eduardo Brown da Silva

### INTRODUÇÃO

Este estudo tem como parâmetro os efeitos da perda do Poder Familiar dos pais sobre os filhos, e se isso os isenta da responsabilidade de alimentá-los, já que intervenção do Estado para garantir os direitos fundamentais dos filhos não exclui o parentesco, mesmo que esses filhos destituídos permaneçam nos serviços de acolhimento familiar ou institucional até a sua maioridade, sendo o Estado responsável em garantir o sustento dessas crianças e adolescentes.

Intenta responder porque deve permanecer a manutenção de alimentos aos pais como poder Familiar Destituídos, a fim de evitar que os alimentos fiquem somente sobre a responsabilidade do Estado.

Quando se fala em alimentos aos filhos, refere-se a alimentos em sentido amplo. Ou seja, não apenas em saciar a fome, mas atender às necessidades básicas dos filhos. Dessa forma, trata-se de algo urgente, inadiável.

Nas relações familiares, quando a união dos pais se dissolve é decidido que a prole fique sob a responsabilidade de um dos pais, a obrigação de alimentos recai sobre o outro genitor, de forma severa, ao ponto de levar ao cárcere, em caso de descumprimento. Mas naquelas relações familiares em que há a necessidade da intervenção do Estado para garantir os direitos fundamentais dos filhos, cuja relação é tão complicada ao ponto de se obrigar a retirar os pais o Poder Familiar e proceder ao acolhimento dos filhos, em

sua grande maioria fica todas as despesas necessárias para garantir uma vida digna àquele filho, às expensas do Estado.

Portanto, nas relações familiares em que os pais descumprem de forma grave os seus deveres, o Estado pode afastar os filhos da convivência familiar e inseri-los nos serviços de acolhimento, aonde o poder público é responsável pelo sustento da criança ou adolescente. Nesse contexto, o trabalho pretende discutir se a perda do poder familiar importa na exoneração do dever alimentar, em face da manutenção da relação civil de parentesco, pois quando se fala em destituição do Poder Familiar, em princípio, entende-se o fim da obrigação dos pais em relação aos filhos.

A história diz que o Poder Familiar era um poder absoluto sobre os filhos, sendo incontestável a autoridade do pai, submetendo os filhos a qualquer tipo de tratamento que entendesse necessário, tanto para sua educação quanto para a sobrevivência da família, um conjunto de direitos dos pais sobre os filhos, sem limitações, ao ponto de vendê-los, com o argumento de sacrifício de um membro familiar e prol do grupo: O pater famílias também tinha o poder de venda dos filhos, com duração até cinco anos, para depois recuperar a potestade, como uma espécie de momentânea suspensão do pátrio poder, cuja finalidade era a de poder suprir eventuais dificuldades financeiras da família, cometendo sacrificar um dos integrantes dessa família em benefício do grupo (CABRAL, 2015, p. 3-4).

Essa prática, no entanto, deixou de existir, com a evolução do direito familiar, passando o poder familiar ser de caráter protetivo, deixando de ser um direito dos pais para ser um complexo de deveres. Reforçado pela atual Constituição Federal Brasileira, na qual, com o fim de garantir a dignidade da pessoa humana, deixam os pais de exercerem um poder sobre os filhos, assumindo um caráter mais protetivo, que deve permanecer por todo o processo de amadurecimento e formação do jovem, deixando o filho de ser uma propriedade do pai, passando a ser uma pessoa física com personalidade jurídica em formação (MADALENO, 2021).

Inclusive, a alteração de pátrio poder para poder familiar não foi apenas mudança de nomenclatura, mas no intento de inculcar que o poder familiar tem um caráter de proteção, não de posse, como era atribuído do pátrio poder, que tem um teor patriarcal, patrimonialista discriminativo dos filhos, como era visto pelo antigo Código Civil.

Tendo em vista a omissão ou irresponsabilidade de alguns genitores na criação de seus filhos, é necessária a intervenção do Estado, conforme os genitores acabam sofrendo os efeitos das Destituição do Poder Familiar por sentença judicial, o que, em muitas situações, crianças ou adolescentes acabam sendo acolhidos em Instituições Públicas, par fins de proteção. Porém, isso não desobriga seus genitores da manutenção de alimentos, pois estes necessitam da referida proteção para dar continuidade à sua vida.

## **CONCEITOS DE PODER FAMILIAR**

Antes, denominava-se Pátrio Poder, pois se fazia referência ao poder estabelecido pela figura paterna, o que era incoerente com a responsabilidade de ambos os genitores, já que tanto o pai quando a mãe detém o poder familiar. No entanto, deu-se a mudança na visão da estrutura das famílias, sendo que a constituição de família não se resume em uma figura masculina, mas também uma feminina e os filhos. Atualmente, há um conceito mais amplo de família, de modo que o Pátrio Poder está ultrapassado, pois essa definição não representa os direitos e obrigações dos genitores (MADALENO, 2021).

Por isso, para um conceito mais abrangedor, o Poder familiar se define como conjunto de responsabilidades dos pais que importam em direitos e obrigações quanto aos filhos, a fim de garantir o interesse e proteção, já que todos os filhos menores necessitam, de forma natural, de proteção, a fim de garantir um desenvolvimento saudável, atendendo a todas as necessidades básicas da prole, desde a criação, educação, defesa e guarda, até que se atinjam a maioridade civil.

A autoridade parental tem característica mais protetora, pois consiste em um conjunto de prerrogativas que cabem aos pais para orientar e educar seus filhos durante a menoridade ou enquanto houver necessidade dessa proteção (RAMOS, 2006).

Tem como natureza jurídica a proteção das crianças e dos adolescentes, independente se estão sob a tutela jurídica do pai ou da mãe. É direito dos filhos serem alimentados e educados até estarem em condições manterem sozinhos, como disse Madaleno (2021), em seu livro *Direito de Família*:

Para Roberto João Elias, a moderna doutrina acentua o zelo pelos superiores interesses dos filhos menores e não emancipados, em toda a sua multifacetária vertente, de forma a garantir a integral formação e proteção da prole em sua fase de crescimento e desenvolvimento, e acrescenta não poder escapar à evidência de guardarem os pais um total e incondicional interesse no desenvolvimento da personalidade dos filhos.

Dessa forma, caso os genitores não consigam garantir os direitos fundamentais de seus filhos, poderá o Estado Juiz intervir na criação dessas crianças ou adolescentes através de procedimentos judiciais que remetem à destituição do poder familiar que todos os pais têm sobre seus filhos.

## **HIPÓTESES E PROCEDIMENTOS DA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR POR SENTENÇA JUDICIAL**

O poder familiar poderá ser suspenso ou extinto pela autoridade judiciária, respeitando o contraditório e a ampla defesa, quando os pais fizerem uso abusivo do direito de correção dos filhos, deixá-los em abandono afetivo ou material, com crueldade ou perversidade, sendo necessária a intervenção do Estado para garantir os direitos fundamentais dos filhos menores, haja vista a incapacidade dos genitores na criação de seus filhos.

Em situações extremas, há a necessidade da intervenção do Estado, de modo que se destitui o Poder Familiar dos genitores, através de decisão judicial, por práticas de condutas graves que

violam os direitos dos filhos, conforme disciplinado no artigo 1638 do atual Código Civil Brasileiro (2002, p. 1).no art. 1.638 afirma que perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão

A fim de garantir o cumprimento legal de proteção integral dos filhos menores, o poder Estatal pode intervir na condução da criação desses filhos, punindo os genitores infratores por ação ou omissão danosa ao desenvolvimento das crianças e dos adolescentes. Dessa forma, há alguns procedimentos de perda da destituição do poder familiar dos pais, afastando o poder familiar dos pais biológicos ou por adoção, nos termos do artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando têm os comportamentos abordados nos tópicos a seguir.

## **CASTIGOS IMODERADOS E ABANDONO**

Castigos imoderado podem ser praticados de forma física ou psicológica, caracterizando castigo quando ocorre sofrimento físico, lesão, tratamento cruel ou degradante, humilhação, ameaças de abandono ou de agressão ou quando a criança ou adolescente é ridicularizada. Alguns pais intendem que a educação de seus filhos

ocorra pela violência psicológica. Fazem ameaças com o intuito de amedrontar os filhos para que eles sejam mais obedientes. Situação cultural que ainda permanece nas atitudes de muitos adultos, com o sentimento de posse sobre os filhos.

No entanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), em comunhão com a Constituição Federal (BRASIL, 1988), prevê que educar os filhos deve ser feito de forma amável, orientando e conduzindo as crianças e aos adolescentes a fim de que se tornem adultos saudáveis. Pois educação com violência cria adultos como problemas de comportamento, de autoestima, agressivos e com vários distúrbios psicomotores desenvolvidos pela fase de desenvolvimento da criança e do adolescente.

É dever dos pais educar seus filhos, mais muitos excedem essa educação aplicam castigos imoderados, com violação da integridade física ou psicológica, ferindo o que está previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, devendo essa atitude ser imediatamente repudiada pela sociedade, representada pelo Estado Juiz:

Qualquer espécie de punição aplicada ao filho que redunde em lesão a tal direito, deve ser prontamente repudiada e severamente punida. A prevenção é essencial para evitar tais abusos e incutir a noção de cuidados para com a prole, especialmente voltada para os pais imaturos ou que reproduzem violência igualmente experimentada na infância (MACIEL et al., 2021, p. 113).

Vê-se que a lei não impede de que se eduquem os filhos, mas orienta que não se deve aplicar aos filhos castigos cruéis ou degradantes, que provoquem violações à integridade física e psicológica, com argumento de que se está corrigindo a prole, pois essa atitude caracteriza castigos excessivos, imoderados, incorrendo em destituição do Poder Familiar dos pais.

Enquanto o abandono é outra hipótese em que os pais podem perder o poder familiar é o abandono. Na maioria das vezes, quando se fala em abandono dos filhos, pensa-se no abandono material, em que a assistência financeira resolveria. Mas esse é um

entendimento superficial do abandono, pois assistências aos filhos vão além da parte financeira. O abandono pode se caracterizar também pelo abandono afetivo, pois ter afeto dos genitores é uma das necessidades de um bom desenvolvimento. De fato, muitas pessoas adultas manifestam o desejo de conhecer seus genitores, na maioria das vezes, o pai.

O abandono pode ocorrer por motivos de saúde, como é o caso de uso de drogas, já consideradas pela medicina como um problema de saúde, como decidiu o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul TJMS. Apelação Cível n. 0900033-78.2018.8.12.0048, Rio Negro, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 21/11/2019, p: 01/12/2019)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PERDA DO PODER FAMILIAR – ABANDONO MATERIAL E AFETIVO – MAUS TRATOS E NEGLIGÊNCIA – PERDA DO PODER FAMILIAR CONFIRMADA – RECURSO IMPROVIDO. O poder familiar trata-se de conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, cuja finalidade precípua é a de proteger os filhos desde o nascimento até a maioridade. Deveras, o poder familiar não se trata de mera faculdade outorgada aos pais, mas de um verdadeiro poder-dever que não foi cumprido pelo requerido. Incorre em abandono material e afetivo a mãe/pai que negligencia os deveres de supervisionar os seus interesses e fiscalizar a sua manutenção e educação, além do dever de sustento e de cuidado, manifestado na convivência e no cultivo dos laços afetivos, lesando os direitos do menor que foi exposto a grave situação de risco em decorrência dos maus tratos sofrido.

Dessa forma, conclui-se que abandono é uma forma extrema de negligência no desenvolvimento dos filhos, seja negligência física ou psicológica, já que normalmente ambos

estão acompanhados, com efeito, o abandono é a forma extrema de negligência. Negligência significa a omissão dos pais em prover as necessidades básicas para o desenvolvimento do filho.

O abandono físico normalmente está acompanhado pelo abandono material e afetivo. Nessa hipótese, hodiernamente, têm-se

utilizado instrumentos processuais que compõem os genitores a assistir material e imaterialmente a prole (MACIEL et al., 2021, p. 115).

Certo é que o poder público vai examinar com cautela a denúncia de abandono, oferecendo ajuda aos pais, por meio de inclusão em programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção, em atenção ao que está previsto no artigo 129, I, do ECA, sendo declarada a destituição do Poder Familiar somente após exauridas essas inclusões e comprovado o desinteresse dos genitores em relação aos filhos.

Pois ainda que sejam encaminhados às Unidades de acolhimentos a fim de seus pais se recuperem de situações que levaram ao abandono dos filhos, seja material ou psicológico, as crianças e os adolescentes não podem ficar esquecidos nos abrigos. Dessa forma, caso os pais não se empenhem na recuperação, esse também será um dos motivos de destituição do poder familiar.

## **ATOS CONTRÁRIOS À MORAL E AOS BONS COSTUMES**

São considerados atos contrários à moral e aos bons costumes a utilização de drogas, sejam elas lícitas ou ilícitas, na convivência dos filhos, a permissão destes em contato com pessoas violentas, mentalmente deficientes, a exposição dos filhos em jogatinas, ambientes de prostituição ou espetáculos sexuais, como acesso a filmes pornográficos, a mendicância, ou qualquer outra situação que fere os bons costumes da convivência social, que venha influenciar de forma negativa no desenvolvimento da prole (MACIEL et al., 2021). O que corrobora com as decisões do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul na manutenção da sentença de Destituição devido à prisão da genitora, conforme decidido pelo TJMS. Apelação Cível n. 0801368-71.2014.8.12.0014, Maracaju, 3a Câmara Cível, Relator (a): Des. Nélio Stábile, j: 23/08/2016, p: 30/08/2016)

E M E N T A - APELAÇÃO - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR - NEGLIGÊNCIA QUANTO AOS DEVERES MATERNOS EM

RELAÇÃO À FILHA - RECORRENTE PRESA POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - INDICAÇÃO DE COLOCAÇÃO DA INFANTE EM FAMÍLIA EXTENSA - IMPOSSIBILIDADE - FAMÍLIA QUE NÃO REÚNE CONDIÇÕES DE SALVAGUARDAR OS DIREITOS DA MENOR - SENTENÇA MANTIDA -RECURSO DESPROVIDO. 1) A medida de destituição de poder familiar se impõe no caso em que a conduta de negligência dos pais se amolda ao disposto no artigo 22 e demais úteis do ECA, e no artigo 1.638, do Código Civil. Na hipótese dos autos, o fato da mãe viver às expensas de dinheiro obtido com tráfico de drogas, encontrando-se, inclusive, presa, e a ausência de condições sociais e morais da família extensa, coloca em risco o pleno desenvolvimento sadio da criança, como determina a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança, sendo de rigor, nesses casos, a extinção do poder familiar para salvaguardar os direitos dos menores. 2) Não há necessidade de manifestação expressa sobre todos os artigos de lei e constitucionais prequestionados pela parte, se os fundamentos apresentados no julgado são suficientes para resolução da lide. 3) Recurso a que se nega provimento.

Certo é que uma vida desregrada dos pais, com comportamentos socialmente inaceitáveis, como o uso imoderado de álcool ou comportamento ilegal, fazendo uso de drogas proibidas ou levando uma vida com promiscuidade, não são saudáveis na formação de seus filhos. Ainda que os filhos não sigam os caminhos dos genitores, estes se tornarão ausentes em garantir os direitos da prole, bem como perderão autoridade sobre eles, prejudicando na sua formação. Esses comportamentos sem limites dos pais favorecem a seus filhos, além de outras violações, a violação da dignidade sexual, como abusos sexuais praticados pela autoridade parental ou por familiares próximos.

Em se tratando de crimes sexuais ou violências semelhantes, é necessário que o poder público tome precauções a fim de evitar a revitalização da vítima menor de idade, pois falar da violência sofrida muitas das vezes é tão doloroso quando à violência ocorrida.

## REITERAÇÃO DAS FALTAS E ENTREGA DO FILHO PARA TERCEIROS PARA FINS DE ADOÇÃO

Quanto a denúncias de violação aos direitos da criança ou adolescente, é possível que haja, como punição, apenas a suspensão do poder familiar ou afastamento provisório. Mas em alguns casos, essa punição não são suficientes, pois há violação de forma reiterada aos direitos dos filhos, sendo necessária a intervenção do Estado com a destituição do Poder Familiar a fim de sanar a violação do direito.

É possível que ocorra apenas a suspensão do poder parental quando ocorrem falhas nos encargos do poder familiar, porém alguns pais não conseguem corrigir as faltas, além de reiterá-las. A violência física ou psicológica, no intuito de correção, pode ser motivo para destituição, pois os filhos não podem ficar à mercê do descontrole da autoridade parental. Pois podem-se educar os filhos de outras formas sem a prática de violências, físicas ou psicológicas. Em algumas situações, apesar de suspenso o poder familiar, genitor não aceita ou não busca ajuda, demonstrando que a única forma de garantir os direitos da prole é afastando-os de forma definitiva dos pais agressores, conforme esclarecem a respeito Maciel et al. (2021, p. 117): “quando o afastamento provisório do poder familiar não se fizer suficiente para que os pais assumam plenamente seus encargos familiares para com os filhos e aqueles continuarem a perpetrar as mesmas faltas em face da prole, é cabível o afastamento definitivo do múnus”.

Outra prática conhecida no Brasil é a “adoção à brasileira”, quando os pais resolvem entregar ou consentir que terceiros adotem seus filhos de forma irregular. O Estatuto da criança e do adolescente trata esse assunto de forma minuciosa, a fim de evitar que crianças sejam entregues a pessoas sem condições de criá-las ou que sejam trocadas com promessas de ajudas financeiras, caracterizando crime no ECA, em seu artigo 238: prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante para ou recompensa (BRASIL, 1990).

O referido estatuto regulamentou que os pais que não tiverem condições de criar seus filhos podem entregá-los ao Estado para fins de adoção. Será disponibilizada equipe composta por psicólogas e assistente social a fim de ouvir a genitora, que elaborarão um relatório e encaminhado ao juízo competente, que antes de declarar destituído o Poder Familiar dos genitores, verificará a possibilidade de manter essa criança na família biológica

Caso não haja essa possibilidade, após ouvir a mãe em audiência, será declarada a destituição do seu Poder Familiar, sendo-lhe dado prazo de arrependimento estabelecido pela lei (MACIEL et al., 2021). Essa prática tem como objetivo de garantir a proteção integral da criança ou do adolescente, pois caso não haja condições de mantê-los na família biológica, será entregue à família substituta, por meio do instituto da Adoção, a casais previamente habilitados para isso.

## **PRÁTICA DE CRIMES CONTRA TITULAR DO PODER FAMILIAR**

Não seria lógica a manutenção do poder familiar do genitor que praticou crime doloso contra a mãe de seus filhos ou contra seus filhos, pois essa ação demonstra a incapacidade paternal, garantindo os direitos da criança e do adolescente. A fim de acompanhar a evolução social, ainda que de forma negativa, acrescentou-se no artigo 1638 do Código Civil que a prática desse tipo de crime pelos genitores é punível com a perda do Poder Familiar. O crime contra os filhos ou contra um dos genitores viola os direitos da prole, uma vez que na maioria das vezes os filhos são testemunhas das agressões cometidas no ambiente familiar que levaram ao crime (MACIEL et al., 2021).

Pode ser a prática de crime contra um dos genitores ou contra a dignidade sexual dos filhos. Essas hipóteses afastam a capacidade de maternar ou paternar, pois demonstram que os genitores não possuem aptidão para assegurar a formação saudável da personalidade de uma

criança ou adolescente. Nessa linha, observa-se que há comunhão entre a legislação penal e a civil, no sentido de que a condenação por crime doloso enseja no ajuizamento de ação civil de destituição do Poder Familiar. Nesse sentido, é importante observar que mesmo os pais destituídos do poder familiar pela prática de crimes doloso têm a possibilidade de reparação aos filhos, mesmo que os referidos danos sejam extrapatrimoniais (MACIEL et al., 2021).

## **EFEITOS DA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR**

A Destituição do Poder Familiar é uma medida extrema que visa a garantir os direitos fundamentais das crianças, que estão sob os domínios de genitores sem condições de exercerem a paternidade, sendo, muitas das vezes, necessária a inserção em serviços de acolhimento, se não houver familiar disposta ou em condições de assumir os cuidados dos filhos destituídos.

Um dos efeitos da sentença de Destituição é a averbação à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente destituído, conforme descrito no artigo 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “a sentença que decretar a perda ou suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente” (BRASIL, 1990, p. 1).

De modo que se extingue a responsabilização jurídica, no intuito de proteger os filhos das violências dos genitores, não havendo o rompimento do vínculo parental, muito menos a exclusão do nome do pai destituído da certidão de nascimento do filho. Nessa linha, faz-se necessário esclarecer a diferença entre averbar a sentença no registro e cancelar o registro. A averbação consiste na anotação das ocorrências no registro de nascimento da infante, mantendo-se os dados do registro de nascimento.

O cancelamento rompe todos os vínculos tantos jurídicos como familiares, ocorrendo somente com adoção, em que se cancela o registro anterior com a confecção de novo documentos, com novos vínculos familiares e parentescos, em relação ao casal

adotante, conforme disposto no artigo 41 do referido Estatuto: “a adoção atribui a condições de filho ao adotando, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais” (BRASIL, 1990, p. 1). Ou seja, somente adoção desobriga os pais dos alimentos, pois se estabelece uma nova filiação e parentesco.

Nessa direção, conclui-se que a Destituição do Poder Familiar não retira dos pais a obrigação alimentar os filhos, mesmo porque, se provada a superação dos motivos que geraram a sentença de Destituição, os pais podem requerer a Restituição do Poder Familiar, desde que seus filhos não estejam adotados. Maciel et al., (2021, p. 896) o que demonstra que os vínculos de filiação não deixaram de existir:

Consoante já explanado no capítulo do poder familiar, é perfeitamente possível o pedido judicial de recuperação pelos pais do encargo perdido, quando não ocorrente a cessação do vínculo de parentesco com o filho (adoção), posto que extingue definitivamente o poder familiar dos pais biológicos. Nesta última hipótese é evidente a impossibilidade jurídica do pedido, diante da vedação do art. 41, caput do ECA. Ainda sobre as condições da ação em tela, se o poder familiar foi extinto em função da emancipação, da maioridade, da adoção ou pelo falecimento dos pais ou do filho, o pedido configura-se impossível. A ação de restituição, portanto, poderá ser proposta pelo legítimo interessado, no caso, os pais destituídos do poder familiar, como também, com mais raridade, pelo filho cujos pais tenham perdido este encargo

É importante lembrar que os efeitos da sentença de Destituição do poder familiar incorrem somente contra o genitor que promoveu a violação dos direitos do filho e o filho que foi a vítima do abuso do poder familiar. O efeito da sentença não se estende a todos os filhos ou a todos os genitores. Aos demais filhos deverão ser aplicadas medidas para protegê-los de possíveis violações, a fim de preservar o princípio da correspondência entre o pedido e a sentença, conforme orienta Maciel (2021), em seu livro *Curso de Direito da Criança e do adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*:

Temos para nós que os efeitos do decisor de destituição ou de suspensão deverão afetar apenas a relação jurídica entre o genitor destituído e o filho alvo dos atos que ensejaram a perda ou a suspensão do poder familiar, havendo pedido expresso neste sentido. Quanto aos demais filhos, deverão ser aplicadas medidas protetivas para resguardar os seus direitos (art. 101 do ECA) e, se houver causa suficiente, apenas suspender-se o poder familiar, sob o risco de afrontar o princípio da correspondência entre o pedido e a sentença.

## **A MANUTENÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR PARA OS PAIS DESTITUÍDOS DO PODER FAMILIAR**

Com base no princípio de melhor interesse e proteção integral, na Constituição Federal, esta já determinou em seu artigo 229 que os pais têm o dever de assistir, educar e criar seus filhos menores (BRASIL, 1988). Vale ressaltar que esse dever se refere a todos os pais, inclusive àqueles destituídos, cuja obrigação se mantém, mesmo após a sentença de Destituição do Poder familiar, pois o direito de alimentos se mantém pelo grau parentesco, o que se extingue apenas com adoção, já que o adotando passa a ser filho por adoção do adotante, mantendo-se anotações apenas para fins matrimoniais.

Isso corrobora o que disse Camila Orlandi: “enquanto não há colocação da criança ou adolescente em nova família, os deveres e os vínculos familiares com os genitores continuam existindo. O que a sentença que decreta a destituição do poder familiar, de fato, determina é o afastamento dos pais de tal poder”.

Conforme resolveu o Superior Tribunal de Justiça uma REsp n. 1.698.728/MS, relator Ministro Moura Ribeiro, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/5/2021, DJe de 13/5/2021.)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ADOÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ABANDONO AFETIVO. CABIMENTO. EXAME DAS ESPECÍFICAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DA HIPÓTESE. CRIANÇA EM IDADE AVANÇADA E PAIS ADOTIVOS IDOSOS. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL QUE DEVE SER

COMPATIBILIZADA COM O RISCO ACENTUADO DE INSUCESSO DA ADOÇÃO. NOTÓRIA DIFERENÇA GERACIONAL. NECESSIDADE DE CUIDADOS ESPECIAIS E DIFERENCIADOS. PROVÁVEL AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO OU PREPARAÇÃO DOS PAIS. ATO DE ADOÇÃO DE CRIANÇA EM AVANÇADA IDADE QUE, CONQUANTO LOUVÁVEL E NOBRE, DEVE SER NORTEADO PELA PONDERAÇÃO, CONVICÇÃO E RAZÃO. CONSEQUÊNCIAS GRAVES AOS ADOTANTES E AO ADOTADO. PAPEL DO ESTADO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO DE ADOÇÃO. CONTROLE DO ÍMPETO DOS ADOTANTES. ZELO PELA RACIONALIDADE E EFICIÊNCIA DA POLÍTICA PÚBLICA DE ADOÇÃO. FALHA DAS ETAPAS DE VERIFICAÇÃO DA APTIDÃO DOS PAIS ADOTIVOS E DE CONTROLE DO BENEFÍCIO DA ADOÇÃO. FATO QUE NÃO ELIMINA A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS QUE PRATICARAM ATOS CONCRETOS E EFICAZES PARA DEVOLUÇÃO DA FILHA ADOTADA AO ACOLHIMENTO. CONDENAÇÃO DOS ADOTANTES A REPARAR OS DANOS MORAIS CAUSADOS À CRIANÇA. POSSIBILIDADE. CULPA CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. VALOR DOS DANOS MORAIS. FIXAÇÃO EM VALOR MÓDICO. OBSERVÂNCIA DO CONTEXTO FÁTICO. EQUILÍBRIO DO DIREITO À INDENIZAÇÃO E DO GRAU DE CULPA DOS PAIS, SEM COMPROMETER A EFICÁCIA DA POLÍTICA PÚBLICA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. CONDENAÇÃO DOS PAIS DESTITUÍDOS A PAGAR ALIMENTOS. POSSIBILIDADE. ROMPIMENTO DO PODER DE GESTÃO DA VIDA DO FILHO, MAS NÃO DO VÍNCULO DE PARENTESCO. MAIORIDADE CIVIL DA FILHA. FATO NOVO RELEVANTE. RETORNO DO PROCESSO AO TRIBUNAL COM DETERMINAÇÃO DE CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO BINÔMIO NECESSIDADE DA ALIMENTADA E POSSIBILIDADE DOS ALIMENTANTES.

Para melhor compreensão, é imprescindível relembrar que o procedimento após a sentença de destituição transitada em julgado, é a averbação da certidão de nascimento da referida criança ou adolescente da destituição do poder familiar, mas não ocorre o cancelamento da certidão. Conforme preconiza o artigo 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu parágrafo único: “a sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada á margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente” (BRASIL, 1990, p. 1).

Nota-se que apesar de destituída, mantêm-se a certidão de nascimento bem como todos os vínculos parentescos. O cancelamento ocorrerá somente quando a criança ou o adolescente for posto em família substituta através da adoção, cancelando o registro de nascimento original e fazendo novo registro com o nome dos pais adotantes, rompendo, dessa forma, os vínculos biológicos com os pais e outros familiares, conforme o artigo 41 do referido Estatuto: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais” (BRASIL, 1990, p. 1).

Portanto, a destituição do poder familiar não rompe os vínculos parentais entre os pais e os filhos, ficando evidentes as obrigações e deveres de alimentos em relação aos filhos, pois estes serão postos sob a guarda de outros, sejam parentes ou o Estado, o que não impede dos pais de prestarem alimentos. Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. [...] § 4o Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público (BRASIL, 1990, p. 1).

Os alimentos devem ser entendidos como todas as necessidades básicas e fundamentais para a sobrevivência dos filhos, satisfazendo as necessidades materiais de habitação, sustento, instrução, bem como garantir o estilo de vida do alimentando, o professor Rolf Madaleno: Os alimentos estão relacionados com o sagrado direito à vida e representam um dever de amparo dos parentes, cônjuges e conviventes, uns em relação aos outros, para suprir as necessidades e as adversidades da vida daqueles em situação social e econômica desfavorável. Como dever

de amparo, os alimentos derivam da lei, têm sua origem em uma disposição legal, e não em um negócio jurídico, como acontece com outra classe de alimentos advindos do contrato ou do testamento, ou os alimentos indenizativos, e são destinados a satisfazer as indigências materiais de sustento, vestuário, habitação e assistência na enfermidade, e para responder às requisições de índole moral e cultural, devendo as prestações atender à condição social e ao estilo de vida do alimentando, assim como a capacidade econômica do alimentante, e, portanto, amparar uma ajuda familiar integral (MADALENO, 2021, p. 387).

Garantia essa que não se extingue automaticamente com a maioridade, devendo o alimentante demonstrar que o alimentando está em condições de sobreviver de forma independente. Assim, tem-se que o direito de alimento não se extingue automaticamente com a maioridade civil, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul do TJ-RS - AC: 70074839143 RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 24/10/2017, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/10/2017).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. FILHA MAIOR E ESTUDANTE. O implemento da maioridade por si só não é capaz de afastar a obrigação alimentar prestada aos filhos. Obrigação parental. O poder familiar cessa quando o filho atinge a maioridade civil, mas não desaparece o dever de solidariedade decorrente da relação parental. Se o filho precisa de alimentos para garantir a frequência regular a estabelecimento de ensino, como complemento da sua educação, que é dever residual do poder familiar, está o pai obrigado a auxiliá-lo, sendo inviável a exoneração pretendida pelo alimentante. Inteligência do Artigo 1.694 do Código Civil. Ausência de prova dos rendimentos do apelante a demonstrar alteração nas suas possibilidades. Apelação desprovida. (Apelação Cível No 70074839143, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 24/10/2017).

Dessa forma, verificam-se algumas hipóteses da cessação da obrigação de prestação de alimentos dos pais em relação aos filhos, como já dito: a maioridade civil, desde que o alimentando não mais necessite do auxílio; o falecimento do alimentado,

devido ao caráter personalíssimo da obrigação; outras hipóteses previstas no artigo 1708 do Código Civil Brasileiro, que ocorrem quando o alimentado realiza casamento, ou resolver estabelecer a união estável; assim como cessa o direito de alimentos àquele que tem uma alteração financeira, alcançando condições de subsistência, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina do TJSC, Apelação Cível n. 0900091-81.2018.8.24.0037, de Joaçaba, rel. Des. Rosane Portella Wolff, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 04-04-2019.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR, CUMULADA COM ALIMENTOS. SENTENÇA QUE ACOLHEU A PRETENSÃO DESTITUTIVA. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ALIMENTOS. PRETENDIDA A IMPOSIÇÃO DO PAGAMENTO DE VERBA ALIMENTAR À GENITORA DESTITUÍDA. SENTENÇA OMISSA NO PONTO. PRINCÍPIO DA CAUSA MADURA. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.013, §3º, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO POR ESTA CORTE. DOCUMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA PROCEDER AO JULGAMENTO DA QUESTÃO. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR QUE DECORRE, EM RAZÃO DA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR, DA RELAÇÃO DE PARENTESCO E DA SOLIDARIEDADE. QUANTIFICAÇÃO DO PENSIONAMENTO EM OBSERVÂNCIA À DISPOSIÇÃO DOS ARTS. 1.694, § 1º, E 1.695, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. TRIÁDE POSSIBILIDADE PROPORCIONALIDADE. NECESSIDADE NECESSIDADES ADOLESCENTE ALIMENTANDA QUE SÃO PRESUMIDAS. PARCA POSSIBILIDADE FINANCEIRA DA ALIMENTANTE. IMPOSSIBILIDADE DE CUSTEIO DO VALOR SUGERIDO PELO ÓRGÃO MINISTERIAL. ARBITRAMENTO EM QUANTIA INFERIOR QUE SE JUSTIFICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DAADVOGADA NOMEADA PARA DEFENDER OS INTERESSES DA REQUERIDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Denota-se, então, que apesar de alguns direitos e deveres dos genitores serem extintos com a sentença, mantém-se a obrigação de alimentos dos filhos, mesmo quando os infantes estão sob os cuidados do Estado, ou sob a responsabilidade de famílias acolhedoras. Caso contrário, seria uma injustiça com aqueles pais

que são obrigados a pagar alimentos, por apenas viverem em ambientes diferentes, devido ao divórcio ou outro motivo que os impeçam de conviver diariamente com seus filhos.

Esses genitores não cometeram nenhum ato reprovável em relação aos filhos; mesmo assim, se não cumprirem com suas obrigações, podem ser penalizados de forma dura, até mesmo levados à prisão. Na verdade, se Destituição do Poder Familiar desobrigasse os genitores a prestar alimentos, isso feriria um dos princípios da boa fé objetiva: "*venire contra factum proprium*". Esse princípio impede que se beneficie de uma ação provocada, que seria um comportamento contraditório, pois os genitores deixaram de cumprir com suas obrigações para garantir os direitos fundamentais dos filhos, sendo necessária a intervenção do Estado e ainda seria beneficiado com a isenção da obrigação de alimentar sua prole, como bem disse Pereira (2020, p. 1):

Deste modo, não é correto, moral, justo e até mesmo jurídico permitir que o genitor que se valeu da conduta de abandonar o filho venha posteriormente a agir de forma contrária, isto é, que utilize a posição jurídica que ignorou para exigir do filho assistência na velhice em caso de eventual necessidade.

Portanto, o abandono da prole, ferindo sua dignidade, não pode deixá-la à própria sorte, à mercê da vida, sendo que os genitores que não se demonstraram capazes de garantir os direitos constitucionais de seus filhos sejam responsabilizados, no mínimo, pelos alimentos necessários à sobrevivência da criança e do adolescente até que se demonstrem condições desnecessárias à sua manutenção.

## CONCLUSÃO

Da análise da evolução histórica do Poder Familiar, observa-se que antes tinha a nomenclatura Pátrio Poder porque todo o poder estava sob o pai, especificamente sob a figura masculina. Com a evolução da sociedade, verificou-se que era necessário mudar o entendimento para que a família se constituísse de forma

mais elástica, considerando também a família que não possui figura masculina. Além disso, o poder familiar passou o entendimento que os filhos não são posse de seus genitores, mas pessoas em desenvolvimento, devendo ser respeitados e tratados como tal, sob pena de violar a dignidade da pessoa humana.

Principalmente após a Constituição observou-se que os filhos também têm direitos e obrigações. Nesse sentido que se passou a discutir sobre os alimentos dos filhos que têm seus pais destituídos por não cumprirem seus deveres paternos, cujo descumprimento pode ocorrer por ação, de forma excessiva, ou omissão.

Casos em que é necessária a intervenção do Estado, através do Judiciário, para garantir os direitos fundamentais das crianças ou adolescentes. Para isso, é necessária, na maioria das vezes, a destituição do Poder familiar, colocando os filhos sobre a proteção do Estado, através de Instituição de acolhimento ou sob família extensa. Porém, não se pode esquecer que esses filhos necessitam continuar o processo de desenvolvimento, e para isso, se fazem necessários os alimentos para ajudar a custear suas atividades diárias.

No entanto, é comum o entendimento que após destituídos, os pais não têm mais obrigação sobre os filhos. Mas o que desvincula a obrigação de alimentos é o rompimento do vínculo parentesco, que só ocorre com a adoção. Não ocorrendo a adoção, é dever dos pais os alimentos dos filhos, ainda que estes estejam sobre a guarda do Estado.

Quando ocorre a sentença de Destituição do Poder Familiar, é encaminhada ao Cartório de Registro Civil a ordem para anotação da referida sentença na Certidão de Nascimento do filho em questão, mantendo-se a certidão e conseqüentemente o nome dos genitores e avós, de modo que a Destituição do poder paternal retira a autoridade de gerir a vida do filho, mas não o desvincula do núcleo familiar original, ainda que este não continue vivendo no mesmo ambiente.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm) Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: Acesso em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) 10 abr. 2023.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm) Acesso em: 10 abr. 2023.

CABRAL, Edson de Almeida. Poder familiar e a lei da palmada: preocupação necessária ou a presença do “facismo do bem”? *Virtú: Direito e Humanismo*, Brasília, Ano 5, n. 12, v. 1, jan.-jun.2015, ISSN 2238-0779.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo, A. et al. Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

MADALENO, Rolf. Manual de Direito de Família. 4. ed. Grupo GEN, 2021.

PEREIRA, Michael Douglas Estevam. A possibilidade do afastamento da obrigação alimentar do filho ante o abandono familiar na infância. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55274/a-possibilidade-do-afastamento-da-obrigacao-alimentar-do-filho-ante-o-abandono-familiar-na-infancia> Acesso em: 10 abr. 2023.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Poder familiar e guarda compartilhada. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. STJ. REsp n. 1.698.728/MS, relator Ministro Moura Ribeiro, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/5/2021, DJe de 13/5/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1207027719/inteiro-teor-1207027776> Acesso em: 10 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. TJSC. Apelação Cível n. 0900091-81.2018.8.24.0037, de Joaçaba, rel. Des. Rosane Portella Wolff, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 04-04-2019.

\_\_\_\_\_. TJMS. Apelação Cível n. 0900033-78.2018.8.12.0048, Rio Negro, 1a Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 21/11/2019, p: 01/12/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ms/803017899/inteiro-teor-803017999> Acesso em: 10 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. TJMS. Apelação Cível n. 0801368-71.2014.8.12.0014, Maracaju, 3a Câmara Cível, Relator (a): Des. Nélio Stábile, j: 23/08/2016, p: 30/08/2016.

\_\_\_\_\_. TJ-RS. AC: 70074839143 RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 24/10/2017, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/10/2017.

# PREVISÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO BEM DE FAMÍLIA

Áurea Maria Gomes Dias  
Jaqueline Karina Rodrigues de Lima  
Fernando Coelho Mirault Pinto  
João Carlos Lima de Oliveira

## INTRODUÇÃO

No decorrer do tempo, a sociedade vem passando por muitas transformações no que tange as questões familiares, contudo o direito ao bem de família mantém-se tratado com excepcional proteção. Deste modo, quando consideramos o bem de família o conceito geral descreve como sendo o imóvel, urbano ou rural, utilizado como residência da entidade familiar, decorrente de casamento, união estável, entidade monoparental, ou entidade de outra origem, protegido por previsão legal específica, com direito assegurado pelo estado, haja vista que, o bem de família está estritamente relacionado a um direito humano fundamental, o direito a moradia.

A Constituição Federal prevê direitos fundamentais do indivíduo, dentre eles, a proteção da dignidade humana (art. 1o, III, CF/88), da solidariedade social (art. 3o, CF) e da igualdade lato sensu, o direito à moradia, sendo este uma exteriorização do princípio de proteção da dignidade da pessoa humana pelo art. 6o CF/88, art. 7o IV CF/88, e art. 23º IX CF/88, isonomia (art. 5o, caput, CF/88), bem como com a proteção à família (art. 226, CF), tida como uma das principais BASES da sociedade e especialmente resguardada pelo Estado, nos termos a seguir destacados:

Art. 1o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do

trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional no 66, de 2010) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. O princípio da isonomia está presente no artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, que dispõe: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

A dignidade da pessoa humana, para a vida em sociedade, é comando constitucional inafastável, garantidor de substâncias basilares ao indivíduo, cuja inobservância é capaz de afetar negativamente as convivências coletivas e a própria democracia, uma vez que a dignidade da pessoa humana “é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito. Há um razoável consenso de que ela constitui valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente previstas nas suas constituições. (BARROSO, 2012).

No entanto, conforme se extrai do art. 3º, VII- por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, da Lei nº 8.009/90 uma das exceções à impenhorabilidade do bem de família legal refere-se ao imóvel de residência do fiador de locação. Diante disso, surge o seguinte questionamento: como podemos defender o bem de família a partir da previsão constitucional?

A Constituição Nacional brasileira, tem por sua vez, previsão de defender os direitos da sociedade, construindo assim uma sociedade livre, justa, solidária com garantias de direitos. O bem de família está entre os direitos, a ser defendido constitucionalmente. Considerando que a família é base da sociedade a partir de sua constituição é que se desenvolve uma sociedade, de acordo com Art.1º da Lei nº 8.009/1990; O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. O parágrafo único, por sua vez, traz que a impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

A jurisprudência do STJ, ao interpretar e aplicar a Lei 8.009/90, direciona-se massivamente a uma amplitude conceitual e à máxima proteção da família, preocupando-se em resguardar o bem de

família legal em inúmeras hipóteses, estendendo a rateio da norma. Separamos algumas formulações do Pretório Excelso a fim de comprovar, prima facie, essa linha: O STJ sumulou que a Lei 8.009/90 tem eficácia retroativa, atingindo penhoras constituídas antes de sua entrada em vigor. Eis o enunciado da Súmula 205 do STJ: a Lei no 8.009 de 29 de março de 1990, aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência.

De acordo com Súmula nº 364 do STJ, tem como conceito de impenhorabilidade de bem de família e abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

Atualmente, o entendimento do STJ acerca da execução de bem de família, mantém impenhorável o bem de família oferecido também como caução, em contrato de locação comercial, decisão da Quarta Turma. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) considerou impenhorável o bem de família oferecido como caução em contrato de locação comercial.

Nesse mesmo entendimento a Súmula nº 486 STJ, esclareceu que o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família, não é permitido a penhora. Havendo por tanto uma hipótese em que não se aplica à impenhorabilidade do bem de família, de acordo com o Art. 4o, caput e § 1o, da Lei no. 8.009/90, dispõe tanto de uma hipótese quanto de uma exceção acerca da impenhorabilidade do bem de família. A exceção à impenhorabilidade é representada pelo insolvente de má-fé que adquire imóvel mais valioso para transferir a residência familiar.

Súmula nº 375 do STJ: "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente." De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente. 2. Nos casos em que não houver registro prévio da existência de ação contra o alienante do imóvel

ou de penhora na matrícula do imóvel alienado a terceiro, caberá ao credor comprovar a má-fé por parte do adquirente."

Em concordância a inteligência das súmulas supracitas, conclui-se que a família unipessoal também está protegida pela ordem jurídica brasileira. Isso reforça a máxima de que todos são iguais perante a lei, nos termos do art. 5º, caput, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Partindo destes apontamentos, é possível enfatizar que, o tema abordado é de grande relevância para sociedade jurídica e para toda população em geral, trata-se de um assunto gerador de perguntas e requer cuidados. Após ser decretada a lei 8.245/1991, chamada lei do inquilinato, houve alterações no art. 3º da lei 8.009/90, foi modificado, incluindo-se como exceção a impenhorabilidade do bem de família, a dívida decorrente de fiança concedida em contrato de locação, sendo assim entende-se que o fiador garante o pagamento caso o devedor não pague, e que este tenha a livre escolha de assinar ou não.

A partir disso, o presente estudo buscará demonstrar que o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/1990 carece de constitucionalidade, uma vez que fere o princípio da isonomia e da razoabilidade, sem contar o fato de ferir o direito fundamental à moradia incluído pela Emenda Constitucional no 26/2000. Ainda, visa em analisar a tese que prevalece no Supremo Tribunal Federal sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador, demonstrando ser essa previsão inconstitucional, selecionando correntes doutrinárias que visam defender a tese abordada através de pesquisa bibliográfica. Por fim, será apresentado suporte jurisprudencial sobre a matéria em análise, que apresenta, principalmente, suporte teórico básico a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais.

Assim, ainda que não exista previsão legal e que confronte com o elencado no inciso VII do art. 3º, da Lei no 8.009/90, não deve o fiador (em regra devedor subsidiário) suportar constrição maior do que o devedor principal perante o contrato de locação, bem como deve ter seu bem de família resguardado, sendo que, o que

for de desencontro com tal hipótese viola gravemente os fundamentos do Estado e os direitos fundamentais do ser humano, dentre os quais, a proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1o, III, da CF/88), da qual decorre a proteção constitucional da moradia (art. 6o da CF/88) e a isonomia (art. 5o, caput, da CF/88).

Caso em consciência venha assinar devera sim ter seu bem de família penhorado para pagar o contrato garantidor, evidenciando-se a veracidade das funções do fiador no contrato de locação de imóvel, onde o devedor principal não quitando seu débito caberá o fiador responder pela dívida contraída pelo afiançado, passando a ser o devedor totalmente responsável pela dívida. De acordo com o Código de Processo Civil (CPC), existem hipóteses de impenhorabilidade que especifica a ideia de que a execução não deve ocasionar a ruína, a fome e o desabrigo do devedor.

Ainda sim amparados pela constituição federal no art. 6º, o direito à moradia esta elencado aos direitos sociais (educação, saúde, trabalho, lazer, etc.), juntamente com o princípio da dignidade humana se refere a garante das necessidades vitais de cada indivíduo, é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1o, III da constituição federal, sendo fundamento basilar da República.

Considerando que a família é uma instituição básica e essencial, formada de unidade social estrutural, a de ser protegida como um bem jurídico indivisível dos seus membros. Representando, portanto, maior patrimônio dos que há integram, sendo assim merecedores de um a proteção integral. Para melhor compreensão da temática proposta, no primeiro momento, o referencial teórico aponta o conceito acerca do bem de família. em seu tratamento dualista no

sistema jurídico brasileiro. Serão expostas o conceito de bem de família, bem como as suas espécies na civilística nacional. Por conseguinte, buscará enfrentar a tutela do bem de família do fiador na locação imobiliária, trazendo disposições acerca do controle de constitucionalidade, trabalhar também com a ideia dos princípios fundamentais do Estado, notadamente o princípio da dignidade da

pessoa humana e o mínimo existencial, a proteção constitucional da moradia e a isonomia.

Em seguida será apresentado e abordado a exceção legal da impenhorabilidade do bem de família, relativa ao fiador da locação imobiliária, constante do art. 3º, inciso VII, da Lei 8.009/1990, o cerne desse estudo, trazendo posicionamento jurisprudenciais e doutrinários relativos à temática, para então realizar uma análise crítica quanto à atual posição do Supremo

Tribunal Federal ao reconhecer a constitucionalidade de tal dispositivo.

A metodologia empregada neste estudo tem como base uma pesquisa documental e bibliográfica que de acordo com Marconi e Lakatos (2010) a revisão bibliográfica procura explicar e discutir um tema com base em referências teóricas publicadas em livros, revistas, periódicos e outros. Também busca conhecer e analisar, conteúdos científicos sobre determinado tema, considerando leis, doutrinas, jurisprudências, artigos e outros materiais que possam contribuir para as discussões acerca da temática proposta. Os descritores da pesquisa foram: constitucionalidade, bem de família, Lei n. 8009 de 29 de março de 1990.

Para atingir os objetivos propostos, o material pesquisado passou por uma análise qualitativa para posterior discussão e embasamento do trabalho, buscando-se estudar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial. O método é o descritivo explicativo, visto que, este tipo de pesquisa preocupa-se em identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos (GIL, 2007). Ou seja, este tipo de pesquisa explica o porquê das coisas através dos resultados oferecidos. Segundo Gil (2007, p.43), uma pesquisa explicativa pode ser a continuação de outra descritiva, posto que a identificação de fatores que determinam um fenômeno exige que este esteja suficientemente descrito e detalhado.

## FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA: CONCEITUANDO O BEM DE FAMÍLIA

O bem de família originou-se no direito americano, ao contrário de boa parte dos institutos do direito privado, que são oriundos do direito romano. O instituto nasceu na antiga República do Texas, sendo o objeto a ser protegido, naquela oportunidade como sendo “uma pequena propriedade agrícola, residencial, da família, consagrada à proteção desta” (VELOSO, 1990; AZEVEDO, 2007, p. 102).

Neste mesmo sentido, cabe apontar que “o bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde ela se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade”, o que se correlaciona ao direito à moradia. O imóvel é residencial quando servir de local em que se estabeleça uma família, centralizando suas atividades. Ele é, propriamente, o domicílio familiar, em que existe a residência de seus integrantes, em um lugar (elemento objetivo), e o ânimo de permanecer (elemento subjetivo), de estar nesse local, em caráter definitivo (AZEVEDO, 2019, p. 518).

Stolze (2013, p. 393), conceitua o bem de família como “o bem jurídico cuja titularidade se protege em benefício do devedor – por si ou como integrante de um núcleo existencial, visando à preservação do mínimo patrimonial para uma vida digna”. Corroboram Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013 p. 945) ao afirmar que, “esse regime protetivo do bem de família ganha contornos ainda mais nítidos com a regra constitucional da garantia do domicílio como um direito social (CF, art. 6o), passando a decorrer da própria afirmação do patrimônio mínimo da pessoa humana.” Assim, quanto a instituição do bem de família é imprescindível pontuar que, “é uma forma da afetação de bens a um destino especial que é ser a residência da família, e, enquanto for, é impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição,

salvo as provenientes de impostos devidos pelo próprio prédio” (PEREIRA 2004, p.557-8).

O bem de família convencional pode ser instituído pelos cônjuges, pela entidade familiar ou terceiro, constituindo-se pelo registro do seu título no Registro de Imóveis, desde que consista em imóvel residencial, rural ou urbano (incluídos os bens acessórios que o compõem). “O direito real de habitação assegurado ao cônjuge e ao companheiro sobrevivente, apesar de dispor da mesma natureza protetiva, não se confunde com a noção de mínimo vital nem pode ser reconhecido como bem de família (DIAS, 2016, p. 614)”. Assim, o bem se tornará isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, ressalvadas as exceções previstas em lei.

A Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, veio ampliar o conceito de bem de família, que não depende mais de instituição voluntária, mediante as formalidades previstas no Código Civil. Agora, como foi dito, resulta ele diretamente da lei, de ordem pública, que tornou impenhorável o imóvel residencial, próprio do casal, ou da entidade familiar (GONÇALVES, 2017, p. 589)

No início do século XIX, os Estados Unidos, recém separados da Inglaterra, sofriam com uma crise que proporcionou a quebra de diversos estabelecimentos. Aproximadamente mil bancos fecharam e as famílias, sofrendo com as execuções das dívidas vencidas, necessitavam de uma legislação que as socorresse. Foi então que em 1839, no Estado do Texas, antes de sua anexação aos Estados Unidos da América, foi promulgado o *Homestead Exemption Act* com o objetivo de fixar as famílias na região, este ato normativo garantia a cada cidadão determinada porção de terra, deixando-as livre de eventual excussão forçada (MADALENO, 2018, p. 1413).

Ao lado de seu intuito político e social, surgiu, desta maneira, como forma de garantir o abrigo familiar, e, em pouco tempo, se espalhou pelo território dos Estados Unidos e transcendeu suas fronteiras, sendo adotado por outros países e por outros povos, com as devidas adaptações. Sob o prisma constitucional de prevalência do valor humano sobre o direito de propriedade, o

abrigo familiar não pode mais ser visto como reserva de capital e garantia patrimonial, mas deve ser reconhecido em razão de sua finalidade social, de realização de direitos humanos e de elementar necessidade, no propósito de preservar uma moradia familiar, ou mesmo uma pessoa só, conforme restou, inclusive, enunciado pelo STJ na Súmula n. 364 (MADALENO 2018, p. 1.415).

No Brasil, o bem de família teve sua primeira aparição no Código Civil de 1916. Embora o instituto não constasse do projeto de Clóvis Beviláqua, foi inserido por emenda proposta pelo

Senado Federal, na Parte Geral do citado diploma legal, entre os artigos 70 a 73, o que não agradou aos juristas, dado o caráter claramente familiar do instituto. Mais adiante, foram editados decretos estabelecendo limites aos valores da instituição do bem de família. Em 1973, a Lei 6.015, Lei dos Registros Públicos, estabeleceu o trâmite de sua constituição. A Lei 8.009 de 29 de março de 1990 instituiu no ordenamento pátrio o hoje chamado bem de família legal e a reforma do Código Civil de 1916 realocou o bem de família de constituição convencional na parte especial do Codex, no livro de direito de família, vigorando até o ano de 2002, quando o novo Código Civil entrou em vigor, trazendo novas regras para sua constituição convencional sem, no entanto, revogar a Lei 8.009/90.

Outro conceito que esclarece o direito do bem de família como impenhorável, é do autor Álvaro Villaça Azevedo (2002, p. 93) que diz: "O bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde ela se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade." O motivo da criação desse instituto, embora não exaustivo, deveu-se à ocupação dos Estados Unidos, quando alguns imigrantes receberam vultosos empréstimos e depois alguns bancos fecharam causando crise econômica e empobrecimento das pessoas, de modo que seus bens foram hipotecados a preços irracionais.

Dessa forma, pode-se concluir que a finalidade princípio instituição do bem de família foi reconhecida e incorporada ao

ordenamento jurídico brasileiro, apresentando-o como mais um núcleo protetor da família ou entidade familiar. Este instituto tem como base a Constituição

Federal de 1998, no que tange ao disposto no artigo 226, caput, pois tem por finalidade promover a família e o ente familiar como os principais beneficiários desta proteção especial do Estado.

Segundo Silvio Salvo Venosa (2006, p. 408), o bem de família instituído nos Estados Unidos, tinha como fundamento a proteção de penhora sobre o bem imóvel protegendo a propriedade, contudo, no Brasil, o mesmo instituto tem por finalidade o amparo à moradia, "O homestead nos Estados Unidos é a isenção de penhora sobre uma pequena propriedade. Em nosso país, a lei oferece à família o amparo de moradia.

No Brasil, a instituição do bem de família surge através de diversos esforços que têm rendido resultados relacionados a esses esforços, vale mencionar que inicialmente por meio do projeto de Coelho Rodrigues, esse instituto foi utilizado, no âmbito do Direito de Família, com disposições legais como a constituição da casa de família, garantida nas suas disposições de 2079 a 2090. Várias outras propostas foram feitas para tentar constituir o bem de família em nosso ordenamento jurídico, o que só obteve sucesso quando foi incluído no Código Civil Brasileiro de 1916, onde foi incluído no Registro Civil e depois transferido para o Livro de Bens, na mesma seção geral.

## **BEM DE FAMÍLIA – VOLUNTÁRIO OU CONVENCIONAL E LEGAL OU OBRIGATÓRIO**

Há duas espécies de bem de família no ordenamento jurídico brasileiro: o convencional e o legal, valendo ressaltar que as duas categorias não se confundem, não havendo discordância entre elas, pelo fato de possuírem definições jurídicas diferentes. O bem de família legal e o convencional, reconhecendo-se que este diz respeito ao instituto disciplinado no Código Civil (artigos 1711 a 1722) e aquele ao regulado pela Lei n. 8.009/1990, sendo acerca

desta o presente estudo. Bem de família voluntário ou convencional (artigos 1.711 a 1.722 do CC): pode ser instituído pelos cônjuges, pela entidade familiar ou por terceiro, mediante escritura pública ou testamento, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido das pessoas que fazem a instituição – o limite estabelecido pela legislação visa proteger eventuais credores (art. 1.711 do CC).

O bem de família convencional ou voluntário é aquele imóvel protegido em razão de ato espontâneo da parte interessada, através de registro público no cartório de imóveis, conferindo publicidade para justificar a impenhorabilidade e inalienabilidade do bem Farias e Rosendal (2015, p. 806): TRT 9.a R., Proc. 17606-2001-651-09-00-6; Ac. 34972-2007, Seção Especializada, Rel. Des. A Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu, DJPR 27.11.2007).

[...] 4. O momento evolutivo da sociedade brasileira tem sido delineado de longa data no intuito de salvaguardar e elastecer o direito à impenhorabilidade ao bem de família, de forma a ampliar o conceito e não de restringi-lo, tomando como base a hermenêutica jurídica que procura extrair a real pretensão do legislador e, em última análise, a própria intenção da sociedade relativamente às regras e exceções aos direitos garantidos conforme [...] (Resp 1351571/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, quarta turma, julgado 27/06/2016, Dje 11/11/2016). O termo bem de família involuntário, igualmente conhecido como legal ou obrigatório, permite compreender que o Estado é o seu instituidor, por meio de norma de ordem pública, sendo desnecessária qualquer manifestação de vontade do particular (AZEVEDO, 2019, p. 511). Dessa maneira, o bem de família Legal ou Obrigatório (Lei 8009/90): determina a impenhorabilidade do imóvel residencial, independentemente da instituição do bem de família convencional. O bem de família legal é instituído sem uma série de formalidades que o convencional possui, por exemplo, não depende de escritura, de registro, e não torna o imóvel inalienável. Isso justifica a Súmula 205 do STJ, segundo a qual a Lei 8.009/1990 tem eficácia retroativa, atingindo as penhoras constituídas antes da sua entrada em vigor. Trata-se do que denominamos retroatividade motivada ou justificada, em prol das normas de ordem pública. Sendo norma de ordem pública no campo processual, a impenhorabilidade do bem de família legal pode ser conhecida de ofício pelo juiz.

Posto isto, sobre o bem de família obrigatório é preciso ressaltar que, “ o instituidor dessa modalidade é o próprio Estado, que a impõe por norma de ordem pública em defesa do núcleo familiar, e independe de ato constitutivo e, portanto, de registro no Registro de Imóveis.” (GONÇALVES 2011 p.589).

É válido destacar que as exceções à impenhorabilidade previstas no artigo 1.715 do Código Civil não se confundem com aquelas dispostas no artigo 3.o da Lei do Bem de Família, importante observação de Flávio Tartuce (2020), que chama a atenção do intérprete para tal distinção. Para que haja a proteção prevista em lei, é necessário que o bem seja imóvel residencial, rural ou urbano, incluindo a proteção a todos os bens acessórios que o compõem, caso inclusive das pertenças (art. 1.712 do CC).

A proteção poderá abranger valores mobiliários, cuja renda seja aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família. (TARTUCE, 2015, p.160) Constituindo novidade, pelo art. 1.713 do CC os valores mobiliários não poderão exceder o valor do prédio instituído, diante do seu flagrante natureza acessória. Tais valores, ademais, devem ser individualizados no instrumento de instituição do bem de família convencional (art. 1.713, § 1.o, do CC). Se se tratar de títulos nominativos, a sua instituição como bem de família também deverá constar dos respectivos livros de registro (art. 1.713, § 2.o, do CC). Eventualmente, o instituidor da proteção pode determinar que a administração desses valores seja confiada a uma instituição financeira, bem como disciplinar a forma de pagamento das rendas a todos os beneficiários (art. a) b) c) 1.713, § 3.o, do CC). Nessas hipóteses, a responsabilidade dos administradores obedecerá às regras previstas para o contrato de depósito voluntário (arts. 627 a 646 do CC). (TARTUCE, 2015, p.160)

A instituição do bem de família convencional deve ser efetuada por escrito e registrado no Cartório de Registro de Imóveis do local em que ele está situado (art. 1.714 do CC). Em todos os casos, pela regra especial e expressa do art. 1.711 do CC, há necessidade de escritura pública ou testamento, não importando o valor do imóvel. Assim, não merecerá aplicação o art. 108 do CC,

que dispensa a elaboração de escritura pública nos negócios envolvendo imóveis com valor igual ou inferior a trinta salários-mínimos. (TARTUCE, 2015, p.160)

Com a instituição do bem de família convencional ou voluntário, o prédio se torna inalienável e impenhorável, permanecendo isento de execuções por dívidas posteriores à instituição. Entretanto, tal proteção não prevalecerá nos casos de dívidas com as seguintes origens (art. 1.715 do CC). (TARTUCE, 2015, p.160) “dívidas anteriores à sua constituição, de qualquer natureza; dívidas posteriores, relacionadas com tributos relativos ao prédio, caso do IPTU (obrigações propter rem ou ambulatórias); despesas de condomínio (outra típica obrigação propter rem ou ambulatória), mesmo posteriores à instituição.

Destaque-se que essas são as exceções relativas ao bem de família convencional, não se confundido com aquelas previstas para o bem de família legal (art. 3.º da Lei 8.009/1990). A inalienabilidade, como regra geral, está prevista no art. 1.717 do CC, sendo somente possível a alienação do referido bem mediante consentimento dos interessados (membros da entidade familiar), e de seus representantes, ouvido o Ministério Público. Como fica claro pelo dispositivo, a possibilidade de alienação depende de autorização judicial, sendo relevantes os motivos para tanto. (TARTUCE, 2015)

Eventualmente, comprovada a impossibilidade de manutenção do bem de família convencional, poderá o juiz, a requerimento dos interessados, extingui-lo ou autorizar a sub-rogação real de bens que o constituem em outros, ouvido o instituidor e o Ministério Público. Trata-se de uma hipótese de dissolução judicial do bem protegido (art. 1.719 do CC). (TARTUCE, 2015). No que concerne à sua administração, salvo previsão em contrário, cabe a ambos os cônjuges ou companheiros, sendo possível a intervenção judicial, em caso de divergência (art. 1.720 do CC).

Esse comando legal, que constitui novidade, está em total sintonia com a igualdade consagrada no art. 226 da CF/1988 e no

art. 1.511 do CC. Traz também uma tendência de judicialização dos conflitos conjugais, pois o juiz irá decidir sobre a questão que interessa aos membros da entidade 2.4.3.2 familiares. É importante a constatação de que essa tendência não é a atual, de fuga do Judiciário, o que pode ser captado pela recente Lei 11.441/2007, que possibilita o divórcio, o inventário e a partilha extrajudiciais (desjudicialização). (TARTUCE, 2015).

No caso de falecimento de ambos os cônjuges, a administração caberá ao filho mais velho, se ele for maior. Caso contrário, a administração caberá a seu tutor (art. 1.720, parágrafo único, do CC). A instituição dura até que ambos os cônjuges faleçam, sendo que, se restarem filhos menores de 18 anos, mesmo falecendo os pais, a instituição perdura até que todos os filhos atinjam a maioria (art. 1.716 do CC). Mais uma vez se percebe a intenção do legislador de proteger a célula familiar. Todavia, a extinção do bem de família convencional não afasta a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/1990.

A dissolução da sociedade conjugal, por divórcio, morte, inexistência, nulidade ou anulabilidade do casamento, não extingue o bem de família convencional. Dissolvida a sociedade conjugal por morte de um dos cônjuges, o sobrevivente poderá pedir a extinção da proteção, se for o único bem do casal (art. 1.721, parágrafo único, do CC). Porém, mais uma vez, a extinção do bem de família voluntário ou convencional não afasta a proteção da lei específica. (TARTUCE, 2015).

Por fim, enuncia o art. 1.722 do CC que se extingue o bem de família convencional com a morte de ambos os cônjuges e a maioria dos filhos, desde que não sujeitos à curatela. Pela terceira vez elucidando, essa extinção não impede a aplicação da proteção constante da Lei 8.009/1990, sobre a qual se começa a tratar. (TARTUCE, 2015).

## IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

Há três as exceções à impenhorabilidade do bem de família voluntário (convencional): as dívidas anteriores à sua constituição; dívidas provenientes de tributos relativos ao prédio (obrigações propter rem); e despesas de condomínio, ainda que posteriores à instituição. Por sua vez, o bem de família legal é obrigatório, instituído por meio da Lei n. 8.009/1990, sendo também irrenunciável, haja vista tratar-se de matéria de ordem pública, prevalecendo sobre a vontade do beneficiário. Nesta hipótese, inobstante a ausência de sua formalização pela entidade familiar, abrigando voluntariamente o bem sob a impenhorabilidade, como na hipótese supracitada, a proteção se conserva por força de imperativo legal.

Colhendo-se o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do bem e família, a instrução de Tartuce (2020) sustenta que a Corte Superior concebe a tutela emanada da impenhorabilidade do bem de família como uma proteção voltada à pessoa humana e sua premente necessidade de moradia, não se resumindo, portanto, a uma proteção limitada à família somente ou mesmo em uma guarida especial do devedor. A proteção introduzida pela Lei n. 8.009/1990, que consta do seu primeiro dispositivo, no que concerne ao seu objeto, repousa sobre o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, compreendendo o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados conforme a REsp 1.608.415/SP, 3.a Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 02.08.2016, DJe 09.08.2016).

o STJ entende que impenhorável um único imóvel como bem de família. —Bem de família — Imóvel locado — Impenhorabilidade — Interpretação teleológica da Lei n. 8.009/90. O fato de o único imóvel residencial vir a ser alugado não o desnatura como bem de família, quando comprovado que a renda auferida destina-se à subsistência da família. Recurso especial provido|| (REsp 439920/SP, rel. Min. Castro Filho, julgado em 11-11-2003, DJ

9-12-2003 p. 280, 3.a Turma); e —Processual civil. Execução por título extrajudicial. Bem de família. Imóvel locado. Penhora. Jurisprudência do STJ. Impossibilidade. Provimento. I. A orientação predominante nesta Corte é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/90 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado ou utilizar o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar. II. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 714.515/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 10-11-2009, DJe 7-12-2009, 4.a Turma). Estes bens são impenhoráveis diante de dívidas civis, comerciais, fiscais, previdenciárias ou de outra natureza, de acordo com a redação legal, enquanto seus sujeitos, na preleção de Ricardo Arcoverde (2010), são: além dos cônjuges, dos conviventes ou dos parentes, todos os demais integrantes da família ou da entidade familiar, ou o morador singular, que residam definitivamente no imóvel serão beneficiários desse direito, na medida em que a inexecutibilidade os favoreça e também lhes permita qualquer defesa processual contra uma constrição indevida. Como exceções ao abrigo da impenhorabilidade, a Lei n. 8.009/1990, em seu artigo 3.o, elenca as situações em que a impenhorabilidade não será oponível, isto é, não resguardará a propriedade do executado ainda que sob a égide da Lei do Bem de Família. Art. 3o A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: o inciso I do artigo trazia exceção à impenhorabilidade se a penhora fosse fruto de crédito de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias. Incluíam-se os trabalhadores domésticos e os da construção civil que trabalharam no próprio imóvel, desde que com vínculo de emprego. As exceções à impenhorabilidade que constam no artigo 3º da Lei 8.009/90, servem para proteger credores específicos no intuito de obrigar a satisfação dos seus créditos através da penhora de bens determinados do devedor: Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: I – em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; II – pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel. No limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; III – pelo credor de pensão alimentícia; IV – para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V – para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI – por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de

bens. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, caso o vínculo não fosse verificado, como nos casos de empreiteiro que contratou os empregados para construir o imóvel, a exceção não se aplicaria. Ressalta-se, porém, que o inciso em análise foi revogado expressamente pelo Lei Complementar 150 de 2015, responsável por regulamentar os direitos dos trabalhadores domésticos, fazendo o direito à moradia prevalecer sobre créditos trabalhistas de qualquer natureza. O inciso II estabelece a exceção à impenhorabilidade se a penhora decorrer de ação movida por titular do crédito decorrente de financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos decorrentes do contrato. Nestes casos, subsiste a impenhorabilidade caso o crédito não se destine ao próprio imóvel. A exceção trazida pelo inciso III é relativa aos créditos decorrentes de pensão alimentícia. Como é cediço, existem três modalidades de alimentos: convencionais, legais e indenizatórios, sendo que a exceção deve recair sobre todas elas. Quanto à última modalidade, não é pacífica a sua inclusão no rol das exceções, existindo corrente que purga pela não incidência desta exceção, argumentando que somente se incluiria os alimentos decorrentes de laços familiares (convencionais e legais), excluindo os decorrentes de atos ilícitos, tese a qual não se filia pelo fato de não existir a exceção alegada no inciso em análise. No ano de 2015, o referido inciso foi alterado pela Lei 13.144/15, passando a fazer menção de proteção aos direitos do coproprietário que, em união estável ou casamento, figure ao lado do devedor, ou seja, a impenhorabilidade prevalece quando há comunhão, sobre o imóvel, do devedor com companheiro ou cônjuge. O inciso IV exceção para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar. Desta forma, o imóvel familiar não fica isento de penhora para cobranças de dívidas originadas em obrigações propter rem ou ambulatórias. —[...] a jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que a Lei n.º 8.009/1990 não retira o benefício do bem de família daqueles que possuem mais de um imóvel. O parágrafo único do artigo 5.º da Lei n.º 8.009/1990 dispõe expressamente que a impenhorabilidade recairá sobre o bem de menor valor na hipótese em que a parte possuir vários imóveis utilizados como residência, o que não ficou demonstrado nos autos.

No caso de execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar, a princípio, o inciso V da citada Lei 8.009/90 também não faz incidir garantia legal ora estudada. É firme o entendimento doutrinário de que a hipoteca deve ser constituída em favor dos cônjuges ou entidade familiar para que haja a penhora do imóvel, não incidindo a

exceção em casos, por exemplo, de hipoteca oferecida por um dos cônjuges para garantir dívida de empresa individual (STJ, REsp 1.324.107/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 13/11/2012).

Além disto, este inciso não alcança a pequena propriedade rural, para não ferir as disposições constitucionais do art. 5º, XXVI. O próximo inciso, de número VI, aduz que a impenhorabilidade não ocorrerá se o imóvel for adquirido como produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória de ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. Outra exceção, disposta no inciso VII do artigo 3º, introduzida pela Lei 8.245/91 (Lei de Locação), dispõe que o imóvel familiar será penhorado para cobrança de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação de imóvel urbano.

Há, em relação a este dispositivo, divergência doutrinária e jurisprudencial sobre sua inconstitucionalidade. Alguns Tribunais, no Brasil, se filiam a tese da inconstitucionalidade, argumentando que o dispositivo lesaria a isonomia e a razoabilidade, vez que o fiador perderia o seu imóvel, ao passo que o locatário, devedor principal, não perderia, ferindo, assim, a proteção da moradia conferida pelo art. 6º da Constituição Federal.

Existe uma intangibilidade ou indisponibilidade jurídica acerca da apreensão judicial no que constitui exceção à regra de discutir bens de família. Para termos completos, quaisquer acordos e contratos. No que se trata aos artigos taxativos, fica defeso qualquer pacto pessoal e contratual aumentando as possibilidades de impenhorabilidade. Por sua vez o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJ/DF), reconheceu a possibilidades de renúncia à impenhorabilidades do bem de família, que conforme tal entendimento “a fiadora renunciou expressamente ao direito de impenhorabilidade do imóvel que reside com a família.

Nesse sentido, estudos desenvolvidos por BAÍA (2022) concluíram que, a impenhorabilidade conferida ao bem de família se trata de assunto que detém relevância ao ambiente acadêmico, profissional, jurídico, bem como aos cidadãos em geral.

Observou-se que a impenhorabilidade é o fator que mais se apresenta no que tange ao bem de família. Quanto a isso, Menezes (2017) discutiu acerca da penhorabilidade do bem de família: efetivação do direito do credor em razão do valor econômico do bem, concluindo que, a impenhorabilidade do bem de família é uma proteção ao patrimônio do devedor, baseada no direito à moradia, consubstanciada no princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, essa proteção não deve ser interpretada de forma absoluta, sob pena de causar insegurança jurídica aos credores, uma vez que estes também têm direito de receber do Estado uma tutela jurisdicional efetiva.

Todavia, Menezes (2017) discorre ainda que, tanto credor como devedor possuem autonomia de vontade para realizar seus acordos. Em razão disso, pelo princípio da boa-fé e da obrigatoriedade dos contratos, as partes são obrigadas a cumprir o acordo conforme fora pactuado, uma vez que ninguém deve se beneficiar da própria torpeza. Dessa forma, o credor também tem o direito de obter a satisfação do seu crédito de forma concreta, pois o contrário também causa um abalo na dignidade do credor.

Ainda neste contexto, Toledo e Neto (2018) discutem a proposta de uma possível relativização da impenhorabilidade do bem de família concluindo que, que a relativização da impenhorabilidade do bem de família reclama atenção dos aplicadores do direito e, sobretudo, do legislador.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando a temática que contempla previsão da constitucionalidade da lei do bem de família é possível afirmar que, a garantia do bem de família tem as discussões mais efetivas quando a questão envolve impenhorabilidade é possível que ações infrutíferas sejam movidas em desfavor de devedores que, após manifestação em juízo, poderá alegar a impenhorabilidade do seu patrimônio por se tratar de bem de família.

Diante disso, evidencia-se o quão relevante é a temática apresentada, sobretudo porque a impenhorabilidade relativa ao bem de família obrigatório não detém caráter absoluto, tampouco extensão ilimitada. Logo, é necessário entender os detalhes dessa temática pouco abordada nos cursos de graduação em Direito.

A reflexão sobre o tema faz-se absolutamente necessária, uma vez que em tempos de cooperação processual e efetividade da tutela executiva, o recebimento do crédito pelo exequente é medida que se impõe, nos exatos limites da razoabilidade. Salientam ainda que, a relativização da impenhorabilidade do bem de família, embora não haja dispositivo legal que autorize a penhora sobre o imóvel de valor vultoso, decorre – em última análise – de diversas garantias constitucionais, tais como o direito de pleno acesso à justiça, o princípio da segurança jurídica, da razoabilidade e da eficiência.

Partindo do material investigado foi possível concluir que, independentemente da configuração da estrutura familiar, o instituidor do bem de família é o próprio Estado, por norma de ordem pública. Neste sentido, teóricos relacionam o bem de família ao direito humano fundamental à moradia, o que configura sua constitucionalidade.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**: Com Comentários à Lei 8.009/90. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família** – Com Comentários à Lei 8.009/90. 6a edição. São Paulo: Atlas, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Código Civil**. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19.

BAÍA, Jessycka Paulla Alencar. Análise das peculiaridades inerentes à impenhorabilidade presente no bem de família

obrigatório. Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS). Goiânia-GO 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/5036/1/ArtigoJessycka-corrigido%20TCC.pdf>. Acesso em: 11 de abril de 2023.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 63.

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

BRASIL. Lei No. 8009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 407.668/SP. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4933200> Acesso em: 02/11/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 407.688-8/SP. Relator Ministro Cezar Peluso. São Paulo, 08 de fev. de 2006. Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06/10/2006, p. 880. Disponível em . Acesso em: 28/10/2022.

CARLI, Ana Alice de. **Bem de família do fiador e o direito humano fundamental à moradia**. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2009. 181 p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Juspoduim, 2013.

FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Famílias**. 7. ed. revista ampliada e atualizada, São Paulo: Atlas, 2015.

GIL, A. C. Como elaborar projetos de pesquisa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. Direito de família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. Metodologia científica. São Paulo, SP: Atlas, 2010

MENEZES, Maria Manuela de Jesus. A penhorabilidade do bem de família: efetivação do direito do credor em razão do valor econômico do bem. Ideias & Inovação. Aracaju. V. 4. N.1. p. 49-60 novembro 2017. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/ideia/seinovacao/article/view/5073/2671>. Acesso em: 11 de abril de 2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5.

RITONDO, Domingo Pietranguelo. **Bem de Família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. 146 P.

TOLEDO, André Medeiros. NETO, Elias Marques de Medeiros. **Proposta de uma possível relativização da impenhorabilidade do bem de família**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/36482/25841>. Acesso em: 11 de abril de 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

TARTUCE, Flávio. Curso de Direito Civil, v. 5, Direito de Família. São Paulo: Editora Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015. 1173 p. 1 v.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. II. ,3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 4a edição, Atlas, 2004, p.35



# RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL: DA PROTEÇÃO PELA VIA JUDICIAL À POSITIVAÇÃO NORMATIVA

Omar Joaquim de Carvalho Junior  
Abner da Silva Jaques  
Cid Eduardo Brown da Silva

## INTRODUÇÃO

A atividade agrícola é uma das principais forças econômicas do Brasil. Apelidado como “celeiro do mundo”, o país é responsável pela maior parte da produção e exportação de alimentos. No entanto, os produtores rurais enfrentam grandes desafios, como condições climáticas adversas, pragas que infestam as plantações fazendo com que se perca grandes porcentagens ou até mesmo uma safra por completo, volatilidade nos preços das commodities e mudanças nas políticas governamentais. Além disso, a falta de crédito e o endividamento crescente que têm sido problemas crônicos para o setor, tudo capaz para corroborar prejuízos e, conseqüentemente em algumas situações, até a sua falência.

Diante desses desafios, a recuperação judicial tem se mostrado uma ferramenta inestimável para ajudar os produtores rurais a superar as dificuldades econômicas. Com previsão legal na Lei no 11.101/2005, Lei de Recuperação Judicial e Falências de Empresas agora alterada pela Lei no 14.112/2020, permite que produtores rurais em dificuldades financeiras renegociem dívidas e negociem com credores e assim evitem a falência também assegurem a continuidade da atividade.

Não tão somente, a justificativa do estudo se baseia no entendimento de que havia um conflito entre as disposições do Código Civil sobre o registro das atividades comerciais dos produtores rurais, onde não se cobra a formalização das atividades para permitir o exercício apenas por meio de atividades exercidas

por pessoas físicas, e a exigência da lei de falências de que o prazo mínimo de registro na Junta Comercial seja de dois anos, dada a proteção das funções sociais da empresa, se tornando viável a concessão da recuperação judicial. Esse conflito normativo colocava em dúvida a questão da possibilidade de recuperação judicial de produtores rurais cujo entendimento e as decisões judiciais têm sido atribuído totalmente aos tribunais brasileiros para sanar as dúvidas.

O estudo teve como objetivo analisar a aplicação da Recuperação Judicial no setor agropecuário brasileiro, destacando suas particularidades e desafios específicos e em conjunto a isto, identificar os requisitos essenciais para o processamento da recuperação judicial das empresas contextualizando a atividade do empresário rural com o princípio da função social da empresa e verificar a posição dominante da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto. Nesse sentido, os objetivos específicos foram: a) discutir e identificar os requisitos essenciais para o processamento da recuperação judicial das empresas; b) conceituar a atividade do produtor/empresário rural c) contextualizar a atividade do produtor/empresário rural com o princípio da função social da empresa; d) ponderar a posição dominante da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto.

A problemática, por sua vez, visa a analisar se a Lei n. 14.112/2020 foi suficiente para por fim à discussão sobre a possibilidade ou não da recuperação judicial do produtor rural. As discussões terão como foco nas características das atividades agropecuárias e seus impactos na recuperação judicial, as exigências dos produtores rurais para a recuperação judicial, as limitações e dificuldades da legislação vigente e sugestões para o aperfeiçoamento do sistema de recuperação judicial dos produtores rurais.

Além disso, durante o artigo serão apresentados itens de discussão como a função social da empresa e seu papel na sociedade, também o quão essencial é manter a saúde financeira da

empresa para que se mantenha erguida e desenvolva seu crescimento, não tão somente será vista qual o grau de importância na inclusão do Produtor Rural dentro da recuperação judicial e quem é o produtor rural, qual sua importância social para o país, analisado também o entendimento dentro da Lei 11.101/2005 antes da alteração de seu texto no ano de 2020 e por fim, como se dá a proteção do produtor rural como pessoal física dentro da Lei 14.112/2020.

Portanto, espera-se que esta pesquisa contribua para uma melhor compreensão do processo de recuperação judicial no setor agropecuário, contribuindo assim para o aprimoramento de políticas e práticas que visem garantir a sustentabilidade financeira dos produtores rurais no Brasil.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo, a partir de pesquisas bibliográficas e documentais. A hipótese inicial orienta à ideia de que a formulação de uma Lei específica era indispensável para solucionar o conflito normativo e jurisprudencial sobre a possibilidade – ou não – da recuperação judicial do produtor rural.

## **FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**

A função social da empresa refere-se ao papel que a empresa exerce na sociedade em que estão inseridos. Essa função pode ser definida como dever da empresa em contribuir para o bem-estar de toda a comunidade e seus próprios interesses.

No entanto, a função social da empresa, ao menos como sugerida, é formalizada a partir do momento em que a função social da propriedade projeta sua influência sobre a produção de bens cuja estrutura muda para assumir seus compromissos com os colaboradores, consumidores e a comunidade como um todo.

Portanto, o patrimônio da empresa não deve ser usado apenas em benefício dos sócios, mas também em benefício da comunidade (FRAZÃO, 2018). Vale notar que, no Brasil, essas funções atribuídas a cada empresa foram reconhecidas pela Constituição Federal e outras leis e regulamentos em 1988. A Constituição determina que

a ordem econômica do Brasil é o princípio de seu trabalho e funções sociais, ou seja, a propriedade deve cumprir as funções sociais, não tão somente ter o fim de trazer lucros ao proprietário.

Importante lembrar que a Constituição Federal menciona especificamente a função social em seus artigos 5º, 170, 182 e 186 (BRASIL, CRFB, 1988) o que eleva a importância do cumprimento da obrigação da empresa na sociedade (FRAPORTI et. al., 2018).

Frazão (2018) diz que, é importante destacar que o art. 170 da CF traz diversos princípios que norteiam e orientam o exercício da livre iniciativa empresarial, como a livre concorrência, a proteção dos trabalhadores, a proteção dos consumidores e do meio ambiente, a redução das desigualdades e o tratamento diferenciado das pequenas empresas. Nesse sentido, a função social está ligada a todos esses princípios, procurando enfatizar que o objetivo da empresa é proporcionar benefícios a todos os envolvidos diretamente em suas atividades, bem como à comunidade. Por nenhuma outra razão, os legisladores tomaram medidas consideráveis sobre as questões descritas no art. 170, a fim de implementar esses princípios em leis e regulamentos específicos (BRASIL, CRFB, 1988). Por sua vez, embora o Código Civil brasileiro não tenha artigos que tratam especificamente sobre a função social da empresa, existem dentro dele campos que apresentam de forma indireta que o tema também é tratado em seu texto, tais como os artigos 421, 1.228 e 2.035, que prescrevem:

Art. 421 A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 1.228 O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. Art. 2.035 Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os

estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos (BRASIL, CC, 2002).

Assim, entende-se que a função de criação de oportunidades de emprego e desenvolvimento profissional para os funcionários, está ligada a empresa assim ela poderá se manter promovendo operações sustentáveis e responsáveis, respeitando os direitos humanos, promovendo a diversidade e a inclusão em seu ambiente de trabalho e contribuindo para o crescimento econômico e social, ampliação da economia e das comunidades operacionais da sociedade (BOTTINI, 2016).

Ademais, a função social da empresa é importante porque se espera que a empresa contribua para o desenvolvimento da sociedade e do meio ambiente. A longo prazo, com a confiança e a lealdade de consumidores e partes interessadas, as empresas que cumprem suas funções sociais geralmente terão mais sucesso. Além disso, eles ajudam a construir uma sociedade mais justa e sustentável (MARTINS; MACHADO, 2020).

Em vista dos princípios da ordem econômica e social, as funções sociais da sociedade empresarial estão alinhadas com os princípios de liberdade, igualdade, dignidade, unidade, democracia, com o foco na busca da desigualdade social e realizar valores ambientais (incluindo o ambiente de trabalho). Portanto, ao fazer o adendo referente ao trabalho da empresa dentro sociedade, nota-se que a geração de riqueza é apenas um dos fatos entre muitas outras que são ligados ao dever de uma empresa (VALE, 2017).

Dessa forma, as funções sociais que são atribuídas a cada empresa no ambiente legal do Brasil são entendidas como a dedicação da empresa em contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país e o respeito por seu povo, buscando promover uma prática sustentável em suas operações que acarretam benefícios para um todo.

Nesse sentido, é possível observar que as funções sociais das empresas ultrapassam todas as obrigações estipuladas na legislação relevante. As funções sociais estão relacionadas às ações propícias aos interesses da comunidade. Quando empreendedores

que compartilham certos direitos com o país exigem todos os direitos, isso acontece (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012). As funções sociais da empresa não devem exceder suas funções econômicas, nem devem excluir sua característica de trabalho ou lucratividade. Para tornar as funções e funções sociais favoráveis da empresa se integrarem, o administrador deve tomar uma decisão sobre os interesses comuns de seus trabalhadores e sociedade e não esquecerá o principal objetivo da empresa, ou seja, a capacidade de gerar empregos, serviços e lucros fomentando o mercado financeiro (FRAPORTI et. al., 2018).

Em suma, a empresa cumprirá suas funções sociais não somente quando existe o interesse do empresário, mas quando também trabalha para atender às necessidades básicas dos seus funcionários e garantir que eles tenham uma vida digna. Como todos sabemos, com a expansão do alcance dos negócios e a expansão dos lucros, a riqueza e a prosperidade da empresa, maior a possibilidade de conquistas dos negócios.

Similarmente, deve garantir que os produtos e serviços que produzem atendam aos interesses da sociedade e do meio ambiente. A empresa que acaba por fazer parte dos planos sociais e a participação do serviço social mostrará respeito e gratidão à comunidade para garantir a manutenção de sua produção e vida (FRAPORTI et. al., 2018).

Na recuperação judicial, esse princípio servirá de base para a tomada de decisão e interpretação da vontade dos credores e devedores. Ou seja, ao realizar o trabalho de recuperação judicial, sempre deve ter em mente sua função social. Se uma empresa está desempenhando bem suas funções sociais, é justificável uma luta para que se tenha a sua recuperação. Cabe reiterar que a recuperação é da empresa para que se mantenha ativa e exerça sua atividade, não de seus titulares (TOMAZETTE, 2022).

## IMPORTÂNCIA DA SAÚDE FINANCEIRA DA EMPRESA

Do ponto de vista econômico, manter uma boa saúde financeira é essencial para garantir a sobrevivência e a competitividade da empresa no mercado. As empresas que não podem se manter com condições financeiras agradáveis acabam por reduzir seu desempenho e de não cumprir com seus compromissos financeiros, se privam de investir em novos projetos e oportunidades de negócios e até encontram grandes dificuldades em trabalhar no mercado (NEGRÃO, 2022).

Nesse sentido é possível compreender que empresas economicamente saudáveis sofram crises financeiras, momentâneas ou não, em razão da insuficiência de recursos financeiros para pagamento das obrigações assumidas, a causa desse desequilíbrio pode ser identificada, entre outros fatores, na ausência de correta estimativa dos custos dos empréstimos tomados, no alto índice de inadimplência de sua clientela ou em qualquer situação relativa à circulação e gestão do dinheiro e de outros recursos líquidos (NEGRÃO, 2022, p. 78).

Nesta visão, o autor sustenta que as empresas economicamente saudáveis podem enfrentar dificuldades financeiras devido à falta de recursos para cumprir suas obrigações. Isso pode ser devido a altas taxas de inadimplência de clientes ou problemas de estabilidade financeira que requer uma gestão de recursos eficaz para enfrentar esses desafios.

Certamente, manter uma situação financeira saudável permite que a empresa possa tomar decisões e investimentos estratégicos. Analisar a situação financeira, pode indicar o status financeiro da empresa e sua capacidade de gerar mais dívidas adicionais para que assim possa financiar oportunidades de crescimento (FRAPORTI et. al. 2018).

Com toda certeza, analisar os dados financeiros relacionados à empresa pode determinar seu desempenho e tomar decisões estratégicas para corrigir problemas ou maximizar os resultados. Essa análise financeira é básica e fundamental permitindo avaliar

investimento, orçamento e distribuição de seus recursos (CONTDIAS, 2021).

Deste modo, os relatórios financeiros são essenciais para avaliar o desempenho da empresa e auxiliar na tomada de decisões em face de um investimento. Diante disso, as condições financeiras saudáveis permitiram à empresa enfrentar a crise, crescer e obter sucesso a longo prazo (SILVÉRIO, 2022).

De uma perspectiva legal, o empresário que está encarregado de cuidar a situação financeira de sua empresa, também está ligado a cuidar da proteção de suas obrigações legais e à proteção dos interesses das partes que estão relacionadas a esta companhia. Dessa forma as empresas que não contribuem com seus impostos, não oportunizam trabalho e a proteção do consumidor podem sofrer com as sanções e processos judiciais, e assim pode prejudicar sua reputação e desempenho financeiro (NEGRÃO, 2022).

De maneira similar, indica que a análise da situação financeira da empresa envolve vários campos legais, como Direito Comercial, Direito Tributário, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, entre outros campos. Portanto, para a empresa, é importante manter todas as suas obrigações legais e estar sempre sobre o suporte profissionais que possam auxiliar (SCAFF, 2016).

A análise dos dados permite comprovar que a situação financeira da empresa é um problema essencial e deve ser cuidado, enfatizando ainda que, a empresa deve cumprir com suas obrigações legais e ser apoiada por profissionais com visão para garantir sua sobrevivência, sua prosperidade e projetar uma visão empresarial de longo prazo.

## **A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL: CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL**

Em primeiro lugar, a atividade relacionada à agricultura proporciona ao Brasil uma grande movimentação de produção de alimentos, grãos e outros derivados da agricultura, proporcionando então que se destaque como um dos maiores

produtores e exportadores de insumos agrícolas do mundo fazendo assim com que outros países importem grandes quantidades de grãos e outros alimentos que servem de base para alimentação da população. Para além, os brasileiros tendem a consumir bastante do que é produzido em solo nacional

evitando assim a importação de alimentos vindos de outros países (TOMAZETTE, 2022).

Neste sentido, observando as estimativas que a agricultura proporciona todos os anos, é possível identificar que o Brasil é refém de uma grande dependência desta atividade para que se tenha o desenvolvimento do PIB, geração de renda, e bons relacionamentos internacionais.

Ora, vale notar que, a Lei no 11.101/2005, não tem tratamento específico para Recuperação Judicial do Produtor Rural, embora, pode se observar tamanha importância da atividade de produção rural na economia do país e a consequência de ser inclusa dentro da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, porque muitos agricultores enfrentam dificuldades financeiras que advém a fatores externos (como mudanças no mercado, influências do mercado internacional, condições climáticas desfavoráveis, entre outras (CONTDIAS, 2021).

Em sequência da análise de Tomazette (2022, p. 32), fatores que levaram a criação e aplicação da Lei no 11.101/2005 advém de:

Em razão dos efeitos perniciosos que as crises da empresa podem gerar, nosso ordenamento jurídico, por meio da Lei n. 11.101/2005, houve por bem criar a recuperação judicial. Trata-se de uma medida genérica para solucionar a crise pela qual a empresa passa, nos termos do art. 47 da Lei n. 11.101/2005. Além disso, ela também serve para evitar que uma crise iminente se instaure sobre a atividade empresarial.

Essa formulação de argumentos apresentados para aplicação da Recuperação Judicial parece adequada ao examinar os princípios da proposta apresentada para estudo, tendo em vista o enunciado ilustrativo em análise (artigo 47 da Lei 11.101/2005), que está redigido com forte sintaxe final. Embora a própria lei não

pareça expressar essa finalidade, não é difícil perceber que a recuperação judicial também tem por finalidade prevenir e evitar crises comerciais. Assim torna-se desnecessário dizer que é mais benéfico prevenir crises do que lidar com suas consequências.

O objetivo geral da recuperação judicial é, portanto, superar ou prevenir crises empresariais, com o objetivo de alcançar a sustentabilidade e continuidade da empresa. Com efeito, Ricardo Negrão (2022, p. 87), argumenta que os legisladores utilizaram três formas verbais as quais são: habilitar (superar a situação de crise econômica e financeira), permitir (preservar a fonte de produção, empregar trabalhadores e os interesses dos credores) e promover ("facilitando assim" a preservação) de a empresa, suas funções sociais e estímulo à atividade econômica), esta última mais próxima das características da especificação final.

Nos termos do artigo 966 do CC, o produtor rural pode ser considerado empresário por exercer habitualmente a atividade econômica e organizada de forma profissional na produção de produtos alimentícios (BRASIL, CC, 2002). A questão do registro mencionado anteriormente é importante, porém, de acordo com o art. 971 do CC, os produtores rurais cuja função principal são atividades agrícolas não são obrigados a se registrar nos registros mercantis (BRASIL, CC, 2002).

De certo, pode-se dizer que para os produtores rurais, a possibilidade de requerer a recuperação judicial está diretamente relacionada ao fato de possuírem registro comercial. Sem esse registro, os produtores rurais são considerados não empresários e não estão protegidos nos termos da Lei no 11.101/2005, que regulamenta a recuperação judicial e extrajudicial e a falência de empresários e sociedades comerciais (art. 1o) (BRASIL, 2005). Como a maioria dos produtores rurais opera no sistema familiar e, como pessoa física, não possui registro de empresa, essa situação pode impedi-los de se beneficiar de uma legislação que lhes proporcione a necessária reestruturação financeira (RIBEIRO, 2018).

Diante disso, Ayoub e Cavalli (2013, p. 32), expõem a ideia de que os produtores rurais não são considerados empresários pelo

legislador civil, embora mesmo que dediquem à atividade econômica de produção de bens. Isso se deve pela exclusão dos produtores rurais das normas empresariais como uma forma de proteção contra a perda de bens em caso de falência. Além disso, o código civil estabelece uma norma de transição que os produtores rurais devem cumprir ao se registrar na Junta Comercial.

Assim, aqueles que optarem pelo registro serão considerados empresários cadastrados e terão direito à recuperação judicial. O registro do produtor rural é considerado facultativo e constitutivo, sujeitando-o ao regime jurídico societário instituído pela Resolução no 202 do Conselho Judicial Federal (AYOUB; CAVALLI, 2013).

Dessa forma, o requisito de dois anos previsto no art. 48, §2o, da Lei de Recuperação Judicial e Falências, para Produtores Rurais tem sido objeto de propostas de alteração legislativa (BRASIL, 2005). Na medida em que esse requisito pode ser excessivamente restritivo e desproporcional, dificultando a obtenção de recuperação judicial. Essas propostas visam flexibilizar o prazo mínimo, reduzi-lo, permitir a contagem retroativa do tempo das atividades rurais comprovadas por meio de outros instrumentos, bem como, a declaração do imposto de renda – IRPF, Declaração de Informações Econômico fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ antes do registro na Junta Comercial e que exerça regularmente suas atividades há pelo menos 1 ano, e, por fim, por meio da comprovação do prazo advinda de uma Escrituração Contábil Fiscal (BRASIL, CC, 2002).

Embora observado os projetos que foram apresentados como propostas de alteração do requisito da Lei, o entendimento Jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo manteve-se no sentido, como pode ser verificado da decisão proferida sob relatoria do Desembargador Romeu Ricupero no Agravo de Instrumento n. 994092930317/SP, publicada no Diário de Justiça em 16/04/20103.

Certamente, o art. 967 do CC exige que os empresários se registrem no Registro Público de Empresas Mercantis antes de iniciar suas atividades (BRASIL, CC, 2002). No entanto, o registro

não qualifica de fato o empresário, pois essa qualificação se obtém pelo próprio exercício da atividade econômica organizada que fomenta a produção, circulação de bens ou serviços. Nesse sentido que se trata o art. 966 do CC. Mas, dado o tratamento previsto no art. 970 do CC, a falta de registro comercial não será um obstáculo para que os produtores rurais deixem de receber os benefícios providos de uma restauração financeira (BRASIL, CC, 2002). Assim, ao ser combinado com os dispositivos do art. 48 da Lei no 11.101/ 2005 dará oportunidade aos produtores rurais que buscam os benefícios da recuperação judicial (RIBEIRO, 2018). Diante da interpretação do Tribunal de Justiça de São Paulo acima mencionado, a posição estabelecida foi a de que haveria a possibilidade do deferimento no que diz respeito ao processamento da recuperação judicial, desde que o produtor rural tenha se registrado devidamente no órgão competente antes de protocolar o pedido, deixando assim de exigir o cumprimento do exercício regular da atividade econômica.

No mesmo sentido, se posicionava o Superior Tribunal de Justiça, exigindo o atendimento dos requisitos de inscrição na Junta Comercial, bem como, da comprovação de atividade por período igual ou superior a dois anos. Essa compreensão ficou bem assentada quando do julgamento, pela 4ª Turma, sob 3 EMENTA: "Recuperação judicial. Ação ajuizada por produtores rurais que não estão registrados na Junta Comercial. "O empresário rural será tratado como empresário se assim o quiser, isto é, se se inscrever no Registro das Empresas, caso em que será considerado um empresário, igual aos outros".

"A opção pelo registro na Junta Comercial poderá se justificar para que, desfrutando da posição jurídica de empresário, o empresário rural possa se valer das figuras da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, que se apresentam como eficientes meios de viabilizar a reestruturação e preservação da atividade empresarial, instrumentos bem mais abrangentes e eficazes do que aquele posto à disposição do devedor civil (concordata civil - Código de Processo Civil, artigo 783)". Só a partir da opção pelo

registro, estará o empresário rural sujeito integralmente ao regime aplicado ao empresário comum. Sentença mantida. Apelação não provida” (TJSP, 2010). Relatoria do Ministro Raul Araújo, do Recurso Especial n. 1.478.001/ES4 – publicado no Diário da Justiça em 19/11/2015 Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o tema repetitivo n. 1.1456 , fixou a tese de que os produtores rurais que exerçam atividade comercial há mais de dois anos podem requerer a recuperação judicial, desde que sejam registrados na Junta Comercial no momento da formalização do pedido de reintegração, independentemente de quando foram registrados (STJ, 2022).

Isso foi necessário porque, em suma, a Lei 11.101/2005 exige atividades regulares – de fato - acima de 02 (anos) conforme o seu art. 48, ao invés do registro contemporâneo no órgão competente (BRASIL, 2005), porém, deverá ser comprovado o registro na Comissão Comercial no momento do acordo de recuperação judicial (STJ, 2022).

No geral, portanto, após quase 12 (doze) anos, o Superior Tribunal de Justiça finalizou a interpretação da Lei 11.101/05, conforme redigido sobre a 4 EMENTA:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 48, CAPUT, DA LEI 11.101/2005. DEVEDOR. EXERCÍCIO REGULAR DAS ATIVIDADES HÁ MAIS DE DOIS ANOS. MUDANÇA DE RAMO. ILEGITIMIDADE ATIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O exercício regular de atividade empresária reclama inscrição da pessoa física ou jurídica no Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial). Trata-se de critério de ordem formal. 2. Assim, para fins de identificar "o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades", a que alude o caput do art. 48 da Lei 11.101/2005, basta a comprovação da inscrição no Registro de Empresas, mediante a apresentação de certidão atualizada. 3. Porém, para o processamento da recuperação judicial, a Lei, em seu art. 48, não exige somente a regularidade no exercício da atividade, mas também o exercício por mais de dois anos, devendo-se entender tratar-se da prática, no lapso temporal, da mesma atividade (ou de correlata) que se pretende recuperar. 4. Reconhecida a ilegitimidade ativa do devedor para o pedido de recuperação judicial,

extingue-se o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. 5. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, 2014). 5 Nesse caso, o objeto abordado pelo Superior Tribunal de Justiça, diz respeito à viabilidade da concessão do benefício da recuperação judicial às pessoas físicas produtoras rurais, considerando apenas o padrão temporal de exercício da atividade por mais de dois anos. Do mesmo modo, a repercussão sobre o tema envolveu questões como a adequação do conceito de produtor rural e empresário, a necessidade de registro empresarial e a ampliação dos direitos e proteções conferidos a essa categoria de produtor rural pela Recuperação Judicial. 6 o Referido tema buscava “Definir a possibilidade de deferimento de pedido de recuperação judicial de produtor rural que comprovadamente exerce atividade rural há mais de dois anos, ainda que esteja registrado na Junta Comercial há menos tempo” (STJ, 2022).

As decisões a serem tomadas terão impacto significativo na definição do acesso dos produtores rurais à recuperação judicial e à proteção de suas atividades econômicas (RIBEIRO, 2018). Contudo, na 2o turma do Tribunal foi entendido que a proposta não era viável de exame pois as ações não tinham precedente suficiente para decisão. Assim para analisar e formar uma compreensão consistente do tópico se tornava difícil devido à falta de muitos casos anteriores abordando especificamente o assunto da Recuperação Judicial do Produtor Rural. Dessa forma, optou-se por não prosseguir com a análise da proposta, deixando que o assunto em aberto para posterior consideração e decisão.

A matéria na Lei 14.112/2020, facilitando o acesso dos produtores rurais aos referidos benefícios legais (FARIA; PAIVA, 2023). Nesse sentido, agora por meio da Lei 14.112/2020, os produtores rurais que estiverem na situação da crise financeira, poderão entrar com um pedido por meio de via Judicial para que possa ser contemplado com o plano de uma recuperação judicial, sendo que deve ser comprovado os motivos pelos quais a empresa rural está se aproximando de um momento de dificuldade financeira e não cumprimento de suas obrigações regulares, motivos que podem levar à falência (BRASIL, 2020).

Desse modo, a recuperação judicial permite que os produtores rurais que negociem as suas dívidas e assim possam manter as

atividades de produção, manter o trabalho e a geração de renda. No entanto, para se beneficiar da recuperação judicial, os produtores rurais devem atender a uma série de requisitos estipulados na lei, como as leis financeiras da lei fiscal e o plano de recuperação consistente e viável.

Neste mesmo sentido, a introdução da produção rural na Lei de Recuperação Judicial é uma medida importante para garantir a continuidade das atividades de produção no campo e preservar a renda e o emprego de trabalhadores rurais.

## **QUEM É O PRODUTOR RURAL?**

Historicamente, a utilização de atividades rurais para a geração de economia é uma das mais antigas e importantes dos seres humanos e utilizada por vários séculos. De certo, o conhecimento adquirido é o reflexo da imagem dos produtores rurais que se dedicaram em evoluir com o cultivo e profissionalização em grande escala no que se diz respeito à produção agrícola.

Na Idade Média, os pequenos agricultores eram os responsáveis por realizar o plantio de grão e alimentos que iriam ser comercializados dentro de suas cidades e consumidos pela população. Com o decorrer do tempo, as atividades agrícolas foram se tornando mais avançadas, profissionalizaram ainda mais a profissão e criaram-se mais profissionais e fizeram assim com que a imagem dos fabricantes rurais fosse cada vez mais impactante para o comércio (FEIJÓ, 2010).

Em vista disso, no Brasil, com a implementação e visão de sistemas de plantio e produção de açúcar, as atividades agrícolas começaram a serem desenvolvidas a partir do século XVI, o que levou à formação de grandes fazendas com objetivo de cultivar atividades agrícolas e assim se deu muitos trabalhos de escravo. Com o fim da escravidão, a produção agrícola passou a ser realizada por pequenos e médios produtores e assim mostra-se a competitividade entre eles (FEIJÓ, 2010).

Acresce que, ao longo do século XX, as atividades rurais sofreram mudanças importantes, como a mecanização da produção, a modernização dos métodos agrícolas e a profissionalização da produção de commodities. Com o aumento da globalização econômica e da concorrência, os fabricantes rurais começaram a enfrentar novos desafios, como a necessidade de atender à demanda do mercado interno e externo e assim passaram a buscar novas tecnologias e métodos de produção com o objetivo de melhorar sua produtividade e capacidade para atender a necessidade do mercado conforme define a autora supracitada.

No Brasil, o papel dos agricultores é muito importante, pois com a agricultura forte faz com que as economias e desenvolvimento do país sejam alavancados. De acordo o Embrapa, a agricultura brasileira influencia em 21 % de toda a riqueza produzida no território nacional e responsável 96 bilhões de dólares (2019) em exportação. Além disso, estimasse que cerca de 20 % do trabalho do Brasil é gerado por meio de atividades agrícolas (CERQUEIRA, 2022).

Dessa maneira, os produtores rurais exercem um papel fundamental na economia do país e além de serem responsáveis pela produção de alimentos e matérias primas para vários departamentos da economia. Além disso, muitos agricultores buscam alternativas à produção e apreciação sustentáveis, aumentando assim o desenvolvimento econômico e social do país.

Portanto, ao ser averiguada a grande importância da atividade do produtor rural para o desenvolvimento do Brasil é válido destacar que existem várias adversidades que enfrentam ao longo do processo como um todo, desde a plantação da semente do grão até o momento em que se deve colher, e podendo relacionar os problemas climáticos e pragas que infestam as plantações fazendo com que se perca grandes porcentagens ou até mesmo uma safra por completo, tudo capaz para corroborar prejuízos e, conseqüentemente em algumas situações, até a sua falência (AGRICOLA, 2019).

Para que a agricultura continue em constante desenvolvimento, diversas fontes de auxílio devem ser levadas em consideração e inclusive a mais utilizada para captação de recursos é de empréstimos que irão financiar a produção dos empresários rurais. Nesse sentido, Tomazette (2022, p. 142) salienta que: Com efeito, a agricultura, a pecuária, a indústria, o comércio, a prestação de serviços e a exportação são atividades produtivas que necessitam de recursos para seu desenvolvimento. Tais recursos podem ser obtidos de diversas formas, inclusive por meio de empréstimos, havendo até linhas especiais de crédito. Ao obter tais recursos por meio de empréstimos, o exercente da atividade produtiva acaba assumindo uma dívida, a qual poderá ser representada em uma cédula de crédito, podendo ter ou não garantias reais.

Dessa forma, observando o grande crescimento que a agricultura proporciona todos os anos ao país, os investimentos e incentivos estão cada vez mais se direcionando para melhoria da genética dos grãos, de maquinários para plantação e também colheita com precisão e que diminuam ao máximo possível a perda dos grãos e qualidade de suas plantações, fazendo assim com que o Brasil não perca mercado exterior para outros grandes produtores rurais que rivalizam com o vasto campo de produção que possuímos em nosso território nacional.

## **INTERPRETAÇÃO LEGISLATIVA ATÉ 2020**

A Lei de Recuperação Judicial e Falências Lei n. 11.101/2005 tem como princípio da preservação da empresa, de modo geral, ela parte da premissa de que a empresa representa um valor objetivo de organização que deve ser preservado, pois toda a crise da empresa causa um prejuízo à comunidade (TOMAZETTE, 2022).

Nesse sentido, o entendimento é que o princípio da preservação da empresa é fundamental na Lei de Recuperação de Empresas, uma vez que a empresa é a célula básica e essencial da economia do mercado financeiro e cumpre com suas funções

sociais, pois facilita a integração com outros agentes do mercado por meio da busca do lucro enquanto explora sua natureza econômica e atividades previstas (TOMAZETTE, 2022).

Em vista disso, a interação econômica com o mercado é apreciada nas mais diversas formas, bem como, construindo, vendendo, criando empregos, pagando impostos, impulsionando a economia, desenvolvendo as comunidades em que está operando, entre outras, criando assim riqueza e ajudando a sociedade e o país se desenvolverem, não porque esse é seu objetivo principal, mas simplesmente por conta dos efeitos colaterais benéficos que vem por meio da atividade regular. Assim o art. 47 da Lei 11.101/05 conceitua o objetivo da lei, orientando à ideia de que é importante “[...] viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor [...], promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (BRASIL, 2005).

Diante disso, tendo em vista as grandes consequências econômicas e sociais que se apresentam quando não somente uma empresa, mas várias empresas fecham as portas, é possível demonstrar qual a grande importância que se tem na implantação da Recuperação Judicial dentro do ordenamento jurídico brasileiro que serve para auxiliar não apenas organizações em crise, mas também os trabalhadores e credores que têm algo a receber (SOUZA, 2022).

Em consequência a isto, a Lei traz algumas vantagens como a possibilidade de ser acordado as dívidas em até 36 parcelas mensais, o pagamento da primeira parcela em 180 dias, plano de segurança que garante aos credores que sejam atendidos e recebam a parte que é devida entre outras (SOUZA, 2005).

Assim até o ano de 2020, a Lei 11.101/05 era vista como uma legislação importante e necessária para garantir a recuperação das empresas em crise financeira, mas que ainda precisava ser aprimorada e adaptada às necessidades do mercado e da economia brasileira (BRASIL, 2005).

## PROTEÇÃO DO PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA E O TRATAMENTO NA LEI Nº. 14.112/2020

A priori, tem-se como entendimento inicial sobre a Lei de Recuperação Judicial que seu objetivo principal é de apresentar um plano de recuperação que mostre a empresa, mesmo diante das dificuldades, que consegue se reerguer, e, dessa forma, consiga renegociar suas dívidas, em grande maioria, com fornecedores e trabalhadores e, assim, tenha a oportunidade continuar ativamente com a sua produção e não causando danos à sociedade.

Diante disso, a Lei 14.112/2020, se mantém com o mesmo foco e objetivo de sua Lei antecessora que é de trazer a empresa que está com risco em sua existência a ter uma oportunidade de se mostrar capaz e continuar promovendo riquezas para o país e benefícios para a sociedade (BRASIL, 2020); porém, a Lei 11.101/2005 trazia muitas dúvidas e discussões em relação à Recuperação Judicial do Produtor Rural (SOUZA, 2022).

Nesse sentido, o conflito entre as disposições sobre o registro da atuação empresarial de produtores rurais disposta no Código Civil, na qual a formalização da atividade é dispensada, de maneira a permitir o desempenho da atividade a partir somente do credenciamento da pessoa física e a exigência da Lei n. 11.101/05 que previa o prazo mínimo de dois anos de inscrição na Junta Comercial, para ser viável o agraciamento da recuperação judicial em vistas à proteção da função social da empresa (BRASIL, 2005).

Assim, esse conflito normativo, portanto, instaurava um cenário de dúvida quanto à possibilidade de recuperação judicial do produtor rural, cuja possibilidade de processamento tem ficado relegado às decisões judiciais de tribunais brasileiros (SOUZA, 2022).

Dessa forma, é visto que a principal modificação da nova lei foi na alteração do art. 48 da Lei 11.101/2020 que, alinhando-se ao Código Civil, passou a autorizar sua utilização para pessoa física não cadastrada na Junta Comercial e que exerce atividade empresarial rural (BRASIL, 2020).

Além disso, a ausência de registro não impede a qualificação da atividade de produtor rural como empresa, nem impede a formalidade de sua atividade, pois, dada a faculdade do registro, aqueles que exercem atividade rural sem registro são incontestavelmente trabalhadores e exercem uma atividade formal (BRASIL, 2020). Portanto, verifica-se na prática que as atividades regulares de trabalhadores rurais exercidas principalmente por pessoas físicas não cadastradas têm como principal foco de busca nos incentivos fiscais.

Dessa forma, o conflito normativo foi solucionado ao ser promulgada a Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020, o que acabou por expressamente autorizar com que o produtor rural enquanto pessoa física pudesse pleitear a renegociação de suas dívidas por via judicial (BRASIL, 2020). E isso serviu principalmente para alinhar as regras normativas às mesmas premissas já estabelecidas anteriormente pelo STJ.

Souza (2022, p. 32) sustenta que as dívidas adquiridas pelo produtor rural tanto por meio de pessoa física quanto pessoa jurídica, são passíveis de se enquadrarem nos requisitos para que sejam incluídas na recuperação judicial. Assim, já estão inclusas as dívidas que decorrem da exclusividade da atividade rural e que sejam comprovadas por meio do livro caixa do produtor rural ou declarações contábeis no caso da pessoa jurídica.

Igualmente, outras dívidas como dívidas de natureza trabalhista, bem como dívidas de natureza tributária, podem ser incluídas na ação de recuperação judicial a ser proposta, desde que haja limite no valor total da dívida e até mesmo em torno da natureza da dívida e objeto do pedido, conforme o que está previsto pelas alterações feitas pela Lei no 14.112/20 (BRASIL, 2020).

Assim, é possível destacar que dentro da legislação, em seu art. 49, §7 e 8o, existem os casos de dívidas que se originam de financiamentos como: crédito rural e linhas de crédito para aquisição de propriedades que se antecedem em três anos ao pedido, que somente se enquadram no rol das possibilidades a serem protegidas pela lei quando não foram renegociadas, caso

contrário, não terão a possibilidade de ingresso no processo da recuperação judicial (SOUZA, 2022).

Paralelamente a isso, o entendimento de que o produtor rural que está em exercício de sua atividade rural comprovada a mais de dois anos, é autorizado a ingressar com pedido de recuperação judicial para as dívidas que foram contraídas anteriormente de seu registro e assim apresentar as dívidas de fornecedores, trabalhistas, fiscais e diversas (BRASIL, 2020).

Por fim, é importante notar que no ano em que a Lei foi sancionada, o mundo passava por um momento pandêmico chamado de COVID-19, o que causou um grande alvoroço em todos os setores econômicos, sociais entre outros, e dessa maneira, as alterações foram impactantes por modernizar e reestruturar a Lei 11.101/2020, dando assim possibilidade das empresas que estavam passando por dificuldades financeiras, conseguirem lidar com seus compromissos, trazendo novos meios e alternativas de solução (SOUZA, 2021).

A Lei também buscou abranger para o produtor rural a possibilidade do requerimento da recuperação judicial já que o produtor rural pode enfrentar dificuldades financeiras devido a condições climáticas adversas, mudanças nos preços das commodities agrícolas ou problemas de mercado (BRASIL, 2020).

Essas circunstâncias podem levar a inadimplência em contratos de empréstimo, arrendamentos ou outros compromissos financeiros. Dessa forma, o dispositivo é relevante para os produtores rurais pois como já visto, exclui a regra do art. 48 que impossibilitava o ingresso de pedido de recuperação judicial a quem não tinha o tempo hábil de 2 anos de inscrição na

Junta Comercial. Também, contribui para a sustentabilidade econômica da atividade rural ao

trazer consigo mecanismos de renegociação de dívidas e assim estabelecer regras claras e objetivas para as relações contratuais.

Deste modo, conclui-se que o presente artigo científico teve como objetivo obter um profundo conhecimento sobre o tema relacionado a Recuperação Judicial do Produtor Rural, observando

o artigo 48 da Lei n. 11.101/2005, as hipóteses cabíveis em que podemos enquadrar o empresário rural que busca melhorar suas condições no que se refere sua atividade econômica.

Em suma, o produtor rural pode ser considerado empresário desde que exerça atividades econômicas de produção de bens de forma organizada conforme o art. 966 do Código Civil.

De acordo com o art. 971, os produtores rurais que se dedicam principalmente à atividade agropecuária não são obrigados a se registrar nos estabelecimentos comerciais.

O entendimento adotado era da possibilidade de afetar a sua habilitação para a recuperação judicial, uma vez que a Lei 11.101/2005 que regulamenta que esse processo só se aplica a empresários e sociedades empresárias. Portanto, o produtor rural deve ser registrado na Junta Comercial para ser considerado empresário e ter direito à proteção e reestruturação financeira previstas na legislação. Entretanto, após analisar os processos do REsp 1.905.573/MT e REsp

1.947.011/PR, o Superior Tribunal de Justiça determinou que os produtores rurais com mais de dois anos de atividade podem buscar a reintegração judicial desde que tenham registro na Comissão à época da formalizando a ordem de negociação.

A interpretação enfatiza que a Lei 11.101/2005 exige comprovação de mais de dois anos de atividade regular, nos termos do art. 48, ao invés de registro no órgão competente. Portanto, o registro na Junta Comercial é essencial para a obtenção de benefícios jurídicos ao solicitar a recuperação judicial.

De antemão, a análise encerra uma longa discussão e facilita aos produtores rurais a obtenção dos benefícios previstos na legislação, assim as alterações que veio por meio da lei n 14.112/2020 alterando em específico para esta pesquisa, o art. 48, tira a obrigação do empresário rural da inscrição em Junta Comercial de no mínimo 2 anos para que assim seja aderida a possibilidade de uso do instrumento da lei, No entanto, a questão do registro comercial é fundamental.

## CONCLUSÃO

Observou-se que a recuperação judicial é um importante instrumento jurídico que agracia a uma empresa ou empresário de ter um respaldo positivo do Poder Judiciário para que possa honrar com seus compromissos, sanar suas dívidas com fornecedores e com seus próprios colaboradores. Dessa forma, o estudo apresentou elementos importantes na atribuição da empresa apresentar o papel de cumprir com sua função social, de além de criar riquezas, poder contribuir para que a sociedade cresça e se desenvolva, que o país seja próspero e assim possa atingir a todos os cidadãos com as garantias que já são previstas.

Nesse sentido, vale destacar o ponto da importância em se ter uma vida financeira saudável fazendo com que a empresa possa estar preparada para suportar as adversidades do mercado econômico e assim também garantindo a sua existência por um longo período e além de poder buscar nos meios de empreendimento.

Também, o estudo nos mostra a importância do produtor rural no cenário econômico do Brasil, o que mostra que o agronegócio é uma ferramenta que não pode ser descartada e deve ser muito mais ativa e explorada por sociedade, pois através da produção que se tem condições de manter o país atualizado em questões de tecnologia e informação.

Por fim, a luz do Código Civil, estava estabelecido a faculdade do produtor rural de obter o registro, sendo permitido que pudesse exercer sua atividade rural como pessoa física e agora também permitido pela lei que regulamenta a recuperação judicial, permitindo assim que os impactos no agronegócio sejam positivos e permite que a instabilidade e insegurança na lei fossem sanadas.

## REFERÊNCIAS

AGRÍCOLA, Jacto. Pesquisa aponta os principais desafios enfrentados pelo produtor rural no Brasil. São Paulo: Sítio on-line globo.com, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/baurumaria/especial-publicitario/jacto-agricola/noticia/2019/05/27/pesquisa-aponta-os-principais-desafios-enfrentados-pelo-produtor-rural-no-brasil.ghtml>. Acesso em; 24 maio 2023.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas I. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Diário Oficial da União, 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: 10 maio 2023.

BRASIL. Lei n. 10.101 de 09 de fevereiro de 2005: Lei de Recuperação Judicial e Falência. Brasília: Diário Oficial da União, 2005. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acesso em: 20 maio 2023.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Código Civil brasileiro. Brasília: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Lei n. 14.122 de 24 de dezembro de 2020. Brasília: Diário Oficial da União, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm). Acesso em: 15 maio 2023.

CERQUEIRA Leandro. Produtor Rural no Brasil – Desafios e Oportunidades. São CONTDIAS. Saúde financeira da empresa: como fazer uma boa análise? Belo Horizonte: Sítio on-line da CONTDIAS, 2021. Disponível em: <https://contdias.com/saude->

financeira-da-empresa-como-fazer-uma-boa-analise/. Acesso em: 14 maio 2023.

FARIA, Paulo Henrique; PAIVA, José Matheus Barros. Recuperação judicial do produtor rural: uma análise jurisprudencial. São Paulo: Sítio on-line do Migalhas, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/386651/recuperacao-judicial-do-produtor-rural>. Acesso em: 27 maio 2023.

FEIJÓ, Ricardo Luis Chaves. **Economia Agrícola e Desenvolvimento Rural**. São Paulo: Grupo GEN, 2010.

FRAPORTI, Simone; REIS, Zaida Cristiane dos; FERRARI, Fernanda da Luz; SANTOS, Tiago Ferreira; BERTOLIN, Rosângela Violetti; GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira; PORTELLA, Mariana; BARCELLOS, Bruno Maldonado; SOUZA JÚNIOR, Walter Alves; BARRETO, Jeanine dos Santos. Teoria geral da empresa: São Paulo: Grupo A, 2018.

FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. In: COELHO, Fábio Ulhoa; ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli (coords). Tomo: Direito Comercial. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.) Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>. Acesso em: 15 mai. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 14 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Ana Luiza Lara de Araújo; MACHADO, Marcia Carla Pereira Ribeiro. **Função Social da Empresa**: um olhar a partir do direito empresarial e do direito do trabalho. São Paulo: Revista de Direito Empresarial, 2020.

NEGRÃO, Ricardo. Curso de direito comercial e de empresa. 11 ed. São Paulo: Saraiva jur, 2022.

RIBEIRO, Paulo Dias de Moura. A recuperação judicial do produtor rural. O Agronegócio na interpretação do STJ. Brasília: STJ, 2018. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/static\\_files//Instit](https://www.stj.jus.br/static_files//Instit)

ucional/Educa%C3%A7%C3%A3o%20e%20cultura/Eventos/Arquivos/Ministro%20Moura%20Ribeiro.pdf. Acesso em: 02 maio 2023.

SCAFF, Fernando Facury; O que fazem os advogados especializados em Direito Financeiro, os "financeiristas"? Teresina: Sítio on-line do Conjur, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-26/contas-vista-fazem-advogados-especializados-direito-financeiro>. Acesso em: 13 maio 2023.

SILVÉRIO, Lorena da Silva; Análise financeira de processos: a importância para as decisões estratégicas da empresa. São Paulo; Sítio on-line da Dattos, 2022. Disponível em: <https://www.dattos.com.br/analise-financeira-de-processos-a-importancia-para-as-decisoes-estrategicas-da-empresa/b/>. Acesso em: 15 fev. 2023.

SOUZA, André Ricardo Passos de. Recuperação Judicial do Produtor Rural. *Agroanalysis*, v. 42, n. 6 (junho), São Paulo, 2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/agroanalysis/article/view/88081>. Acesso em: 03 março 2023.

\_\_\_\_\_. STJ, Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial n. 478.001/ES. Rel. Min. Raul Araújo. DJ de 19/11/2015. Brasília: Diário da Justiça, 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/15325016>. Acesso em: 07 maio 2023.

\_\_\_\_\_. TJSP, Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão no Agravo de Instrumento n. 994092930317/SP. Rel. Des. Romeu Ricupero. DJ de 16/04/2010. São Paulo: Diário da Justiça de São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/15325016>. Acesso em : 04 maio 2023.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 13. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva jur, 2022.

VALE, Horácio Eduardo Gomes. Princípio da função social da empresa. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5034, 13 abr. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56478>. Acesso em: 10 maio 2023.

**RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL:  
MUDANÇAS ADVINDAS COM A REFORMA DA LEI  
11.101/2005 PELA LEI 14.112/2020 E O NOVO  
ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Maria Clara de Souza Ozório  
Abner da Silva Jaques  
Cid Eduardo Brown da Silva

## **INTRODUÇÃO**

A recuperação judicial e extrajudicial é um instituto legal que surgiu através da Lei 11.101/2005, com o objetivo de permitir a reestruturação econômica e financeira de empresas que estejam em crise, evitando, assim, que seja declarada a falência. Por meio desse instituto, as empresas têm a possibilidade de negociar suas dívidas com credores, preservar empregos, estruturar finanças e continuar a exercer as atividades de maneira saudável sem maior impacto.

Um de seus principais benefícios se encontra no caput do art.6º e o Inciso 4.º da lei, o qual estipula que, uma vez aceita a recuperação judicial, fica autorizada a suspensão do processo de prescrição e todos os litígios e execuções as quais o devedor estejam enfrentando, contanto que não ultrapasse o prazo de 180 dias (cento e oitenta dias) do *stay-period* (período de estabilidade), sendo esse prazo improrrogável. No entanto, não apresentava em seu texto a possibilidade do produtor rural como pessoa física dispor desses benefícios. O referido instituto dispõe de alguns requisitos de admissibilidade para que seja deferido seu requerimento, tais como, a legitimidade do autor, conforme estabelecido em lei, que poderá se sujeitar aos seus efeitos, os empresários e sociedades empresariais, e estar esse exercendo a atividade regularmente há mais de 2 (dois) anos, entres outros requisitos a serem preenchidos.

A Lei n. 14.112, publicada em 24 de dezembro de 2020, atualiza a legislação referente à recuperação judicial, extrajudicial e falência

do empresário e sociedade empresarial. Uma das principais alterações advindas com a reforma da lei reguladora foi o reconhecimento expresso quanto à legitimidade para que o produtor rural pessoa física tenha o direito a requerer a utilização do instituto recuperatório, dispensando a obrigatoriedade do período mínimo do registro que antes era exigido como requisito obrigatório para o deferimento do pedido, passando esse a ser requisito formal.

O agronegócio, que já era tratado como um ramo do Direito Comercial Brasileiro, é uma das grandes potências econômicas do país. As relações Mercantis tomaram um importante espaço na sociedade em geral, com status basilar na economia de um Estado, e por isso, faz-se necessária a proteção que lhe é devida, salvaguardando, em primeiro lugar, aqueles que têm na atividade empresarial seu ofício e fonte de renda, bem como atuando na preservação da economia nacional e internacional. Não pode ser negada a função social que desempenha uma empresa, sendo tanto na oferta de empregos direta e indiretamente, quanto no recolhimento de impostos e tributações, e por esse motivo, necessita de uma visão preservativa acerca da problemática apresentada, devendo assim o poder público investir em abordagens com caráter preventivo também ao empresário rural, sendo esse, na atualidade, um dos maiores impulsionadores da movimentação do Produto interno bruto (PIB) brasileiro.

O estudo se justifica mediante a relevância do setor para a economia brasileira, e nas várias divergências entre doutrinadores a respeito do tema até que se chegasse a esse importante entendimento. Ainda, tem como objetivo principal, a necessária proteção dessa atividade. Será analisado as possibilidades nas quais poderá o produtor rural ter seu pedido concedido, bem como, da não obrigatoriedade de registro à Junta Comercial.

Diante desse contexto, o objetivo geral deste trabalho é analisar a concessão do direito ao processo de recuperação judicial para o produtor rural. Para alcançar esse objetivo, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: descrever o

instituto da recuperação judicial, considerando as mudanças do entendimento em relação ao produtor rural e a possibilidade de sua aplicação, abordando a evolução dessa questão no ordenamento jurídico, levando em consideração as particularidades do produtor rural enquanto agente econômico; analisar o entendimento doutrinário e jurisprudencial relacionados ao tema, buscando compreender os posicionamentos e argumentos apresentados por estudiosos do direito e as decisões judiciais proferidas nesse contexto; apontar os aspectos principais relacionados à aplicação da estruturação geral definida na legislação falimentar e a recuperação judicial.

Serão explorados os requisitos e procedimentos estabelecidos pela legislação, bem como a forma como esses elementos se aplicam ao produtor rural e constatar que o produtor rural, seja como pessoa física ou jurídica, exercendo atividades empresariais, é merecedor do direito ao instituto de recuperação judicial em um momento de enfrentamento a uma crise financeira.

Ao atingir esses objetivos, pretende-se contribuir para o aprofundamento do debate sobre a concessão do direito ao processo de recuperação judicial para o produtor rural, considerando a sua importância como agente econômico e as particularidades de sua atividade. O artigo foi desenvolvido em três itens. Em primeiro lugar, busca fazer uma breve análise da figura do produtor rural como empresário, função social da empresa e suas principais características e requisitos para o pedido da recuperação judicial. No segundo item aborda acerca da importância do instituto e das limitações deste ao produtor rural, e em seguida, no último capítulo, discorrer sobre a interpretação da elaboração doutrinária e jurisprudencial, diante da reforma da legislação de recuperação judicial e falências, no que se refere ao tema.

A realização da pesquisa se deu pelo método hipotético-dedutivo, partindo de premissas gerais trazidas das mais diversas pesquisas bibliográficas, sites, jurisprudências, doutrinas e legislação vigente acerca do tema, analisando e delimitado até que se chegasse ao ponto de partida para os fundamentos do artigo.

## FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E ATIVIDADE DO PRODUTOR RURAL

O surgimento do Direito Comercial se deu através da necessidade de um ramo do Direito que se interessasse com as novas possibilidades de fatos jurídicos exercidos pelo comércio, fator esse que se evidenciou com o êxodo rural em massa e o aumento de produção industrial, no fim da Idade Média. Pouco mais tarde, se transformou, como o conhecemos hoje, no Direito Empresarial. Tal ramo é responsável pelo estudo das relações de comércio entre empresa e empresário, aqui já tratados como comerciantes.

A Teoria dos Atos de Comércio possibilitou a delimitação de incidência do direito comercial de uma maneira mais igualitária e objetiva a todos, porém não se prolongou, visto que com o passar do tempo outras atividades surgiram e passaram a ser deixadas de constar na lei, tendo por sua consequência não serem abarcadas pelos regramentos conforme Ramos (2016, p.36.)

[...] Outras atividades econômicas, tão importantes quanto a mercância, não se encontravam na enumeração legal dos atos de comércio. Algumas delas, porque se desenvolveram posteriormente (ex.: prestação de serviços), E a produção legislativa, como sabemos, não consegue acompanhar o ritmo veloz do desenvolvimento social, tecnológico etc.

Em primeiro lugar, é necessário que faça a distinção entre esses conceitos: O empresário, sociedade empresária e atividade empresarial. Para Gonçalves Neto (2021, p. 36), o empresário tem como definição: a pessoa natural que tem como profissão o exercício da atividade econômica. O código civil de 2002, em seu art. 966, trouxe então a definição de empresário como figura central do direito de empresa:

Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens, ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce

profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa

Nessa linha ainda, Fabio Ulhôa Coelho (2008, p. 63) conceitua:

Empresário é a pessoa que toma iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços. Essa pessoa pode ser tanto a física, que emprega seu dinheiro e organiza a empresa individualmente, como a jurídica, nascida da união de esforços de seus integrantes. [...] Em termos técnicos, contudo, empresa é a atividade, e não a pessoa que a explora; e empresário não é o sócio da sociedade empresarial, mas a própria sociedade.

Para Alverne (2010, p. 11), a definição de sociedade empresária é aquela que exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, com baseado na Teoria do Elemento de Empresa, objetivando o lucro a ser dividido entre as pessoas que constitui essa sociedade. Desta maneira, é considerado como sociedade empresária, quando exerce atividade econômica organizada para a circulação de bens e serviços, ou para produção.

Desta forma, o entendimento se limitou a reconhecer o empresário como aquele sujeito que exerce de forma profissional uma atividade econômica com fins lucrativos, com uma estruturação organizada para tal finalidade e que seja voltada para a circulação de bens e serviços ao mercado ou para a produção, conceito esse diretamente baseado ao artigo 966 do Código Civil (NEGRÃO, 2020, p. 59).

Entendesse então, para o direito empresarial, a figura do empresário não é apenas ser aquele que possui uma empresa, mas sim o sujeito de direito que exerce como profissão de forma habitual a atividade empresarial, podendo esse atuar de maneira individual, como pessoa física, ou também em sociedade empresária, como pessoa jurídica, frisando que os sócios não serão

necessariamente empresários, tendo a possibilidade desses integrarem a sociedade como investidores ou empreendedores.

Com base no entendimento de Coelho (2008) Deve-se desde logo acentuar que os sócios da sociedade empresária não são empresários. Quando pessoas (naturais) unem seus esforços para, em sociedade, ganhar dinheiro com a exploração empresarial de uma atividade econômica, elas não se tornam empresárias.

Logo, a sociedade por elas constituída, uma pessoa jurídica com personalidade autônoma, sujeito de direito independente, é que será empresária, para todos os efeitos legais. Os sócios da sociedade empresária são empreendedores ou investidores, de acordo com a colaboração dada à sociedade “os empreendedores, além de capital, costumam devotar também trabalho à pessoa jurídica, na condição de seus administradores, ou as controlam; os investidores limitam-se a aportar capital”. As regras que são aplicáveis ao empresário individual não se aplicam aos sócios da sociedade empresária (COELHO, 2010, p. 15).

No que se refere ao empresário como pessoa física, este atua de modo que a responsabilidade das suas obrigações se reconhece limitadamente. A sociedade unipessoal ou as sociedades limitadas a responsabilidade de seus entes, abrange a proporção das cotas sociais integralizadas de cada um de seus sócios. Esse era o entendimento mais amplo e geral que conceituava o empresário e a sociedade empresarial. Entretanto, existe uma classe que sempre causou grande repercussão e vários entendimentos dos mais distintos possíveis a seu respeito: o produtor rural.

No Brasil temos a atividade rural que é marcada pela grande competitividade a nível Internacional, vem que inúmeros exploradores abastecem o mercado. Assim, os preços de determinados produtos estão sujeitos a grandes variações que não decorrem somente das condições e do volume do produto local, mas, também, das condições e do volume da produção de outras regiões e até mesmo outros países. (BONONI, 2011, p. 79).

Para melhor definir, o produtor rural é a pessoa física ou jurídica que se dedica a produção agropecuária em sua

propriedade rural. Atividade essa que envolve cultivo de alimentos, criação de animais, cultivo de grãos, entre outras atividades com ou sem fins econômicos. Ele é responsável por gerir sua propriedade rural desde o início, planejando e implementando as atividades até a administração dos recursos necessários para a produção, tais como insumos, equipamentos e a mão de obra, podendo suas atividades serem exploradas tanto de forma civil quanto empresarial.

Ademais, o produtor precisa também sempre estar atento às questões ambientais e de sustentabilidade, utilizando técnicas e práticas que minimizem os impactos ambientais, garantindo a preservação do meio ambiente. A produção rural no Brasil tem grande destaque e relevância, representando grandes marcos históricos do país e do seu cenário atual. Na esfera econômica, a cadeia produtiva agrícola e pecuária representa mais de 20% (vinte por cento) do PIB (Produto Interno Bruto) brasileiro (IBGE, 2021). Esses resultados advêm não apenas dos grandes produtos no mundo do agronegócio, mas também os pequenos e médios produtores rurais, que desenvolvem suas atividades de forma a impulsionar o mercado e a economia como um todo.

A lei de recuperação traz em seu texto sua destinação voltada para as pessoas jurídicas conforme já citado acima e presente no 1º art. da lei 11.101/2005 “Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor” (BRASIL, 2005).

Entretanto, com todos os avanços no âmbito rural, a busca da proteção judicial e o intuito de concessão desse instituto tem movimentado o cenário jurídico, e recebendo apoio do judiciário brasileiro, em que se refere aos requisitos impostos, e verificada a dispensabilidade do cumprimento de prazo mínimo de registro na Junta Comercial, sendo esse um dos grandes avanços para essa classe profissional no país. A lei n. 8.023/1990 traz em seu artigo 2º o que é considerada atividade rural.

Art. 2o Considera-se atividade rural: I – a agricultura; II – a pecuária; III – a extração e a exploração vegetal e animal; IV – a exploração da apicultura, avicultura, cunicultura, suinocultura, sericultura, piscicultura e outras culturas animais; V – a transformação de produtos decorrentes da atividade rural, sem que sejam alteradas a composição e as características do produto in natura, feita pelo próprio agricultor ou criador, com equipamentos e utensílios usualmente empregados nas atividades rurais, utilizando exclusivamente matéria-prima produzida na área rural explorada, tais como a pasteurização e o acondicionamento do leite, assim como o mel e o suco de laranja, acondicionados em embalagem de apresentação.

Tem-se, então, a figura do empresário rural, sendo basicamente a junção dos dois conceitos: empresa e empresário. Empresário rural, é aquele cuja atividade rural constitui sua principal profissão, conforme disposto no artigo 971 do Código Civil (BRASIL, 1990), entretanto neste dispositivo poderá o produtor rural optar se continuará como simples produtor rural ou ingressará com habilitação como empresário individual, após a realização da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, registro esse conhecido como junto comercial.

Após o devido registro, o produtor rural se torna empresário rural individual, permanecendo com suas responsabilidades ilimitadas, entretanto seu patrimônio pessoal deixa de estar evidenciado, passando assim o patrimônio de pessoa jurídica a garantir as responsabilidades dos atos praticados pelo agora empresário. Assim, significa dizer que o registro como empresário ao produtor rural tem uma natureza diversa das outras atividades sendo constitutivo.

Para fazer uma análise aprofundada sobre a recuperação judicial, deve-se identificar princípios fundamentais para a viabilidade da própria recuperação, sendo um deles, e dos mais importantes: a função social da empresa. No início do século XX, o movimento conhecido como Responsabilidade Social Corporativa trouxe a ideia de que as empresas têm uma função social. Tal movimento tinha como objetivo incentivar as empresas a adotarem práticas mais responsáveis e éticas em suas atividades, considerando não apenas os objetivos econômicos, mas também o

impacto na sociedade e no meio ambiente. Com o passar do tempo a noção de função social da empresa foi-se desenvolvendo e ampliando.

O princípio da função social da propriedade, que está diretamente atrelado ao princípio da função social da empresa, é tratado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, III, como princípio de ordem econômica, sendo também assegurada no artigo 5º, XXIII, no âmbito de direitos e garantias fundamentais.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III – função social da propriedade. (BRASIL, 1988).

A função social da empresa não consiste apenas em princípio importante para o funcionamento da ordem econômica constitucional, mas também para diversas esferas da sociedade, bem como, o ambiente, a propriedade privada, o direito dos trabalhadores, entre outros (RODRIGUES, 2022).

No mesmo sentido, a atividade econômica desenvolvida por esse empresário, seja ela de produção ou circulação de bens ou serviços (COELHO, 2013, p. 145), não se limitaram a geração de riquezas para o agente econômico, devendo atingir função social de forma que, haja harmonização entre os interesses coletivos com o do empresário.

Cumpra sua função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal. (COELHO, 2013, p. 81).

No artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), configura como responsabilidade empresarial, além da prestação de serviços e garantia das qualidades dos produtos, também a necessidade de promoção de ações sociais e proteção ao meio ambiente. Para uma melhor compreensão, a empresa ao exercer suas atividades, não está satisfazendo apenas os interesses dos proprietários, mas também dos consumidores através da oferta de produtos e serviços, assim como também aos trabalhadores pela oferta de vagas de trabalho, condições essas essenciais para movimentação econômica do país. Ademais, as empresas fazem a utilização de insumos, recorrendo assim a fornecedores, gerando a movimentação financeira e recolhimento de tributos para o estado que acabam retornando à sociedade, por meio de prestação de serviços essenciais.

Esses diversos desdobramentos de forma contínua estão essencialmente ligados à função social da empresa, conforme aponta Teixeira (2019, p. 1081): O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, É viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira, do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Dessa forma, a empresa deverá observar todos estes deveres para cumprir sua função social. Assim a função social da empresa que requerer a recuperação judicial deverá ser analisada pelo juízo competente, em razão de sua falência impactar em inúmeros agentes com os quais ela se relaciona, sendo compreendida como a busca pelo equilíbrio entre os interesses do empresário ou grupo de sócios e a própria sociedade.

## A LIMITAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL AO PRODUTOR RURAL E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Antes da promulgação da Lei n. 11.101/2005, o sistema que regia a respeito da recuperação judicial no Brasil era a concordata, previsto no Decreto-Lei n 7.661/1945, perdurando esse por 60 anos, na qual existia a possibilidade do devedor antes ou depois de iniciar o processo de falência, honrar com suas obrigações através da dilação ou da remissão dos créditos.

O instituto da concordata, este com origem no direito romano arcaico, onde a falência era tida como um crime contra os credores, daí conhecimento do brocardo *falliti sunt* fraudadores (os falidos são fraudadores), E tinha caráter infamante, pois tinha como objetivo punir o devedor que traiu a confiança de seus credores, abalando fatalmente a moral do devedor que era assemelhado a um criminoso (PEREIRA, 2016).

Ao fazer-se necessária a reforma da legislação, foi promulgada a referida Lei de Recuperações e Falências n. 11.101/2005 no ordenamento jurídico brasileiro, momento em que a concordata deixou de ser admitida, desta forma, sendo revogado expressamente o decreto-lei, já que havia deixado de ser compatível com a dinâmica da economia brasileira na atualidade.

Desde então em vigor, a LFRE tinha um papel de adequar o sistema concursal ao atual estágio de desenvolvimento da economia brasileira e relações comerciais, incentivando e estimulando a negociação entre devedores e credores, tendo como objetivo central viabilizar a continuidade da empresa, ou em último caso, ao perceber a inviabilidade do negócio, a lei de recuperações e falências cria então condições para liquidação eficiente e rápida dos ativos da empresa (LISBOA, 2005, p. 42).

A recuperação busca a mínima perda possível de bem-estar social, gerando um ambiente de flexibilidade para resolução mais eficiente no mercado para a empresa em dificuldades em se distanciar dos interesses dos credores envolvidos no processo.

Segundo Coelho (2015), a recuperação judicial consiste em ser uma possibilidade proposta pela lei aos devedores que se enquadrarem como empresário ou sociedade empresária, por meio da qual podem reorganizar seus negócios utilizando um plano deliberado com os credores e homologado judicialmente. Contudo, o regramento da recuperação judicial possui falhas, tais quais comprometem a aplicação imediata e bastadamente precisa de seus dispositivos. De forma específica, no caso do empresário rural, a estrutura jurídica normativa destinada à sua recuperação judicial é complexa e imprecisa, visto que a dimensão concedida ao explorador da atividade rural pelo Código Civil Brasileiro de 2002 não propõe uma caracterização específica e determinada que o englobe na situação de empresário, sendo beneficiário do regime da nova legislação.

Resumidamente, verifique-se que a satisfação do benefício do instituto da recuperação judicial não é para toda a sociedade empresária como bem mostra a própria LFRE, delimitando quem está sob os efeitos da lei como um todo, assim como apresenta uma série de requisitos que devem ser satisfeitos cumulativamente para o ajuizamento e conseqüentemente para o deferimento do pedido de recuperação judicial (SACRAMONE, 2018, p. 192).

O artigo 2º da LFRE (BRASIL, 2005) determina o seguinte sobre as limitações de sua aplicação.

Art. 2º Esta Lei não se aplica a: I – Empresa pública e sociedade de economia mista;

II – Instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Ou seja, nenhuma destas sociedades empresárias podem se valer da recuperação judicial. Ademais, também não poderá pedir recuperação judicial os devedores proibidos de solicitar a concordata pela lei especial, seguindo a determinação do artigo 198 da LFRE, com exceção das empresas de aviação comercial.

Entrando no campo da aplicação da lei de recuperação judicial ao produtor rural, o artigo 971 do código civil, determina que o empresário que constitui a atividade rural como sua principal profissão, pode proceder com a sua inscrição no registro Público de Empresas Mercantis, sendo assim em relação a este, a sua inscrição no registro mercantil é facultada, de modo que este pode optar ou não pela inscrição. No que diz respeito à divergência sobre o regime jurídico aplicado ao produtor inscrito ou não inscrito e de natureza da inscrição, a jurisprudência e a doutrina têm posicionamento homogêneo, no qual o produtor rural deve estar inscrito no Registro Público de Empresas para que possa requerer a recuperação judicial, como consequência dos diversos tipos de exploração da atividade agrária no Brasil (2002, 971-984).

Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

Art. 984. A sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e seja constituída, ou transformada, de acordo com um dos tipos de sociedade empresária, pode, com as formalidades do art. 968, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da sua sede, caso em que, depois de inscrita, ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária.

Parágrafo único. Embora já constituída a sociedade segundo um daqueles tipos, o pedido de inscrição se subordinará, no que for aplicável, às normas que regem a transformação.

Desta forma, o que se verifica é que o empresário rural que optar por proceder com a sua inscrição no registro mercantil será equiparada, para todos os efeitos, ao empresário não rural sujeito ao registro, de maneira que a ele será aplicada de forma integral o regime jurídico empresarial. No campo jurídico, já tinha o reconhecimento ao produtor rural pessoa física, que exercer essa atividade há pelo menos 2 anos, tendo esse direito de pedir a

recuperação judicial. Assim, a recuperação judicial para pessoa física sem a inscrição não é contemplada no Brasil.

Também, existe o quesito do lapso temporal, devendo a pessoa jurídica devidamente inscrita, ter pelo menos 2 (dois) anos de registro empresarial. Sérgio Campinho (2019) dispõe uma distinção entre a agroindústria e a atividade rural quanto à necessidade de registro. O autor pontua, características da agroindústria permitem concluir que a atividade está obrigatoriamente sujeita a registro, em contrapartida, a primeira não teria a inscrição de forma compulsória. Manoel Justino Bezerra Filho (2017, p. 183) dispõe:

Há um aspecto curioso no pedido de recuperação judicial por empresário rural, no que tange a comprovação do período de exercício da atividade empresarial. O art.971 do CC estabelece que o empresário que exerci a atividade rural, pode requerer sua inscrição no registro público de empresas mercantis, a junta comercial, e que, depois de inscrito, ficará equiparado ao empresário sujeito a registro. Portanto, o empresário rural ou pessoa jurídica que exerce atividade rural, se inscrito na junta comercial há mais de dois anos, comprovará tal situação e terá direito ao pedido de recuperação, no que diz respeito ao preenchimento da exigência deste art. 48.

Para o Bezerra Filho (2017, p. 184), somente o empresário devidamente registrado pode requerer a recuperação judicial, entretanto entende que o juiz deve conceder o prazo de 15 dias previsto no artigo 321 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) para que o empresário possa sanar a irregularidade de inscrição. Diversas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça, ao longo do tempo, construíram um entendimento sólido que em sua maioria limitavam a aplicação da LFRE, ao produtor rural.

A lei falimentar, em inúmeras vezes, deixa de estabelecer condições claras para nortear os magistrados e as partes durante esse procedimento, sendo descabida para satisfazer os objetivos positivados na Lei. Entretanto, ao que se refere sobre o registro prévio, a lei será indiscutível, conforme enfatizado nos artigos 48 e

51 da LFRE, combinados com os artigos 966 e 971 do CC (BRASIL, 2002). Tal limitação levou a grande movimentação em que o produtor rural atuante no setor do agronegócio, busque então, proteção judicial para se requerendo o instituto, ainda que não possuísse os quesitos necessários para tal proteção, conforme expresso na lei, recebendo cada vez mais apoio do judiciário brasileiro, no tocante à questão da irrelevância de prazo mínimo de registro na junta comercial.

O Primeiro acórdão do Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto foi a decisão do Resp. 1.193.115, que estabeleceu, por maioria dos votos, que o produtor rural não registrado na Junta Comercial não poderia ter a recuperação judicial deferida. O relator, Ministro Sidnei Beneti Destaca em seu voto, que o instituto da recuperação judicial É de utilização privada o devedor que exercer de forma regular e por mais de 2 anos de inscrição, a atividade empresarial, concluindo que:

De qualquer forma, a inscrição no registro de comércio exige-se, necessariamente, antes do ajuizamento do pedido de recuperação judicial, não havendo como suprir-se pela inscrição posterior, como no caso, em que, como constante do Acórdão recorrido, veio, essa inscrição, a dar-se 55 dias após o ingresso do pedido de recuperação em Juízo. (...) Não se está, no caso presente, enfrentando jurisdicionalmente a aplicabilidade, ou não, da Lei de Recuperação Judicial ao produtor rural, via de reestruturação econômico-financeira que, antes do Cód. Civil de 2002 e da Lei de Recuperação Judicial e Falências, era interdita ao rurícola (Resp. 24.172/MG, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JR, lembrado pelo voto da E. Relatora). No caso apenas se reafirma exigência de inscrição na Junta Comercial – não substituída por inscrição ou registro em órgão público diverso – para o acesso à recuperação judicial. (BRASIL, STJ, 2013).

Desde então, o STJ passou a firmar um posicionamento nítido acerca da inaplicabilidade da LRF ao produtor rural não registrado, entendimento esse dado como correto, visto que não havendo registro fica impossibilitado de ser reconhecido como empresário,

deixando assim de ser o destinatário desse instituto que visa o enfrentamento da crise empresarial. A escolha do legislador pela exclusão dos não registrados é eficiente e racional, para a redução dos custos de transação e maior segurança aos agentes econômicos (SIQUEIRA, 2016, p. 62).

Entretanto, no referido acórdão, o relator foi omissivo ao deixar de esclarecer expressamente, ao que se refere, se o produtor rural poderá ou não se submeter à recuperação judicial, mantendo assim o questionamento sem resposta clara e precisa, até o mais recente entendimento das turmas dos tribunais.

Analisando ainda outra decisão a respeito da matéria, destaque-se o acórdão proferido no Resp. 1.800.032/ MT. No referido caso, o produtor rural possui a inscrição de forma regular na Junta Comercial do estado de Mato Grosso, sendo então legalmente reconhecido como empresário, antes de fazer a solicitação da RJ, posteriormente pretendendo esse ser beneficiário do instituto.

A discussão do caso se deu justamente com enfoque no lapso temporal da inscrição e pedido. Foi verificado que a inscrição foi realizada poucos dias antes do protocolo de pedido da recuperação judicial, sendo assim reconhecido que sua regularidade empresarial era inferior ao período mínimo para que fosse deferido seu pedido. Mesmo que o relator tenha feito essa análise e trazendo discussões sobre o entendimento do artigo 48 caputs, o entendimento que prevaleceu foi o oposto, onde restou consignado pelo Ministro Raul Araújo, que o produtor rural poderá sim exercer sua atividade regularmente, mesmo que sem a inscrição na Junta Comercial (BRASIL, STJ, 2020).

Para ele, o prazo de regularidade não está relacionado ao prazo de registro, e sim com o prazo em que exerce efetivamente suas atividades, bem como consta em seu voto:

Em suma, o produtor rural, após registro, tem direito de requerer a recuperação judicial regulada pela Lei 11.101/2005, desde que exerça há mais de dois anos sua atividade. Como condição para o requerimento da recuperação judicial pelo produtor rural, exige-se sua inscrição no Registro Público de

Empresas Mercantis da respectiva sede, condicionada à comprovação de exercício da atividade rural há mais de 2 (dois) anos, mesmo o que anteriormente à data do registro. Assim, comprovado o exercício da atividade econômica rural pelo prazo mínimo exigido no art. 48 da Lei 11.101/2005, sujeitam-se à recuperação os créditos constituídos e pendentes que decorram da atividade empresarial. (BRASIL, STJ, 2020).

Tal julgado pode ser considerado o primeiro favorável expressamente para a aplicação da LFRE ao produtor rural. Antes da alteração legislativa, os empresários rurais se viam em uma situação de incerteza, dependendo do entendimento subjetivo do Poder Judiciário para ter acesso à recuperação judicial. Essa falta de clareza e previsibilidade expunha os empresários rurais a um juízo de subjetividade por parte dos magistrados, tornando o processo de reestruturação econômico-financeira ainda mais desafiador. A necessidade de uma regulamentação clara e objetiva para o tratamento dos empresários rurais no âmbito da recuperação judicial tornou-se evidente, a fim de proporcionar segurança jurídica e igualdade de tratamento a todos os agentes econômicos envolvidos.

## **INOVAÇÃO DA LEI 14.112/2020 E A ESTABILIZAÇÃO NORMATIVA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL**

No ano de 2019 foi fixada uma importante decisão para o setor do agronegócio e para a recuperação judicial do produtor rural como pessoa física, defendido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), com a importância de preservar o negócio rural constituído ainda que sob a forma de uma pessoa física, uma vez que essa atividade tem função social e a proteção da recuperação judicial contribuirá para a preservação do negócio.

O acórdão que deu provimento ao Recurso Especial n.1.800.032/MT, por maioria dos votos, tendo como relator o Ministro Marco Buzzi, entendeu que:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E EMPRESARIAL. EMPRESÁRIO RURAL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REGULARIDADE DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL ANTERIOR AO REGISTRO DO EMPREENDEDOR (CÓDIGO CIVIL, ARTS. 966, 967, 968, 970 E 971). EFEITOS EX TUNC DA INSCRIÇÃO DO PRODUTOR RURAL. PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL (LEI 11.101/2005, ART. 48). CÔMPUTO DO PERÍODO DE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL ANTERIOR AO REGISTRO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O produtor rural, por não ser empresário sujeito a registro, está em situação regular, mesmo ao exercer atividade econômica agrícola antes de sua inscrição, por ser esta para ele facultativo. 2. Conforme os arts. 966, 967, 968, 970 e 971 do Código Civil, com a inscrição, fica o produtor rural equiparado ao empresário comum, mas com direito a "tratamento favorecido, diferenciado e simplificado (...), quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes". 3. Assim, os efeitos decorrentes da inscrição são distintos para as duas espécies de empresário: o sujeito a registro e o não sujeito a registro. Para o empreendedor rural, o registro, por ser facultativo, apenas o transfere do regime do Código Civil para o regime empresarial, com o efeito constitutivo de "equipará-lo, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro", sendo tal efeito constitutivo apto a retroagir (ex tunc), pois a condição regular de empresário já existia antes mesmo do registro. Já para o empresário comum, o registro, por ser obrigatório, somente pode operar efeitos prospectivos, ex nunc, pois apenas com o registro é que ingressa na regularidade e se constitui efetivamente, validamente, empresário. 4. Após obter o registro e passar ao regime empresarial, fazendo jus a tratamento diferenciado, simplificado e favorecido quanto à inscrição e aos efeitos desta decorrente (CC, arts. 970 e 971), adquire o produtor rural a condição de procedibilidade para requerer recuperação judicial, com base no art. 48da Lei 11.101/2005 (LRF), bastando que comprove, no momento do pedido, que explora regularmente a atividade rural há mais de 2 (dois) anos. Pode, portanto, para perfazer o tempo exigido por lei, computar aquele período anterior ao registro, pois tratava-se, mesmo então, de exercício regular da atividade empresarial. 5. Pelas mesmas razões, não se pode distinguir o regime jurídico aplicável às obrigações anteriores ou posteriores à inscrição do empresário rural que vem a pedir recuperação judicial, ficando também abrangidas na recuperação aquelas obrigações e dívidas anteriormente contraídas e ainda não adimplidas. 6. Recurso especial provido, com deferimento do processamento da recuperação judicial dos recorrentes. (BRASIL, STJ, 2020).

Na referida decisão foi considerado irrelevante a efetivação da inscrição na junta comercial pelo produtor rural, para que esse tenha acesso à proteção da recuperação judicial. Ou seja, mesmo que o

produtor rural não esteja devidamente inscrito na junta comercial, isso não impede que ele recorra à recuperação judicial para buscar a reestruturação de suas dívidas e a preservação de seu negócio.

Essa decisão ressalta a importância da função social desempenhada pela atividade rural e reconhece a necessidade de proteger o produtor rural no contexto da recuperação judicial. Ao permitir que o produtor rural como pessoa física se beneficie da recuperação judicial, a decisão contribui para a preservação dos negócios rurais e para a continuidade das atividades no setor do agronegócio.

A reforma da Lei 11.101/2005 traz consigo alterações e atualizações importantes para o regime de recuperação e falências. Uma das primeiras alterações, e das mais relevantes, é a possibilidade de prorrogação do período de estabilidade (*stay-period*) podendo ser feita, apenas uma vez, e pelo mesmo período de 180 (cento e oitenta) dias, prazo esse que é concedido após a homologação da RJ, momento em que os débitos adquiridos antes deste ficarão suspensos e não poderão ser executados.

Foi introduzido também com a reforma um novo capítulo, visando a facilitar e incentivar os procedimentos de conciliação e mediação de forma prévia para o ajuizamento do pedido de recuperação pela empresa que esteja em crise e visando utilizar do instituto recuperacional. Uma das importantes decisões que merecem destaque é a que estabelece a possibilidade de realização da assembleia-geral de credores de forma escrito, contanto que conste expressamente a adesão dos credores que preencham os quóruns de votação previsto na lei, além de também consolidar a utilização do meio eletrônico, ficando assim, de maneira definitiva, autorizado sua realização de forma virtual, modalidade essa que já vem sendo adotada nos últimos tempos, frisando o período da pandemia COVID- 19.

Dentre as inovações, tem-se a possibilidade de uma apresentação de plano recuperacional ofertada diretamente pelos credores, ficando dessa forma autorizado, no caso da oferta feita pelo devedor/ empresário que busca o plano recuperacional, e essa

por sua vez for rejeitada, poderá aquele credor que tenha interesse, oferecer uma proposta de plano alternativo, seguindo os procedimentos previstos na lei (BRASIL, 2020).

Além das inovações citadas, tem-se a consolidação jurisprudencial que verifica o tratamento do produtor rural que enfrenta crise financeira, e deseja requerer a recuperação judicial, sendo esse o objeto de estudo. De maneira específica, a reforma trata com clareza sobre as discussões que percorrem ao longo do tempo, até que se chegasse ao atual entendimento pelos tribunais. Mesmo que de maneira semelhante, é possível notar que apresentou previsão quanto a possibilidade do produtor rural fazer a solicitação da recuperação judicial, conforme restou evidências com mudança no §2º do art. 48 e pela inclusão do §3º do mesmo artigo de lei.

No art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: (...) § 2o No caso de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir a ECF, entregue tempestivamente. § 3o Para a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo, o cálculo do período de exercício de atividade rural por pessoa física é feito com base no Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir o LCDPR, e pela Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) e balanço patrimonial, todos entregues tempestivamente.

Como se observa, a atividade rural passa a ser inserida de maneira literal, tanto ao produtor rural pessoa jurídica, como para aquele produtor pessoa física, sendo firmada de maneira clara, que, se esse se submete a um formato especial para apresentação de documentos contábeis, financeiros e prestação de contas impostas em lei, terá ele da mesma forma direito a requerer os procedimentos recuperacional e falimentar como qualquer outro empresário, Brasil (2020)

No que diz respeito às obrigações instrumentais de ordem tributária, as quais necessitam ser apresentadas pelos devedores, esclarece que poderá ser apresentada documentação diversa da Mercantil, para a comprovação do exercício de suas atividades no tempo superior de 2 (dois) anos, permanecendo essa necessidade, mas ficando estabelecido que o produtor rural, pessoa jurídica poderá comprovar o exercício de suas atividades apresentando a Escrituração Contábil Fiscal (ECF), enquanto o produtor pessoa física, poderá utilizar para apresentação de comprovação de suas atividades, o imposto de renda ou Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR), sem natureza empresarial (COELHO, 2021).

Ao fazer a definição de regras para a comprovação do período como requisito, fica ainda mais distante qualquer dúvida que restasse sobre a possibilidade ou não desses agentes à recuperação judicial, afastando também, da mesma forma, qualquer dúvida que permaneça sobre a obrigatoriedade de inscrição pelo período de ao menos dois anos, ficando dessa maneira autorizada a apresentação de documentação diversa da escrituração Mercantil, para a comprovação de suas atividades ao longo do referido prazo (SACRONE, 2021, p. 247).

Os fatos demonstram, então, que a referida reforma consolidou as jurisprudências e entendimentos doutrinários, acompanhando o entendimento que esteve em constante desenvolvimento nos últimos anos para a elaboração da lei, sendo assim um importante movimento que merece todo reconhecimento e apoio. Por outra vertente, salientasse que as alterações acabaram sendo, em parte, contidas, podendo ter ocorrido de maneira mais considerável e expressiva. Em todo caso, os fatos demonstram que a reforma do instituto recuperacional trouxe esclarecimentos quanto à possibilidade da aplicação e proteção da lei recuperacional ao produtor rural, colocando fim as longas discussões sobre a regularidade, e de maneira definitiva, determinando que o prazo estabelecido em lei não se refere ao seu tempo de inscrição, e sim ao tempo que exercer suas atividades, bastando a comprovação desse histórico, podendo dessa forma recorrer ao plano

recuperacional para o enfrentamento de crise financeira empresarial. No que se refere aos créditos sujeitos ou não à recuperação judicial, o art. 49 regula:

Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. § 6o Nas hipóteses de que tratam os §§ 2o e 3o do art. 48 desta Lei, somente estarão sujeitos à recuperação judicial os créditos que decorram exclusivamente da atividade rural e estejam discriminados nos documentos a que se referem os citados parágrafos, ainda que não vencidos. § 7o Não se sujeitarão aos efeitos da recuperação judicial os recursos controlados e abrangidos nos termos dos arts. 14 e 21 da Lei n.o 4.829, de 5 de novembro de 1965. § 8o Estarão sujeitos à recuperação judicial os recursos de que trata o § 7o deste artigo que não tenham sido objeto de renegociação entre o devedor e a instituição financeira antes do pedido de recuperação judicial, na forma de ato do Poder Executivo. § 9o Não se enquadrará nos créditos referidos no caput deste artigo aquele relativo à dívida constituída nos 3 (três) últimos anos anteriores ao pedido de recuperação judicial, que tenha sido contraída com a finalidade de aquisição de propriedades rurais, bem como as respectivas garantias.

O dispositivo enfatiza acerca dos créditos, causando impacto diretamente no procedimento recuperacional. Em relação ao produtor rural pessoa física, fixa que apenas os créditos pessoais que tenham relação direta com a produção pecuária ou agrícola se sujeitam ao plano de recuperação. Fábio Ulhoa Coelho (2021. p.179) afirma que o pedido de recuperação judicial fará com que ocorra uma segregação patrimonial do produtor rural.

Essa alternativa da legislação sofreu várias críticas de diversos autores, que acreditam ser divergente do sistema legal, havendo até mesmo pedidos de desconsideração de tal alternativa. Todavia, através de uma análise aprofundada da lei, pode ser observado a composição de uma clara diferenciação patrimonial. De um lado, tende-se os créditos que estarão sujeitos a procedimento recuperacional, sendo esses os adquiridos para a aplicação e o financiamento das compras de insumos, para a produção, aluguel ou compra de maquinários, bem como todos os outros meios utilizados com a finalidade da atividade econômica que ele exerça.

Em contrapartida, têm-se os créditos que fazem parte da vida particular do produtor rural, e que, portanto, não deverá constar na documentação contábil e fiscal, conforme elencado no §3º do artigo, sendo assim excluídos da recuperação judicial, podendo ser cobrados a qualquer momento normalmente por seus credores. Da mesma forma, ficam fora do plano de recuperação, dívidas contraídas para a compra de propriedade rural, contraída em até três anos antes de requer a utilização do plano, da mesma forma que se excluem, também, as garantias relacionadas a esse negócio.

Igualmente às possibilidades anteriores de exclusão, estão os créditos concedidos pelos bancos no campo da política econômica de fomento da atividade rural, conforme elencados nos artigos 14 e 21 da Lei 4.829/65.

Art. 14. Os termos, prazos, juros e demais condições das operações de crédito rural, sob quaisquer de suas modalidades, serão estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional, observadas as disposições legais específicas, não expressamente revogadas pela presente Lei, inclusive o favorecimento previsto no art. 4º, inciso IX, da Lei no 4.595, de 31 de dezembro de 1964, ficando revogado o art. 4º do Decreto-lei no 2.611, de 20 de setembro de 1940 (BRASIL, 1965). Art. 21. As instituições referidas nos incisos II e III do caput do art. 7º, na alínea “c” do inciso I do § 1º do art. 7º e nas alíneas “a”, “b”, “c” e “e” do inciso II do § 1º do art. 7º desta Lei manterão aplicados recursos no crédito rural, observadas a forma e as condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. (Redação dada pela Lei no 13.506, de 2017).

Esses créditos são oferecidos pelas instituições financeiras, objetivando a evolução e desenvolvimento da produção rural no Brasil, conforme analisa Rizzardo (2015, p. 504). Como há um tratamento especial a esses créditos, restam eles excluídos do regime recuperacional, de forma legítima para garantir segurança jurídica e previsível para esse mercado exclusivo de crédito.

Coelho (2021, p. 179) faz uma revisão em relação aos créditos do produtor rural, evidenciando que os créditos incluídos na recuperação judicial, são aqueles créditos rurais institucionalizados que não tenha sido renegociado, e aquele que lhe foi concedido na modalidade livre, ou seja, sem o direcionamento.

Por fim, com o merecido destaque, foi previsto de forma expressa pela lei 14.112/2020 a inclusão do pequeno produtor rural pessoa física para que faça parte dos sujeitos ao procedimento especial de recuperação judicial, inclusão essa que muda completamente o cenário anterior, onde só se enquadraria dentre os beneficiários, as micro e pequenas empresas (BRASIL, 2020).

O artigo 70- A da lei atualizada traz a possibilidade para aquele que exerce a atividade rural como autônomo, em nome próprio, que tenha subtraído dívidas sujeitas ao instituto menores que o valor de R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) possam solicitar o processamento da recuperação judicial especial, ficando ainda mais evidenciado a preferência do legislador pela aderência do produtor rural, mesmo que pessoa física: “Art. 70-A. O produtor rural de que trata o § 3o do art. 48 desta Lei poderá apresentar plano especial de recuperação judicial, nos termos desta Seção, desde que o valor da causa não exceda a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)” nos artigos 71 e 72 (BRASIL, 2020), aduz sobre a possibilidade de aprovação do plano recuperacional especial, sem a necessidade de concordância dos credores, de maneira que facilite, bastando apenas que seja feita a solicitação ao juízo recuperacional pelo devedor, e aguarde que esse seja deferido e homologado.

Com base nos artigos, Marcelo Barbosa Sacramone (2021, p. 389) evidencia o raciocínio segundo o qual nota-se que a principal diferença entre o procedimento que se destina as micro e pequenas empresas, e o produtor rural está no critério para a definição do valor: para a empresa é pelo seu faturamento, e para o produtor rural, sua dívida, independentemente de seu faturamento anual, não podendo essa ultrapassar o montante de R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

No mais, verifica-se então que a nova lei passou a reestruturar as condições já existentes no momento da celebração dos acordos privados entre as instituições bancárias e os produtores rurais pessoas físicas, possibilitando, dessa forma, um cenário de maior estabilidade jurídica.

## CONCLUSÃO

O objetivo do estudo foi demonstrar a importância que possui a atividade agropecuária no Brasil, buscando apresentar a evolução dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários acerca do reconhecimento do produtor rural pessoa jurídica e o pequeno produtor rural pessoa física como parte legítima para requerer o procedimento da recuperação judicial, justificando o importante papel que ele desempenha na sociedade, uma vez que tem contribuição direta na movimentação da economia, gerando empregos de forma direta e indireta, recolhimentos tributários, elevada produção, movimentação de bens, serviços e produtos, tornando o país um dos maiores produtores e exportadores de alimentos do mundo, e sendo o setor agropecuário o responsável por uma parte significativa do PIB brasileiro.

A Recuperação Judicial é um tema de suma importância para o desenvolvimento da economia nacional, merecendo dessa forma uma atenção especial por parte dos tribunais e partes das políticas públicas.

A evolução que trouxe a reforma da Lei reguladora em relação ao produtor rural, admitindo que esse seja incluso no regime recuperacional, garante a possibilidade do mesmo requerer o procedimento desde que devidamente registrado, mas com algumas especificidades. Inicialmente, buscou-se entender o questionamento de que, querendo requerer a recuperação judicial, instituto esse de suma importância para o enfrentamento e superação de crise financeira, dando seguimento as suas atividades, o produtor rural, ao qual o registro em junta comercial é facultado, precisa ou não estar registrado por tempo mínimo de 2 (dois) anos sobre o produtor rural e suas então possibilidades de se valer do plano recuperacional.

As significativas alterações confirmam o entendimento que já vinha sendo firmado pelas jurisprudências e que era defendida por grande parte dos doutrinadores, possibilitando que a comprovação do exercício das atividades agrícolas pelo prazo de 2 (dois) anos,

requisito para o procedimento de recuperação judicial, seja feita através de outras documentações, não sendo obrigada a comprovação pelo tempo de registro. Esclarece, então, que o registro não precisa ser superior a dois anos, bastando que se comprove, mesmo que antes do efetivo registro na Junta Comercial, já exercia a atividade agrícola ou pecuária.

A inscrição do produtor rural continua sendo requisito necessário para se tenha acesso ao benefício do plano de recuperação, porém deixa de ser requisito temporal, e sim de formalidade, tempo a possibilidade de fazer a inscrição até mesmo um dia antes de fazer o pedido de recuperação.

Resta esclarecer que a reforma, possibilitou os créditos extraconcursais, bem como apontam quais créditos poderão ser excluídos e não incidirão ao plano recuperacional, como, por exemplo, as dívidas privadas pertencentes ao produtor rural.

Por fim, conclui-se então que a exigência de período comprovado através da inscrição na junta comercial para o deferimento do pedido tornou-se desnecessário, bastando que se comprove o tempo de exercício da atividade de outra forma, mesmo antes do registro, sendo assim, não poderá ser negado o reconhecimento do produtor como empresário diante da atividade que o mesmo exerce, sendo agora devidamente reconhecido pelo legislador, a reforma trouxe uma segurança e tranquilidade que a tempos se buscava ao setor agropecuário.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. STJ, 3a Turma. Resp. 1.193.115/MT. Rel. Min. Sidnei Beneti, Dje 07/10/2013. Disponível em :<[https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=29042095&tipo=0&nreg=&Se\\_qCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false](https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=29042095&tipo=0&nreg=&Se_qCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false)>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2023.

\_\_\_\_\_. \_3º Congresso de Direito do Agronegócio- ABRADA, 21. 2022, Minas Gerais. Anais eletrônicos... Disponível em <

<http://YouTube.com/watch?v=SpvAg-dmEpE>. > Acesso em: 21 de outubro 2022.

\_\_\_\_\_. IBGE- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censos 2021. IBGE, 2021. Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/explica/pib.php> > Acesso em: 28 de novembro 2022.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentado artigo por artigo. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: [https://edisisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5594764/mod\\_resource/content/1/Ponto%2003%20%20Manoel%20Justino\\_Coment%C3%A1rios%20%C3%A0s%20Disposi%C3%A7%C3%B5es%20Preliminares.PDF](https://edisisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5594764/mod_resource/content/1/Ponto%2003%20%20Manoel%20Justino_Coment%C3%A1rios%20%C3%A0s%20Disposi%C3%A7%C3%B5es%20Preliminares.PDF)> Acesso em: 30 de Abril de 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm) >. Acesso em: 03 de março 2023.

BRASIL. Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)> Acesso em: 18 de setembro 2022.

BRASIL. Lei nº 14.112 de 24 de dezembro de 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2020-2022/2020/lei/14112.htm#:~:text=Altera%20as%20Leis%20n%20os,empres%C3%A1rio%20e%20da%20sociedade%20empres%C3%A1ria.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2020-2022/2020/lei/14112.htm#:~:text=Altera%20as%20Leis%20n%20os,empres%C3%A1rio%20e%20da%20sociedade%20empres%C3%A1ria.)> Acesso em: 13 de outubro 2022.

BRASIL. LEI no 4.829, de 5 de novembro de 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4829.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4829.htm) > Acesso em: 30 de abril de 2023.

BRASIL. STJ, 3ª Turma. REsp. 1837219 / SP. Rel. Ricardo Villas Boas Cueva, Dje 25/05/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=018170> > Acesso em: 27 de Abril de 2023.

BRASIL. STJ, 4ª Turma. Resp. 1.800.032/MT. Rel. Min. Raul Araujo, Dje 20/02/2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=102979878&tipo=64&nreg=201900>>. Acesso em: 24 de Abril 2023.

BRIZZI, Marcos Paulo. A Recuperação Judicial do Produtor Rural Pessoa Física: uma análise empresarial e cidadania. 2021, p. 102.

Dissertação, (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Programa de Pós-graduação) Centro Universitário Curitiba, 2021.

BURANELLO, Renato Macedo. Teoria da organização industrial e regime jurídico do agronegócio. *Revista de Direito Empresarial*, vol. 13/2016, p 275 – 285.

COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial. Direito de empresa*. V. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.63.

COELHO, Fábio. Comentário à Lei Falências e de Recuperação de Empresas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2021. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/comentarios-a-lei-de-falencias-e-de-recuperacao-de-empresas/1300338279>>. Acesso em: 27 de abril de 2023.

COSTA, Daniel Carnio. Recuperação extrajudicial. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/212/edicao-1/recuperacao-extrajudicial>> Acesso em: 30 de abril de 2023.

DINIZ, Gustavo Saad. Produtor Rural: Tomo direito Comercial. *Enciclopédia jurídica da PUCSP [online]*: São Paulo, jul. 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/211/edicao-1/produtor-rural>. > Acesso em: 15 de setembro 2022.

FONINI, Leila Spagnolo. A Recuperação Judicial do Produtor Rural. 2019, p. 76, Dissertação (graduação em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Sul 2019. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/238884/001125806.pdf?sequence=1> Acesso em: 02 de maio de 2023.

MONT' ALVERNE, Francisco Zaninotto. Responsabilidade dos administradores. 2010, p. 68, Monografia (graduação em Direito) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Universidade do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16777/16777.PDF>> Acesso em: 01 de maio de 2023.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito De Empresa**, comentários aos artigos 966 a 1.195 do código civil. 10. Ed. Revista dos Tribunais, 2021.

OLIVEIRA, Renata; MAGGIO, Renato; MARRARA, Bruna. Alterações da lei 14.112/2020 à lei de falência e recuperação. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/reestruturacao-e-insolvencia-ij/alteracoes-da-lei-n-14-112-20-a-lei-de-falencia-e-recuperacao> >. Acesso em: 18 de janeiro de 2023.

PIGATTO, Gessuir; TAMARINDO, Ubirajara Garcia Ferreira; BRAGA JUNIOR, Sergio Silva. A Recuperação Judicial do Produtor Rural – Pessoa Física: Requisitos Legais e Jurisprudenciais. Revista Veredas do Direito, v. 14, n.28, p. 303-328, Belo Horizonte, jan.-abr. 2017.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2018.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de Recuperação e Falência. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SIQUEIRA, Felipe; GONÇALVES, Oksandro. A recuperação Judicial do empresário rural: uma análise de julgados do STJ segundo a teoria dos custos de transação. Argumenta journal Law, Jacarezinho/PR, Brasil, n. 23.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.



## RECURSOS REPETITIVOS COMO INSTRUMENTO DE CELERIDADE NA CONDUÇÃO DOS PROCESSOS

Sarah Vilalba de Andrade  
João Carlos Lima de Oliveira  
Cid Eduardo Brown da Silva

### INTRODUÇÃO

Inicialmente, neste trabalho, foram utilizadas as disposições legais para analisar minuciosamente os princípios que levaram à criação da sistemática de julgamento dos casos repetitivos. Em seguida, foi necessário desvendar as normas contidas nos artigos 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil, que estabelecem a estrutura e os requisitos essenciais para a instauração desse procedimento, incluindo prazos, incumbências do relator, competência para o julgamento, entre outros aspectos.

Diante disso, foram utilizadas também doutrinas de estudiosos do direito para explicar as críticas ao sistema, além de pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, em complementação com o Código de Processo Civil Brasileiro. Tais fontes foram aproveitadas a fim de fundamentar um ponto de vista crítico acerca de uma possível reforma no sistema de julgamento, com o objetivo de assim contribuir para uma melhor aplicação desse procedimento, o que pode acarretar uma melhor fluidez do sistema judiciário.

Ao se abordar a sistemática de julgamentos de recursos repetitivos, é importante ter ciência de que sua criação teve como objetivo principal solucionar a grande quantidade de demandas repetitivas nos tribunais, que ocasionavam congestionamento do Judiciário. Com o intuito de reduzir essa multiplicidade de recursos, permitindo uma análise mais ágil, recursos extraordinários ou especiais que tratam da mesma matéria e envolvem idêntica questão de direitos são julgados em conjunto.

Esses recursos possibilitam que as decisões proferidas em um processo sejam aplicadas a outros casos semelhantes, evitando, assim, a repetição de julgamentos idênticos.

No que diz respeito ao procedimento dos Recursos Repetitivos, o Código de Processo Civil Brasileiro estabelece as regras procedimentais para a instauração desse procedimento nos artigos 1.036 a 1.041. Esses dispositivos estabelecem as diretrizes para o julgamento dos Recursos Repetitivos, que envolvem a mesma questão de direito em diversos processos

Os tribunais devem selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento, bem como suspender o andamento dos demais processos em trâmite sobre o mesmo tema até o julgamento do recurso representativo, uma vez que a decisão que será proferida terá efeito vinculante para os casos que ficaram aguardando suspensos.

Os principais objetivos desses recursos são: garantir a uniformidade da jurisprudência, a eficiência do julgamento e a segurança jurídica, sendo relevante destacar os seguintes artigos que amparam tais procedimentos processuais, sendo assim, relevante ressaltar (BRASIL, 2015). que o artigo 1.036 dispõe em seu caput e parágrafo primeiro:

§ Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subsunção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais e coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

O Código de Processo Civil possui falhas em sua estruturação, resultando em incertezas e sobrecarga nos tribunais. É essencial aprimorar o sistema com critérios objetivos e padronização das

decisões para garantir a efetividade da justiça. A falta de clareza gera divergências e decisões contraditórias, comprometendo a segurança jurídica. Além disso, a ausência de uma abordagem eficiente para lidar com os recursos repetitivos causa morosidade processual e custos desnecessários. É fundamental superar esses desafios para promover um sistema judiciário ágil, justo e confiável.

## **ABORDAGEM BIBLIOGRÁFICA**

Inicialmente faz-se primordial a definição de alguns conceitos e diferenciações que serão de importância para o entendimento da leitura, sendo alguns dos conceitos explanados a seguir: A definição sobre o que tange os recursos repetitivos e suas diferenciações com Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Nos Estados Unidos, a ideia dos recursos repetitivos foi desenvolvida no âmbito do sistema federal de tribunais de apelação. Segundo a Lei de Procedimento Judicial de 1968, os tribunais foram autorizados a consolidar e resolver em conjunto recursos que apresentassem questões comuns de fato ou de direito, com o objetivo de evitar decisões conflitantes entre tribunais e garantir a uniformidade na interpretação da lei federal (EAGLETON, 2010).

Já no direito brasileiro, o sistema de recursos repetitivos foi introduzido pela Lei nº 11.672/2008, que alterou o Código de Processo Civil (CPC). Em prosseguimento, deu-se possível a seleção de recursos especiais e extraordinários que apresentassem controvérsias idênticas de direito e, em seguida, julgá-los de forma conjunta. Sendo seu objetivo, tal qual os Estados Unidos, evitar decisões conflitantes e garantir a uniformidade na aplicação do direito (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016)

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), por sua vez, foi introduzido no Brasil pela Lei nº 13.105/2015, o atual CPC. O objetivo desse mecanismo é permitir que o tribunal de origem suspenda o processamento de todos os processos que

versem sobre a mesma questão de direito e encaminhe o caso ao tribunal superior para que decida a questão de forma uniforme e definitiva. Isso evita decisões conflitantes e reduz a quantidade de processos em andamento, tornando o processo mais ágil e eficiente (WAMBIER et al., 2016).

Recursos repetitivos e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) são duas ferramentas jurídicas distintas, mas que possuem um objetivo em comum, lidar com a multiplicidade de processos que tratam de questões semelhantes no direito brasileiro.

Sob amparo do Código de Processo Civil de 2015, o IRDR é uma ferramenta que busca lidar com demandas repetitivas de forma mais abrangente e eficiente do que os recursos repetitivos (BRASIL, 2015). O IRDR permite que o tribunal decida sobre uma questão de direito que é comum a diversos processos individuais em andamento, de uma só vez, evitando assim que as mesmas questões sejam discutidas diversas vezes em diversos processos (BRASIL, 2015). O IRDR é iniciado a pedido de qualquer das partes, do Ministério Público ou de ofício pelo juiz ou tribunal e, caso admitido, todos os processos que tratem da mesma questão são suspensos até que haja uma decisão final (BRASIL, 2015).

Os recursos repetitivos são previstos no Código de Processo Civil (CPC) brasileiro e consistem em um mecanismo para uniformização de entendimento em casos idênticos ou semelhantes, em que a mesma questão de direito é discutida em diversas ações em tramitação na justiça (BRASIL, 2015).

Em resumo, enquanto os recursos repetitivos são voltados para a uniformização de decisões em casos semelhantes já em tramitação no Judiciário, o IRDR é uma ferramenta mais abrangente que busca evitar a repetição de processos com questões de direito comuns (BRASIL, 2015).

Segundo o doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves, (AMORIM, 2017), o número exorbitante de recursos com a mesma questão de direito que é endereçado aos Tribunais Superiores é o motivo pelo qual o legislador se utilizou de um mecanismo diverso,

que é o julgamento por amostragem, para acelerar a apreciação dessas questões sem ter que julgar um por um, o que demandaria muito tempo do nosso Judiciário, que já recebe milhares de demandas todos os dias, além disso produziria muitos entendimentos jurisprudenciais diversos acerca de uma mesma questão, o que claramente não traria praticidade alguma ao Judiciário na garantia dos direitos individuais e coletivos.

Os recursos repetitivos também permitem a análise de questões de direito que são relevantes para uma grande quantidade de casos, proporcionando a pacificação de conflitos em larga escala. Outra vantagem dos recursos repetitivos é a possibilidade de reduzir o número de recursos apresentados, o que ajuda a evitar decisões conflitantes entre tribunais diferentes e a diminuir a sobrecarga do Judiciário. Contudo, é importante destacar que nem todas as demandas podem ser resolvidas por meio de recursos repetitivos, e que a utilização desses recursos deve ser feita com cautela, para que não haja prejuízo à garantia do direito à ampla defesa e ao contraditório.

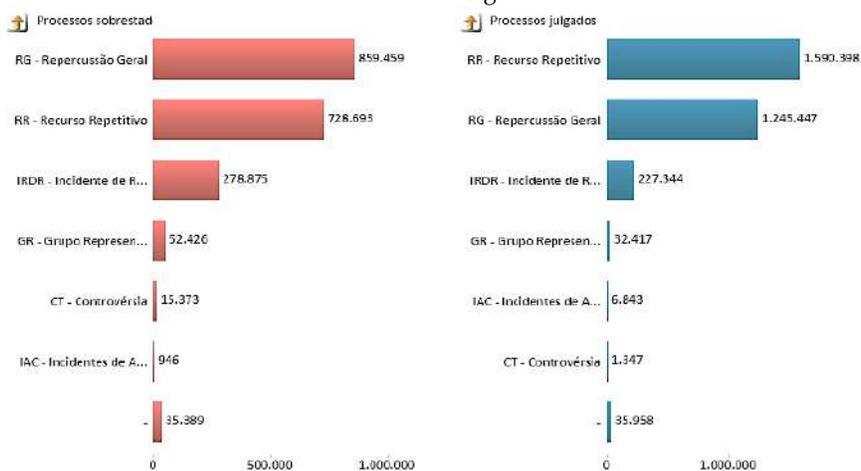
Em resumo, os recursos repetitivos são uma importante ferramenta para a efetividade da justiça no Brasil, contribuindo para a celeridade e a uniformidade das decisões judiciais, além de garantirem a segurança jurídica e a pacificação social, entretanto, em consequência das repercussões negativas acarretadas por uma carência de análises mais aprofundadas sobre a causa modelo, que tem como objetivo a representatividade das demais causas em tramitação, uma vez que a sistemática não tem cumprido integralmente aos objetivos que se propõe.

Tendo em vista tal problemática, vê-se necessário uma análise mais aprofundada e crítica no que tange a seleção dos recursos que serão representativos da controvérsia a ser julgada pela sistemática, tendo como objetivo deste artigo a discussão da implementação de uma reforma, que complemente com a finalidade de sanar tais inconsistências.

A fim de explanar sobre uma pesquisa do Conselho Nacional de Justiça apresenta dados acerca da celeridade processual dos

recursos repetitivos, abordando também aqueles que ficam sobrestados aguardando julgamento das ações representativas, ilustrados através da Figura 1.

Figura1: Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios



Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br>> Acesso em 18-04-2023.

Apesar dos resultados serem satisfatórios, não são suficientes, motivo pelo qual faz-se necessária uma melhoria desses pequenos aspectos, que por mais pequenos que sejam, afetam de maneira significativa a celeridade processual no Judiciário. Pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, 2023, demonstram que 728.693 processos foram sobrestados pelo sistema dos Recursos Repetitivos e 278.875 pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas estavam aguardando julgamento de demandas representativas, demonstrando que muitos processos ficam parados em um determinado período.

Apesar do número de processos julgados ser superior ao número de processos aguardando julgamento, é perceptível que, por mais que a sistemática se proponha a trazer celeridade processual, tal sobrestamento congestionava o sistema de qualquer forma.

Segundo os doutrinadores abordados, ficou demonstrado que o Código de Processo Civil, por mais organizado que seja não é suficiente. Uma análise mal realizada de uma ação submetida a julgamento dos recursos repetitivos resulta em muitos problemas no Judiciário, inclusive em inadmissibilidade. Ademais, quando a controvérsia em questão não é bem analisada e gera uma decisão que servirá de paradigma, faz-se necessária uma correta aplicação desse julgamento.

Um dos requisitos essenciais para a aplicação dos Recursos Repetitivos é uma análise aprofundada sobre uma questão de direito presente em uma multiplicidade de demandas, a não aplicação correta de tais elementos resulta em uma aplicação errônea de julgamentos a casos que não deveriam ser julgados desta forma.

Pensando de maneira célere, o legislador criou esse sistema bastante prático e determinou que devem ser selecionados dois ou mais recursos representativos da controvérsia que possui diversos recursos que versam sobre matéria idêntica, ou seja, eles devem preencher um requisito essencial, o de representar a controvérsia devidamente, a fim de que ela seja julgada e posteriormente sirva para solucionar as outras ações que vierem a tratar sobre a mesma questão, podendo ser aplicada em todos os tribunais pertencentes ao âmbito nacional.

Em outras palavras, é um instrumento criado destinado a julgar casos repetitivos, com fundamento em idêntica questão de direito, de maneira mais ágil, se utilizando da vinculatividade dos tribunais para aplicar e do julgamento por amostragem para a aplicação de acórdãos modelos, nesse sentido são as palavras do Doutor Daniel Amorim Assumpção Neves:

[...] em razão da exagerada quantidade de recursos endereçados aos tribunais superiores, entendeu por bem o legislador prever a possibilidade de julgamento por amostragem quando diversos recursos excepcionais versarem sobre a mesma matéria [...] (NEVES, Daniel, ConJur. 2010).

A vinculatividade dos tribunais é um pilar fundamental para a aplicação dos sistemas repetitivos, criada pela Emenda Constitucional nº 45 regulamentada pela Lei nº 11.417/2006, que criou a Súmula Vinculante no Supremo Tribunal Federal, possibilitando a vinculação de todos os tribunais e a administração pública em questões constitucionais, visando a celeridade processual, isso significa dizer que o legislador busca uma maneira eficiente de resolver questões constitucionais através do efeito vinculativo dos tribunais.

Nesse contexto, a Lei nº 11.672 de 2008 estabeleceu o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, e posteriormente o artigo 927, em seu inciso III do Código de Processo Civil trouxe a possibilidade de tratar também matérias infraconstitucionais ao prever que os juízes e os tribunais observarão os acórdãos em incidente de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivo.

O artigo 928 do Código de Processo Civil é o responsável por delimitar quais casos podem ou não ser apreciados pelo procedimento de casos repetitivos, sendo elas duas hipóteses: 1º. Incidente de resolução de demandas repetitivas e; 2º. Recurso especial e extraordinário repetitivos.

Os pressupostos essenciais para a instauração do incidente se resumem em duas palavras: Multiplicidade e Idêntica questão de direito. A multiplicidade de uma questão significa dizer que é necessário que haja um número demasiado grande de processos que tratem sobre uma mesma matéria, como especifica o caput do artigo 1.036 do Código de Processo Civil, porém o código não detalha o número exato de demandas, mas somente argumenta que sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento.

A idêntica questão de direito significa dizer que é necessário que a controvérsia em questão a ser analisada possua a mesma questão de direito, não podendo ser semelhante, mas idêntica,

porque no parágrafo único o legislador deixa claro que o julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material e processual, revelando a possibilidade de se produzir prova para a sua análise.

O procedimento dos Recursos Repetitivos é ordenado, e foi sistematizado pelo legislador na Subseção II - Do Julgamento dos Recursos Repetitivos, nos artigos 1.036 até 1.041 do Código de Processo Civil.

O artigo 1.036 em seu parágrafo dispõe que o presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Supremo Tribunal de Justiça para fins de afetação.

A seleção determina quais recursos serão levados a afetação, que conseqüentemente acarretará o sobrestamento dos demais processos em âmbito nacional, ou seja, os recursos escolhidos para representar a questão que será levada a julgamento, após serem encaminhados ao STF ou STJ, determinaram a suspensão de todos os outros processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na Região e tratam da mesma questão de direito que será analisada. Enquanto os recursos modelos não forem julgados, todos os outros ficaram suspensos nos seus tribunais de origem, aguardando o julgamento que proferirá uma decisão que servirá de parâmetro para aquela questão.

A seleção dos recursos que irão levar a questão a julgamento, em regra é feita pelo tribunal a quo, entretanto § 4º do artigo diz que a escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia, ou seja, se o relator, ao analisar os recursos representativos, julgar que tais recursos não retratam corretamente a questão que será levada a julgamento, poderá ele mesmo fazer a seleção de outros recursos que julgar mais adequado. Sendo assim, o relator não fica à mercê da escolha do tribunal a quo

e pode inclusive, (§5º) fazer isso independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

O inciso VI do artigo trata de outro requisito de admissibilidade fundamental para a seleção dos recursos ao especificar que devem conter abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida, ou seja, para que a sistemática de julgamento dos recursos repetitivos cumpra seu objetivo, é necessário que os recursos que serão submetidos a esse sistema possuam argumentação sólida e profunda.

Isso se deve ao fato de que, quando um recurso é julgado como repetitivo, a decisão será aplicada a diversos outros casos semelhantes, portanto, é fundamental que o recurso tenha argumentos bem fundamentados e consistentes. Em sua obra "Processo Civil Brasileiro", V.1,(ASSIS, 2016), explana que ao submeter um recurso ao sistema de recursos repetitivos, deve apresentar uma tese jurídica clara e bem fundamentada, destacando a importância desse requisito nos recursos repetitivos para que seja possível a uniformização das decisões judiciais e a construção de uma jurisprudência coerente, tal uniformização é fundamental para a garantia da segurança jurídica e da justiça, já que busca evitar decisões conflitantes e proporcionar maior previsibilidade e estabilidade nas relações sociais.

Portanto, em tese, a controvérsia levada a julgamento será examinada com precisão e a decisão gerada desta análise irá afetar todos os outros processos que tratam sobre a mesma questão, não podendo, portanto, ser retratada de maneira supérflua. Dessa forma, o não cumprimento desse requisito pode levar à inadmissibilidade do recurso, prejudicando as partes envolvidas e a eficácia do sistema de recursos repetitivos como um todo.

De acordo com os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, (2019) afirmam que a utilização excessiva de recursos processuais viola o princípio da celeridade processual, que é crucial para a efetivação da justiça.

Além disso, esses mesmos doutrinadores destacam que os recursos repetitivos podem levar a uma uniformização excessiva

das decisões judiciais, o que pode ser prejudicial em casos específicos que necessitam de análises mais aprofundadas. Isso pode gerar injustiças e negar direitos fundamentais das partes envolvidas no processo. (MARINONI et.al., 2019).

As críticas dos estudiosos do direito à sistemática de recursos repetitivos no Brasil apontam para uma violação do princípio da celeridade processual, uniformização excessiva das decisões, centralização de poder e possíveis injustiças em casos específicos.

Para Marinoni (2018, p. 50), um dos principais estudiosos do direito processual civil no Brasil, tem se mostrado bastante crítico em relação à sistemática de julgamento de recursos repetitivos no país. Marinoni destaca que: “a uniformização excessiva das decisões, gerada pelos recursos repetitivos, pode prejudicar casos específicos que demandam uma análise mais aprofundada. Isso pode gerar injustiças e negar direitos fundamentais das partes envolvidas no processo

Neste sentido o autor supracitado aponta que a centralização das decisões em tribunais superiores retira a autonomia dos juízes de primeira instância e dos tribunais estaduais. Isso pode gerar uma concentração excessiva de poder e prejudicar a efetividade da justiça em nível local (MARINONI, 2018, p. 55 e 60). É importante que a sistemática de recursos repetitivos seja utilizada com parcimônia e que sejam observados os casos em que ela realmente se faz necessária. Dessa forma, seria possível conciliar a “uniformização das decisões com a garantia dos direitos das partes envolvidas e a celeridade processual”.

No mesmo sentido, Mitidiero (2016, p. 28 e 30). explana que recursos repetitivos geram uma uniformização excessiva das decisões, o que pode prejudicar casos específicos que demandam uma análise mais aprofundada, além disso, o autor aponta que a centralização das decisões em tribunais superiores retira a autonomia dos juízes de primeira instância e dos tribunais estaduais, o que pode gerar uma concentração excessiva de poder e prejudicar a efetividade da justiça em nível local.

Portanto, entende-se que, para o autor, não faz sentido apenas alguns juízes serem responsáveis por julgar casos tão numerosos e importantes, denotando uma má estruturação da justiça. Ainda em conformidade, Mitidiero ( 2016, p. 30 e 31) destaca que: “recursos repetitivos acabam por violar o princípio da individualização da tutela jurisdicional, já que uniformizam decisões em processos distintos” em suas palavras, “ a sistemática dos recursos repetitivos é uma forma de uniformização forçada, o que não é recomendado em se tratando de processos judiciais” .

Além disso, o autor aponta que a centralização das decisões em tribunais superiores retira a autonomia dos juízes de primeira instância e dos tribunais estaduais, o que pode gerar uma concentração excessiva de poder e prejudicar a efetividade da justiça em nível local. Em suas palavras, " a ideia de que apenas alguns juízes, por vezes distantes dos fatos, sejam responsáveis por definir a solução de milhares de casos em todo o país não é consistente com um sistema que tem como objetivo aprimorar a justiça " conforme ressalta Mitidiero (2016, p. 32).

É importante ressaltar que a sistemática de recursos repetitivos seja utilizada com parcimônia e que sejam observados os casos em que ela realmente se faz necessária. Dessa forma, seria possível conciliar a uniformização das decisões com a garantia dos direitos das partes envolvidas e a celeridade processual, sem violar o princípio da individualização da tutela jurisdicional (MITIDIERO, 2016, p. 33).

Sendo assim, o autor supracitado destaca que os recursos repetitivos violam o princípio da individualização da tutela jurisdicional ao uniformizar decisões em processos distintos. Ele considera essa sistemática uma forma de uniformização forçada, o que não é recomendado no âmbito dos processos judiciais. Haja vista que a centralização das decisões em tribunais superiores retira a autonomia dos juízes de primeira instância e dos tribunais estaduais, o que pode resultar em uma concentração excessiva de poder e prejudicar a efetividade da justiça local, defendendo a utilização parcimoniosa dos recursos repetitivos, observando os

casos em que eles são realmente necessários, para conciliar a uniformização das decisões com a garantia dos direitos das partes envolvidas e a celeridade processual, sem violar o princípio da individualização da tutela jurisdicional.

Segundo Arenhart (2019, p. 37), a centralização das decisões em tribunais superiores pode gerar uma concentração excessiva de poder e prejudicar a efetividade da justiça em nível local. Ele defende que é importante garantir a autonomia dos juízes de primeira instância e dos tribunais estaduais, para que eles possam aplicar as leis e decidir os casos de acordo com as particularidades de cada situação. Para o autor, "a uniformização não pode se transformar em um monopólio, sob pena de cercear a criatividade, a reflexão e a aprendizagem dos juízes"

Em conformidade com Arenhart (2017), a centralização das decisões em tribunais superiores pode resultar em uma concentração excessiva de poder, prejudicando a efetividade da justiça em nível local. O autor defende que é essencial assegurar a autonomia dos juízes de primeira instância e dos tribunais estaduais, para que possam aplicar as leis e decidir os casos de acordo com as particularidades de cada situação. O autor ainda ressalta que a uniformização não deve ser transformada em monopólio, uma vez que isso pode restringir a criatividade, reflexão e aprendizagem dos juízes.

Segundo para o autor supracitado a sistemática de recursos repetitivos deve ser observada dentro de seus limites, a fim de evitar que se torne uma ferramenta que viole a individualidade dos casos e a autonomia dos juízes, evidencia ainda que é responsabilidade dos juízes interpretar as leis e aplicá-las aos casos concretos, e essa tarefa não deve ser delegada a tribunais superiores de forma indiscriminada.

Em síntese o autor explana que a centralização das decisões em tribunais superiores pode levar a uma concentração excessiva de poder, prejudicando a justiça local. O autor defende a autonomia dos juízes de primeira instância e dos tribunais estaduais para aplicarem as leis de acordo com as particularidades de cada caso. Ele ressalta

que a uniformização não deve se tornar um monopólio, pois isso limitaria a criatividade e a aprendizagem dos juízes. Além disso, Arenhart destaca a importância de se observar os limites da sistemática de recursos repetitivos, a fim de evitar que ela viole a individualidade dos casos e a autonomia dos juízes.

De acordo com Fonseca e Machado (2015; 2018), críticos do sistema jurídico, a uniformização da jurisprudência pode prejudicar a individualidade dos casos e a análise específica de cada situação, já que os tribunais tendem a aplicar a mesma solução a casos distintos. Essa padronização excessiva pode levar a decisões injustas e contrárias à equidade, já que nem todos os casos são iguais e merecem ser analisados de forma individualizada

Além disso, Nascimento (2018), aponta que a uniformização da jurisprudência pode prejudicar a criatividade e a inovação jurídica, já que os tribunais tendem a seguir decisões já consolidadas, em vez de buscar soluções inovadoras e mais adequadas aos casos concretos.

Por fim, a excessiva padronização das decisões pode levar a uma sensação de injustiça por parte dos cidadãos, que podem sentir que seus casos não foram analisados de forma adequada pelo tribunal (ALMEIDA, 2019).

Por isso, é importante que a sistemática de recursos repetitivos seja utilizada com cautela e sempre respeitando o princípio da individualização da tutela jurisdicional, garantindo a análise específica de cada caso e a aplicação da lei de forma justa e equitativa (SILVA, 2020).

A sistemática tem sido criticada por estudiosos do direito brasileiro em relação à velocidade processual. Esses críticos afirmam que a utilização excessiva dessa sistemática pode prejudicar a celeridade do processo judicial, já que pode levar a uma concentração de processos semelhantes em poucas mãos, gerando um acúmulo de casos (ROCHA, 2018).

Essa concentração de processos em poucas mãos pode, ainda, resultar na demora na solução dos processos, uma vez que o julgamento de muitos recursos repetitivos pode demandar muito

tempo dos tribunais (SILVA, 2021). Ademais, a sistemática de recursos repetitivos pode resultar em uma padronização excessiva das decisões judiciais, o que pode levar a decisões injustas e contrárias à equidade (MORAES, 2016).

Dessa forma, é necessário que a sistemática de recursos repetitivos seja utilizada com cautela, respeitando sempre o princípio da razoável duração do processo, e que os tribunais busquem soluções que garantam a celeridade processual sem comprometer a individualidade e a especificidade de cada caso (LOPES, 2019).

O jurista brasileiro Daniel Amorim, um dos principais críticos do sistema de julgamento de recursos repetitivos no país, diz que esse sistema tem gerado uma grande sobrecarga no Poder Judiciário, retardando ainda mais a solução de processos já congestionados. Além disso, o excesso de recursos acaba prejudicando a efetividade da justiça, tornando-a mais lenta e menos acessível para os cidadãos comuns.

Segundo Amorim (2017) a reforma do sistema de recursos repetitivos é fundamental para melhorar o funcionamento do judiciário brasileiro. Em suas palavras: "[...] é preciso criar mecanismos que permitam a uniformização de jurisprudência sem sobrecarregar os tribunais superiores. Defendendo a adoção de critérios mais rigorosos para a admissibilidade de recursos, de modo a evitar a interposição de recursos protelatórios e sem fundamento.

Em seu livro "Recursos Repetitivos" (2017), Amorim apresenta uma análise crítica do sistema atual de julgamento desses recursos no Brasil destacando a falta de uniformização da jurisprudência, a ausência de critérios claros para a seleção dos casos que serão julgados pelo sistema e a ineficácia dos recursos repetitivos como instrumento de uniformização de jurisprudência. Para o autor, a reforma do sistema é urgente e necessária para garantir a efetividade da justiça brasileira.

Uma das principais críticas dele ao sistema é a falta de uniformização da jurisprudência. Segundo ele, "os tribunais

superiores, na maior parte das vezes, têm se limitado a proferir decisões em casos específicos, sem estender seus efeitos a outros casos semelhantes" (AMORIM, 2017, p. 20). Isso acaba gerando uma grande insegurança jurídica e prejudica a efetividade da justiça.

Outro problema apontado pelo autor é a falta de critérios claros para a seleção dos casos que serão julgados pelo sistema de recursos repetitivos. " Não é incomum que sejam selecionados casos de menor relevância, em detrimento de outros que seriam mais importantes para a uniformização da jurisprudência " (AMORIM, 2017, p. 23), afirma.

Para o autor supracitado, a reforma do sistema de recursos repetitivos é fundamental para melhorar o funcionamento do Poder Judiciário brasileiro. Ele defende a adoção de critérios mais rigorosos para a admissibilidade de recursos, a fim de evitar a interposição de recursos protelatórios e sem fundamento. " É preciso criar mecanismos que permitam a uniformização da jurisprudência sem sobrecarregar os tribunais superiores " (AMORIM, 2017, p. 27).

Em sumo, Daniel Amorim destaca que esse sistema sobrecarrega o Poder Judiciário, retardando ainda mais a solução de processos congestionados. Daniel argumenta que o excesso de recursos prejudica a efetividade da justiça, tornando-a mais lenta e menos acessível. Ainda defende a necessidade de reforma do sistema, propondo critérios mais rigorosos para a admissibilidade de recursos, a fim de evitar recursos protelatórios e sem fundamento. Além disso, ele enfatiza a importância da uniformização da jurisprudência e sugere investir em tecnologia e soluções alternativas de resolução de conflitos.

De acordo com SILVA, (2006), uma possível solução para esse problema seria a criação de filtros mais rigorosos para a admissibilidade de recursos, evitando a interposição de recursos protelatórios e sem fundamento. O argumento de Silva ( 2006) é sobre o que a medida poderia reduzir significativamente o número de apelações e, conseqüentemente, aliviar a carga de trabalho dos tribunais. No entanto, o pesquisador ressalta que essa mudança

requer uma reforma mais ampla do sistema judiciário brasileiro, que enfrenta outros desafios além do excesso de recursos.

Em conformidade com Silva, o jurista Luiz Fux defende que a criação de uma Câmara Nacional de Uniformização de Jurisprudência poderia reduzir o número de recursos e aprimorar a efetividade do sistema judiciário. Fux argumenta que essa Câmara poderia uniformizar a interpretação das leis em todo o país e evitar que questões já pacificadas em tribunais superiores continuem sendo objeto de recursos em instâncias inferiores.

Outra proposta de reforma proposta por FUX, (2014), em que discutiu o novo CPC, consiste na ampliação do uso da técnica do julgamento liminar de recursos repetitivos, que permite aos tribunais superiores julgar recursos de forma sumária, sem a necessidade de análise individual de cada caso. Essa técnica já é utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em alguns casos e tem se mostrado eficaz na redução da sobrecarga dos tribunais.

De acordo com o jurista Luiz Fux, a criação de uma Câmara Nacional de Uniformização de Jurisprudência poderia melhorar o sistema judiciário ao reduzir o número de recursos. Fux argumenta que essa Câmara seria responsável por uniformizar a interpretação das leis em todo o país, evitando que questões já decididas em tribunais superiores continuem a ser objeto de recursos em instâncias inferiores. Além disso, também propôs a ampliação do uso da técnica de julgamento liminar de recursos repetitivos, que permite que os tribunais superiores julguem os recursos de forma sumária, sem a análise individual de cada caso. Essa técnica já está sendo utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em alguns casos e tem se mostrado eficaz na redução da carga de trabalho dos tribunais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com base em estudos e análises sobre os recursos repetitivos no Brasil, é possível concluir que esse mecanismo é uma importante

ferramenta para a redução da quantidade de processos em tramitação nos tribunais superiores, bem como para a garantia da uniformidade e da segurança jurídica nas decisões.

Os recursos repetitivos permitem que um único julgamento sirva como referência para diversos casos semelhantes, evitando que cada um deles tenha que ser analisado individualmente e contribuindo para uma maior celeridade processual. Além disso, a uniformização das decisões ajuda a evitar divergências entre tribunais e a garantir a igualdade de tratamento para casos similares em todo o país.

O direito brasileiro adotou os institutos dos recursos repetitivos e do incidente de resolução de demandas repetitivas, e é notável que seus efeitos foram satisfatórios, porém, é claro também que é apenas um instrumento de celeridade processual que ainda possui imperfeições. É necessário um olhar atento a essas deficiências para o aperfeiçoamento dessa ordenação, é preciso ter cuidado para que a sua aplicação não prejudique o acesso à justiça e o direito de defesa dos indivíduos envolvidos nos processos judiciais.

A criação de filtros mais rigorosos para a admissibilidade de recursos evitaria a interposição de recursos protelatórios e sem fundamento no Judiciário, o que implica em uma redução do número de apelações e um alívio imenso na carga de trabalho dos tribunais.

Embora a afetação desses temas como recurso repetitivo possa contribuir para a uniformização da jurisprudência e para a celeridade na solução dos processos, muitos especialistas afirmam que o excesso de recursos repetitivos pode levar a uma sobrecarga ainda maior do Judiciário. Outros recursos repetitivos acabam por centralizar as decisões em tribunais superiores, retirando a autonomia dos juízes de primeira instância e dos tribunais estaduais. Isso pode gerar uma concentração excessiva de poder e prejudicar a efetividade da justiça em nível local.

Esta concentração excessiva de recursos repetitivos nos tribunais superiores é um problema que afeta significativamente o

funcionamento do judiciário. O aumento desses recursos repetitivos se deve a diversos fatores, como a complexidade do ordenamento jurídico, a morosidade da justiça em primeira instância, a falta de uniformidade na interpretação das leis pelos tribunais de segunda instância e a falta de soluções alternativas para a resolução de conflitos.

Como resultado, os tribunais superiores, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, são sobrecarregados com muitos processos repetitivos. Isso afeta a eficiência do sistema judicial como um todo, pois os tribunais superiores não conseguem julgar todos os recursos com a mesma rapidez que os tribunais inferiores.

Além disso, essa sobrecarga de recursos repetitivos nos tribunais superiores acaba por atrasar a análise de outros casos que também precisam de uma decisão judicial, aumentando a sensação de impunidade e afetando a credibilidade do judiciário.

Para lidar com esse problema, é preciso adotar medidas para descongestionar os tribunais superiores. Uma possível solução seria o uso de meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação e a arbitragem, para tratar de questões repetitivas de menor complexidade. Uma alternativa é a criação de câmaras de julgamento especializadas em determinadas áreas do direito, para que possam julgar com mais rapidez e eficiência os recursos repetitivos relacionados a essas áreas. Além disso, há críticas quanto à falta de clareza nos critérios utilizados para a seleção dos temas afetados como repetitivos, bem como à demora na publicação dos acórdãos e na definição da tese a ser aplicada aos demais processos levando a um aumento da morosidade e da ineficiência na resolução dos processos.

Dessa forma, muitos juristas defendem a necessidade de uma reforma no sistema de recursos do país, a fim de torná-lo mais ágil e eficiente, reduzindo o número de recursos possíveis e dando maior segurança jurídica às decisões. Isso porque, além de demandar um grande esforço dos magistrados e servidores, a

tramitação desses recursos pode gerar atrasos em outros processos, prejudicando a eficiência e a qualidade da prestação jurisdicional.

De qualquer forma, é consenso entre os estudiosos do direito que a questão dos recursos repetitivos é um desafio que deve ser enfrentado para garantir a efetividade do sistema judicial brasileiro e a proteção dos direitos dos cidadãos.,

Em resumo, a concentração excessiva de recursos repetitivos nos tribunais superiores afeta negativamente o funcionamento do judiciário, prejudicando a eficiência do sistema e a credibilidade da justiça. É necessário adotar medidas para descongestionar os tribunais superiores e garantir uma justiça mais rápida e eficiente para todos e uma reforma visando a remodelação dessas questões é possível de acontecer. É necessário apenas um olhar mais minucioso para esses pontos e um comprometimento afim visando não a exata perfeição dessa sistemática de julgamento, mas uma real melhoria de seu funcionamento em âmbito nacional, com mais planejamento e aspirando melhores resultados.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. M. Uniformização da jurisprudência e individualização da tutela. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 24, n. 5686, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74881>. Acesso em: 01 maio 2023.

AMORIM, Daniel. *Recursos Repetitivos: o alcance da necessidade de suspensão*. 1. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2017. 1286 p. v. 1. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/autor/daniel-amorim-assumpcao-neves>. Acesso em: 11 abr. 2023.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Hermenêutica e justiça: fundamentação e aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. O novo Código de Processo Civil e a sistemática de recursos repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 258, p. 129-159, ago. 2017.

ASSIS, Araken. *Processo Civil Brasileiro*. 1. ed. rev. [S. l.]: Revista dos Tribunais, 2016. 1951 p. v. 1. ISBN 9788520369852.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: execução*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

EAGLETON, William J. *Federal Judicial Center, 1967-2017: a brief history*. Washington, D.C.: Federal Judicial Center, 2010.

FONSECA, C. F. Uniformização da jurisprudência e a efetividade da tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 242, n. 2015, p. 125-142, 2015.

FUX, Luiz. O novo CPC: panorama e desafios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 940, p. 13-32, out. 2014.

LOPES, R. C. Recursos repetitivos e a celeridade processual: uma análise crítica. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 27, n. 109, p. 253-278, 2019.

MACHADO, L. R. Uniformização da jurisprudência: considerações acerca de seu uso excessivo. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 18, n. 3, p. 535-553, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Sistematização dos recursos repetitivos no novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 70p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. A utilização excessiva de recursos repetitivos no Brasil: críticas à sua sistemática. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 25, n. 99, p. 47-72, jul./set. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes normativos: o modelo brasileiro de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, R. S. Uniformização de jurisprudência e a padronização excessiva das decisões judiciais. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 24, n. 95, p. 137-156, 2016.

NASCIMENTO, J. A. Uniformização da jurisprudência e segurança jurídica: considerações críticas. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 25, n. 98, p. 103-128, 2017.

NEVES, D. A. A. (2018). Julgamento por amostragem: Um mecanismo para acelerar a apreciação de questões de direito nos tribunais superiores. São Paulo: Editora Jurídica XYZ.

NEVES, Daniel. Código de processo civil comentado: Profundidade na análise de cada artigo!. 3. ed. rev. Salvador-BA: JUSPODIVM, 2018. 1951 p.

NEVES, Daniel. Mesmo com sucumbência jurídica, os bancos vencem: EXPURGOS ECONÔMICOS. In: Mesmo com sucumbência jurídica, os bancos vencem: [S. l.], 3 set. 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-set-03/sucumbencia-juridica-parcial-nao-impede-vitoria-economica-bancos>. Acesso em: 14 abr. 2023.

ROCHA, A. F. A sistemática dos recursos repetitivos e sua influência na celeridade processual. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 23, n. 5476, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67738>>. Acesso em: 01 maio 2023.

SILVA, A. F. Uniformização da jurisprudência e individualização da tutela: uma análise a partir da jurisprudência do STJ. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 290, n. 2020, p. 305-324, 2020.

SILVA, J. L. Recursos repetitivos e a duração razoável do processo: um estudo de caso do STJ. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 292, n. 2021, p. 169-190, 2021.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A Função dos Tribunais Superiores. In: *Sentença e Coisa Julgada: Ensaios e Pareceres*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 285-305.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

# TERMO DE AUTORIZAÇÃO DE USO SUSTENTÁVEL (TAUS) COMO UM INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS TRADICIONAIS AO TERRITÓRIO E À IDENTIDADE

Paula Juliane Ota  
Raquel Domingues do Amaral  
Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil

## INTRODUÇÃO

O Termo de Autorização de Uso Sustentável (TAUS) foi instituído pela Superintendência do Patrimônio da União, na Portaria Nº 89, de 15 de abril de 2010 e posteriormente positivado pelas alterações na Lei no 9.636/98, em 2017 em seu artigo 10-A, e disciplina a concessão da posse de terras da União em favor das comunidades tradicionais, visando utilizá-las para garantir a subsistência dessas comunidades. A outorga desse instrumento administrativo, bem como a aplicação das normas constitucionais que versam sobre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, entre elas a garantia ao território e a identidade.

Os povos tradicionais ocupam um espaço importantíssimo no ordenamento jurídico brasileiro principalmente por conta da maneira como surgiram, pela vasta cultura e diversidade socioambiental que representam. A Constituição Federal de 1988 protege os povos tradicionais como manifestação do patrimônio cultural nacional, conforme preceitua nos textos normativos contidos no caput do art. 215, da CF/88 e no § 1o. do referido dispositivo legal.

No campo infraconstitucional, a Lei n. 9.998/00 refere-se tangencialmente às “populações tradicionais”; no campo infralegal, o Decreto n. 6.040/07 instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, definindo como: “Povos e Comunidades

Tradicionalis: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição”. Daí porque se enquadram nessa categoria os ribeirinhos.

Nesse cenário, o TAUS vem como uma ferramenta capaz de viabilizar os direitos desses povos, inclusive o mais importante deles: a cidadania. Nesse sentido, TAUS é um instrumento de efetividade do direito humano ao território pelos povos tradicionais ribeirinhos, estabelecidos tradicionalmente no Pantanal do Mato Grosso do Sul.

Com efeito, a autorização de Uso Sustentável, formalizada pelo TAUS, exsurge como um instrumento típico do direito administrativo brasileiro apropriado para efetivar o direito fundamental das populações tradicionais ao território. Para os povos tradicionais o direito ao território apresenta-se como um desdobramento dos direitos da personalidade, tendo em vista que o vínculo com o lugar faz parte da própria identidade e autorreferência desses povos. No caso específico da comunidade ribeirinha da Barra do São Lourenço, por intermédio do Termo de Autorização de Uso Sustentável, foi garantido não só o direito fundamental ao território, mas outros, como direito à saúde, à educação, à moradia digna e proteção da infância.

A pesquisa sobre a relevância do instituto do Termo de Autorização de Uso Sustentável, como um instrumento de efetivação dos direitos humanos dos povos tradicionais, foi motivada pelos graves conflitos fundiários em nossa região, mais precisamente no Pantanal, onde se constata relato de violações aos Direitos Fundamentais dos integrantes de comunidades tradicionais. A desterritorialização desses povos tradicionais é uma violação de sua própria identidade, e, por conseguinte, de todos os seus demais direitos. A violação do direito ao território representa a sonegação da cidadania como o direito de ter direitos.

Nesse contexto, o TAUS apresenta-se como um instrumento concreto, impactante e célere para assegurar o direito territorial desses povos. Assim, merece o estudo e a reflexão não apenas sobre seus contornos jurídicos, mas também sobre seus efeitos benfazejos sobre a vida das comunidades beneficiadas, como um instrumento assecuratório dos direitos fundamentais desses povos tradicionais.

O trabalho, pois, demonstra a importância do instituto para a efetivação dos direitos humanos dos povos tradicionais. Pretende-se ainda evidenciar que a garantia do direito ao território, mediante o TAUS apresenta-se como um ponto de partida para se efetivar todos os demais direitos fundamentais dos povos tradicionais. Este trabalho pretende demonstrar que a garantia do direito ao território é condição para a efetividade da própria dignidade da pessoa humana dos povos tradicionais.

Por fim, objetiva-se destacar, a partir da análise de um caso concreto, o impacto positivo do instituto da autorização de uso sustentável, documentada pelo TAUS. Para tal, far-se-á uma análise dos efeitos do referido instituto na efetividade dos direitos dos membros da comunidade da Barra do São Lourenço.

Busca-se, outrossim, analisar os contornos jurídicos e dogmáticos da autorização de uso sustentável no âmbito do direito administrativo, apontando seus fundamentos constitucionais, legais e infralegais. Também será destacada a natureza jurídica e característica do instituto. Será feito um breve esboço histórico do processo de desterritorialização dos ribeirinhos do Pantanal. A pesquisa também evidenciou o impacto negativo do processo de desterritorialização sobre os direitos fundamentais dos povos ribeirinhos, a partir do recorte histórico da comunidade da Barra do São Lourenço. Serão levadas a efeito pesquisas nos registros do Ministério Público Federal de Corumbá e da ONG ECOA sobre o processo de constituição do TAUS na comunidade. Serão demonstrados, ainda, os impactos positivos da constituição do Termo de Autorização de Uso Sustentável sobre os direitos humanos dos membros da referida comunidade.

## A ORIGEM DOS RIBEIRINHOS DA BARRA DO SÃO LOURENÇO E A SUA TRADICIONALIDADE

No passado, o modo de vida dos povos tradicionais era considerado um atraso para o desenvolvimento, conforme preceitua nos textos normativos contidos no “caput” do art. 215, da CF/88 e no § 1o. do referido dispositivo legal. No campo infraconstitucional têm uma ligação com a terra, que, para eles, não tem um sentido econômico e sim um sentido de vida.

Segundo Diegues (2008), as comunidades tradicionais se caracterizam pelo conhecimento aprofundado sobre a natureza e sobre sua biodiversidade, além de uma dependência, ou seja, uma ligação umbilical com a terra, utilizando de recursos renováveis para viver. Essas populações vivem de atividades de baixo impacto como a pesca para subsistência, o artesanato e a agricultura familiar, por isso, o modo de viver das comunidades tradicionais visa não apenas a subsistência e a renda, mas também a conservação de práticas ancestrais que favorecem a biodiversidade do local onde vivem, diante do vasto conhecimento sobre a terra.

Embora os povos originários do Pantanal, que são os ancestrais dessas comunidades ribeirinhas, já estivessem nesse território anteriormente à colonização, como descrito por Cabeza de Vaca em sua expedição pelo Brasil, somente há pouco tempo se fala sobre o direito de tais populações.

Conforme Almeida (2017), desde a década de 1970 os indígenas vêm sofrendo com os ataques às suas terras, já que na época, empresas privadas visavam construir hidrelétricas e efetuar prospecção de minério, entretanto no ano de 1987 começou a ser discutida a redação da Constituição de 1988, que traria um conceito claro sobre os direitos indígenas, inclusive sobre as suas terras que tradicionalmente ocupam.

Mesmo com todas os protestos de setores da sociedade que são refratários ao reconhecimento dos direitos originários dos indígenas, na Constituição de 1988, eles ganharam

um capítulo que versa sobre seus direitos, conforme o artigo 231 da Constituição Federal, que dispõe:

São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. § 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e 4º.

Assim, definido como originário os direitos dos indígenas as suas terras, bem como os seus direitos à cultura, ao modo de viver visceralmente ligados à terra e à natureza, bem como o reconhecimento da personalidade jurídica deles. O texto normativo constitucional acima citado trouxe para o ordenamento jurídico o dever de o Estado brasileiro proteger essas terras habitadas pelos povos indígenas, bem como a obrigação dada à

União de demarcar e garantir o zelo sobre esse território, e garante o domínio permanente dessa terra já demarcada. Nesse contexto, Nascimento (2013, p 56-57) conceitua terra.

O conceito de terra remete para a noção de um determinado espaço geográfico, com suas características físicas e geomórficas: Campos, montanhas, rios, mata etc. Por outro lado, a noção de território é polissêmica, possuidora de vários significados. Para os povos indígenas, a terra é muito mais do que simples meio de subsistência. Ela representa o suporte da vida social e está diretamente ligada ao sistema de crenças e conhecimento, como afirmado anteriormente. Não se trata apenas de um recurso natural, pois é muito mais que isso, é um recurso sociocultural, que tem a ver com a vida coletiva desses grupos.

O autor afirma que diferente de nós, comunidade urbana, onde a terra tem sentido apenas econômico e financeiro, para essas comunidades, sejam indígenas, ribeirinhos ou quilombolas, a terra tem sentido de vida, de comunidade, de sustento, de crenças e cultura, é um lugar onde se sentem perto dos seus ancestrais e conseqüentemente de sua família.

Com a consolidação dos direitos indígenas e suas terras, atualmente já é possível conceituar o que são as terras indígenas e onde se localizam, como feito pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que conceitua o que são as terras indígenas:

Terra Indígena (TI) é uma porção dentro do território nacional, habitada por uma ou mais comunidades indígenas, a qual após regular processo administrativo, respeitado o devido processo legal, de demarcação e homologação por Decreto Presidencial, é levado à registro imobiliário como propriedade da União (artigo 20, XI, da CF/88), perfectibilizando a área formalmente como de usufruto indígena. Assim sendo, se trata de um bem de uso especial da União, afetado administrativamente por uma finalidade pública.

Em verdade, a própria Constituição Federal destaca a relação ancestral e imemorial dos povos originários com a terra e, assim, a necessidade de, respeitando-se o devido processo legal, reconhecer o direito ao usufruto indígena sobre muitas terras das quais os

povos originários foram privados durante o processo de colonização do nosso vasto território.

Nessa linha, de acordo com a FUNAI, as terras indígenas totalizam 680, das quais 443 já possuem processo de demarcação homologado e 237 em análise. Essas áreas totalizam 13,75% do território brasileiro.

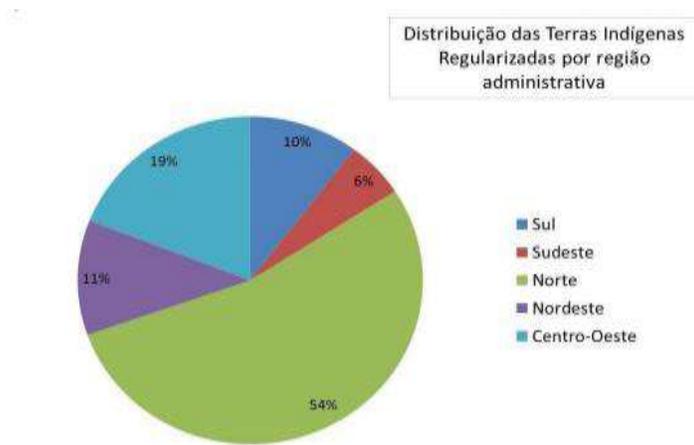


Figura 1. Distribuição de Terras Indígenas Regularizadas por região administrativa

A figura 1 representa a porcentagem de terras indígenas por região administrativa e reforça um dado também da Fundação, cujo estudo atesta que, embora após a década de 70 a população indígena tenha reduzido significativamente, chegando à beira da extinção, em 1991 o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) agregou aos seus dados a quantidade de cidadãos brasileiros que se autodeclararam indígenas, resultando em um crescimento de 150% nessa década.

Diante disso, conforme Joaquim Shairaiishi Neto, o sucesso na criação dos direitos e garantias dos povos indígenas serviu de exemplo para que os povos que possuem seu próprio modo de viver e sobreviver, e que ainda careciam de garantias, para que

lutassem para garantir também seus direitos no ordenamento jurídico, de modo que nesse contexto surgiu o Decreto

6.040 de 7 de fevereiro de 2007, que propôs uma política de desenvolvimento sustentável dos

povos e comunidades tradicionais com objetivo de fortalecer seus direitos e garantias, como dispõe em seu artigo Brasil, (2007, art 2º) destaca que a

PNPCT tem como principal objetivo promover o desenvolvimento sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, com ênfase no reconhecimento, fortalecimento e garantia dos seus direitos territoriais, sociais, ambientais, econômicos e culturais, com respeito e valorização à sua identidade, suas formas de organização e suas instituições.

Como previsto no artigo 1º do anexo, os princípios deste Decreto giram em torno de garantir o reconhecimento dessas comunidades, assim como valorizar e respeitar a diversidade socioambiental dos povos tradicionais, sempre em consonância com sua cultura, objetivando diminuir a desigualdade social, ou seja, este Decreto vem para efetivar os direitos previstos na Constituição. Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais deverão ocorrer de forma intersetorial, integrada, coordenada, sistemática e observar os seguintes princípios:

I - o reconhecimento, a valorização e o respeito à diversidade socioambiental e cultural dos povos e comunidades tradicionais, levando-se em conta, dentre outros aspectos, os recortes etnia, raça, gênero, idade, religiosidade, ancestralidade, orientação sexual e atividades laborais, entre outros, bem como a relação desses em cada comunidade ou povo, de modo a não desrespeitar, subsumir ou negligenciar as diferenças dos mesmos grupos, comunidades ou povos ou, ainda, instaurar ou reforçar qualquer relação de desigualdade; II - a visibilidade dos povos e comunidades tradicionais deve se expressar por meio do pleno e efetivo exercício da cidadania; III - a segurança alimentar e nutricional como direito dos povos e comunidades tradicionais ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde, que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica

e socialmente sustentáveis; IV - o acesso em linguagem acessível à informação e ao conhecimento dos documentos produzidos e utilizados no âmbito da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais; V - o desenvolvimento sustentável como promoção da melhoria da qualidade de vida dos povos e comunidades tradicionais nas gerações atuais, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras e respeitando os seus modos de vida e as suas tradições; VI - a pluralidade socioambiental, econômica e cultural das comunidades e dos povos tradicionais que interagem nos diferentes biomas e ecossistemas, sejam em áreas rurais ou urbanas; VII - a promoção da descentralização e transversalidade das ações e da ampla participação da sociedade civil na elaboração, monitoramento e execução desta Política a ser implementada pelas instâncias governamentais; VIII - o reconhecimento e a consolidação dos direitos dos povos e comunidades tradicionais; IX - a articulação com as demais políticas públicas relacionadas aos direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais nas diferentes esferas de governo; X - a promoção dos meios necessários para a efetiva participação dos Povos e Comunidades Tradicionais nas instâncias de controle social e nos processos decisórios relacionados aos seus direitos e interesses; XI - a articulação e integração com o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional; XII - a contribuição para a formação de uma sensibilização coletiva por parte dos órgãos públicos sobre a importância dos direitos humanos, econômicos, sociais, culturais, ambientais e do controle social para a garantia dos direitos dos povos e comunidades tradicionais; XIII - a erradicação de todas as formas de discriminação, incluindo o combate à intolerância religiosa; e XIV - a preservação dos direitos culturais, o exercício de práticas comunitárias, a memória cultural e a identidade racial e étnica.

Outros princípios previstos no referido Decreto preveem o direito à segurança alimentar, o acesso à linguagem compreensível, à informação e aos documentos produzidos pelo referido decreto, assim como garantir o desenvolvimento sustentável como forma de perpetuar a cultura e melhoria da qualidade de vida para as gerações futuras, bem como incluir essas comunidades nos processos relacionados aos seus direitos, às políticas do governo e no Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional.

Conforme Almeida (2017, p. 291) podemos definir “povos tradicionais” como um povo que há muito tempo luta para conquistar uma identidade que inclua o modo de vida deles, como atividades ambientais de baixo impacto, além de buscar alianças

que possam fortalecer seus traços culturais e acima de tudo, o direito ao território. Dito isso, o próprio Decreto no 6.040 também define em seu texto quem são os povos tradicionais, além de esclarecer o que é o território tradicional e o conceito da atividade alvo de sua vivência, o desenvolvimento sustentável.

Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição; II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações; e III - Desenvolvimento Sustentável: o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras.

Logo, conforme as definições supraditas, os povos tradicionais possuem seu próprio modo de subsistência, preservando sempre a natureza e seu território para que suas próximas gerações sejam capazes de usufruir e utilizar das mesmas técnicas para viver sob uma cultura histórica, cultural e religiosa que cerca suas tradições.

Na mesma linha, para Little (2003 p. 283) a comunidade tradicional “procura oferecer um mecanismo analítico capaz de juntar fatores como a existência de regimes de propriedade comum, o sentido de pertencimento a um lugar, a procura de autonomia cultural e práticas adaptativas sustentáveis”.

Conforme Turine e Macedo (2017), as comunidades tradicionais estão localizadas em territórios ricos em biodiversidade e por isso são detentoras de um vasto conhecimento sobre a fauna e flora local, como também facilidade nos processos

de extração, e cultivo, além de conhecerem a geografia do território e suas peculiaridades.

Por isso, é justo que este conhecimento seja aliado às necessidades tecnológicas de produção que podem ser utilizadas pelo governo, indústrias, empresas privadas e produtores rurais, como forma de avanço da sociedade. Essa sabedoria traz a oportunidade de oferecer aos povos tradicionais, uma forma de renda justa como também estabelecer aliados para dar ainda mais visibilidade e importância ao desenvolvimento da comunidade.

Dessa maneira, a Convenção no 169/2019 da Organização Internacional do Trabalho sobre os Povos Indígenas e Tribais traz em sua redação, no artigo 23, I e II, a necessidade de respeitar o modo de subsistência dessa população, tal como incentivar e prover financeiramente assistência que priorize sua cultura.

I. O artesanato, as indústrias rurais e comunitárias e as atividades tradicionais e relacionadas com a economia de subsistência dos povos interessados, tais como a caça, a pesca com armadilhas e a colheita, deverão ser reconhecidas como fatores importantes da manutenção de sua cultura e da sua autossuficiência e desenvolvimento econômico. Com a participação desses povos, e sempre que for adequado, os governos deverão zelar para que sejam fortalecidas e fomentadas essas atividades. II. A pedido dos povos interessados, deverá facilitar-se aos mesmos, quando for possível, assistência técnica e financeira apropriada que leve em conta as técnicas tradicionais e as características culturais desses povos e a importância do desenvolvimento sustentado e equitativo.

Conseqüentemente, a importância da autonomia das comunidades, para expandir o desenvolvimento, reduzindo ainda mais a distância entre o governo e os povos, auxiliando para diminuir as taxas de desemprego e desigualdade social e assegurar ainda mais seus direitos e garantias. O Decreto Legislativo no 2 de 1994 aprovou o texto sobre a Convenção de Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992, que dispõe em seu artigo 1º os objetivos:

Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado.

Esses objetivos estão atrelados à justiça ambiental, devolvendo aos povos tradicionais seus conhecimentos e compartilhando os frutos do desenvolvimento como forma de retribuição pelos serviços prestados.

Sendo assim, como um exemplo de povos capazes de auxiliar nesse desenvolvimento e que carecem de auxílio e visibilidade, temos os ribeirinhos do Pantanal de Mato Grosso do Sul.

De acordo com a Organização não governamental SOS Pantanal, o bioma é a maior planície tropical alagável do mundo e possui o título de Reserva da Biosfera, ratificado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) e com território de 195.000 km<sup>2</sup>, onde aproximadamente 62% estão localizadas no Brasil, cobrindo apenas 1,76% do território nacional.

O Pantanal apresenta uma infinidade de riquezas no que se trata de sua fauna e flora, bem como a diversidade de povos e culturas, ou seja, as comunidades tradicionais, os povos originários e fazendeiros, que tem a terra como seu lar.

Segundo Amaral (2021), no final do século XV, em decorrência do Tratado de Tordesilhas, o território que hoje é conhecido como Pantanal estava sob o domínio da coroa Espanhola e já era habitada pelos povos indígenas, de várias etnias, sendo elas *Guarani*, *Guaxarapó*, *Xarayes*, *Payaguá*, *Mbayá-Guaykurú* e *Guató*; por isso, dada a descrição dessa terra, ampla, alagada, rica e diversificada, no século seguinte iniciaram as primeiras expedições em busca de riquezas nesse vasto território.

Antônio Herrera, um dos exploradores da época deu o nome de *Laguna de los Xarayes* à planície alagada e a classificou como uma confluência de várias águas ocupadas por indígenas.

Mais tarde, no século XVIII, os Portugueses, sem conhecer a geografia e o nome do lugar onde chegaram, intitularam-no como Pantanal e por um bom tempo os dois nomes conviveram, mas ao final o nome dado pelos Portugueses prevaleceu e assim até hoje permanece.

Cabeza de Vaca conta que em sua expedição ao navegar em direção a Baía Gaíva, encontrou índios canoieiros, sem identificar de qual etnia pertenciam, entretanto, de acordo com

Amaral (2021 p. 159), o relato trata de índios pacíficos, sobreviviam por meio da pesca e da tecelagem, além de se dedicarem à família e a subsistência, se assemelhando aos indígenas *Guató*.

Sendo assim, os indígenas *Guató* se caracterizavam por serem canoieiros, não aldeados e que viviam de acordo com a temporada de cheias e vazantes do rio e cultivavam diversas plantações para se alimentar. Essa etnia tinha por característica ser desaldeada vivendo assim em pequenos grupos, localizadas no vale dos Rios São Lourenço e Paraguai na Ilha Insua e entre as lagoas *Uberaba e Gaíva*.

No século XIX, houve uma grande baixa na população indígena por conta da varíola, causando quase um desaparecimento da população, essa situação somada com a pressão do Exército Brasileiro da época sobre o território, ocasionou quase uma extinção dessa etnia (AMARAL, 2021 p. 163).

Conforme Nascimento (2013, p 56-57), após a Guerra do Paraguai no final do século XIX, a ocupação se intensificou e afetou os povos que viviam na margem do rio, causando a perda territorial e causando conflitos fundiários, que duraram até o governo de Getúlio Vargas, visto que nesta época as primeiras fazendas de gado foram instituídas no Pantanal.

Na vigência desse governo, ocorreu a chamada Marcha para Oeste, uma política objetivada na migração massificada e em ocupar as regiões Centro-Oeste e Norte do País, que apresentavam

baixa densidade demográfica, com isso, as terras que antes eram ocupadas pela população nativa agora se tratava de terras devolutas, que se caracterizam por serem terras públicas sem destinação, pelo poder público.

Nesse contexto, os indígenas Guató por anos foram reprimidos diante de conflitos, exploração, doenças e constante usurpação de seus territórios. Para sobreviverem nesse ambiente hostil, precisaram se separar e conseqüentemente, com medo das represálias, passaram a negar suas identidades e se casaram ou tiveram filhos com não índios. Por isso, conforme Amaral (2021 p. 166), os poucos *Guató*, que subsistiram e foram aldeados na ilha

Insua em território demarcado em 2004, preservando sua cultura e ancestralidade, outros continuaram a habitar a área da antiga fazenda Caracará, onde hoje se localiza o Parque Nacional do Pantanal Mato-Grossense (PARNA).

Como se vê, o perverso processo histórico de desterritorialização e perseguição dos Guató, durante a colonização do território pantaneiro, evidencia a supressão da identidade indígena, induzindo muitos indígenas sobreviventes a se declararem ribeirinhos, portanto, as fartas evidências históricas demonstram que a ancestralidade dos Ribeirinhos da Barra do São Lourenço está ligada aos indígenas *Guató*. Esse processo de colonização com a desterritorialização, enfraquecimento da identidade indígenas e destruição da biodiversidade é também constatado em outros locais do território brasileiro “Os seringueiros, os índios, os ribeirinhos há mais de 100 anos ocupam a floresta. Nunca a ameaçaram. Quem ameaça são os projetos agropecuários, os grandes madeireiros e as hidrelétricas com suas inundações criminosas. (Chico Mendes)”.

Da análise da fala de Chico Mendes, ativista nas questões dos povos tradicionais, é possível extrair uma crítica no que diz respeito a exclusão dos povos nativos pelas grandes indústrias e empresas, que ao invés de trabalhar em conjunto e valorizar e agregar os conhecimentos para se beneficiar e beneficiar a comunidade como um todo e efetuar uma justiça ambiental,

expulsam as pessoas com mais amplo conhecimento sobre a área, negligenciando assim os processos e degradando o meio ambiente. Nesse sentido, Mance (2004, p.58) sobre o desenvolvimento sustentável, a Cidadania e a Segurança Alimentar:

De fato, nenhum desenvolvimento é sustentável se não garantir a segurança alimentar de todos os habitantes do território em que tal desenvolvimento ocorre. Entretanto, não basta assegurá-la para que este seja sustentável. É preciso considerar, como vimos, todas as diversas dimensões requeridas ao pleno exercício da cidadania de cada 58 pessoas e os aspectos relacionados à manutenção do equilíbrio dinâmico dos ecossistemas.

Por isso, para que haja o desenvolvimento sustentável é preciso primeiramente restaurar os territórios e identidade dos povos indígenas, que foram retirados de forma brutal de suas terras durante o processo de colonização, tendo em vista que a degradação dos ecossistemas está ligada à própria desterritorialização dos povos originários e tradicionais. Assim, a garantia do território para esses povos, além de garantir os seus direitos fundamentais à identidade, cultura e segurança alimentar, também é fundamental para a manutenção da saúde dos ecossistemas, de modo. Que beneficia toda a sociedade.

### **A AUTORIZAÇÃO DE USO SUSTENTÁVEL COMO UM INSTITUTO JURÍDICO DO DIREITO ADMINISTRATIVO (PORTARIA NO 89, DE 15 DE ABRIL DE 2010)**

A Superintendência do Patrimônio da União publicou no DOU em abril de 2010 a Portaria de no 89, instituindo o Termo de Autorização de Uso Sustentável (TAUS) como uma maneira de garantir aos povos tradicionais, por meio da outorga concedida por esse procedimento, uma terra onde pudessem utilizar os recursos disponíveis como meio de subsistência, e desfrutarem da sua cultura e originalidade.

Nessa linha, o Decreto de no 6.040 de 7 de fevereiro de 2007 define em seu art. 3º inciso I quem são os Povos e Comunidades Tradicionais, sendo eles:

Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por: I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

Dito isso, como descrito pelo artigo supracitado, é de extrema importância que esses povos estejam em contato com seus territórios para que utilizem dos recursos disponíveis para sua subsistência e propagação cultural e ancestral dos seus costumes.

Essas terras, embora ocupadas e utilizadas por essa população, continuam no domínio da União, tendo em vista que é apenas concedida em caráter transitório. Além disso, é de uso exclusivo da unidade familiar ou da comunidade tradicional, assim, para que haja a autorização de uso sustentável formalizada neste documento, é necessário respeitar os requisitos dispostos na Portaria.

Dessa forma, o referido dispositivo elenca em seu texto quais são as áreas da União passíveis de serem outorgadas por meio do TAUS.

Art. 2º. O Termo de Autorização de Uso Sustentável – TAUS poderá ser outorgado a comunidades tradicionais que ocupem ou utilizem as seguintes áreas da União: I - áreas de várzeas e mangues enquanto leito de corpos de água federais; II – mar territorial, III - áreas de praia marítima ou fluvial federais; IV - ilhas situadas em faixa de fronteira; - Acrescidos de marinha e marginais de rio federais; - Terrenos de marinha e marginais presumidos. §1º. As áreas da União elencadas nos incisos I a V deste artigo são consideradas indubitavelmente da União, por força constitucional, e sobre elas qualquer título privado é nulo.

Essas áreas mencionadas no art. 2o da Portaria podem ser concedidas mediante a outorga e assinatura do referido termo para as famílias que atenderem aos requisitos elencados respectivamente nos artigos 5o e 8o.

Art. 5o O Termo de Autorização de Uso Sustentável – TAUS será outorgado: Prioritariamente na modalidade coletiva; quando individual, prioritariamente em nome da mulher; respeitando a delimitação de 15m presumíveis dos terrenos marginais ou de 33m presumíveis dos terrenos de marinha; respeitados os limites de tradição das posses existentes no local. Parágrafo único: O Termo de Autorização de Uso Sustentável - TAUS é para o uso exclusivo da unidade familiar ou comunidade tradicional transferível apenas por sucessão, sendo vedada sua transferência para terceiros. Art. 8o O Termo de Autorização de Uso Sustentável – TAUS poderá ser outorgado nas seguintes modalidades: I - Coletiva, em nome de uma coletividade de famílias ou de sua entidade comunitária representativa: por poligonal fechada com coordenadas de pontos geodésicos da área utilizada para fins de moradia; por poligonal fechada com coordenadas de pontos geodésicos da área de uso tradicional coletivo dos recursos naturais. II - Individual, de área circunscrita, conforme o caso: a uma área definida em poligonal fechada por pontos georreferenciados, respeitados os limites de tradição das posses existentes no local; a um raio de até 500m, a partir de um ponto geodésico georreferenciado estabelecido no local de moradia do requerente, respeitados os limites de tradição das posses existentes no local.

O referido artigo, traz em sua redação um requisito que não só trata sobre a autorização de uso, como trata do incentivo à equidade de gênero, da família, sobre o incentivo à redução do machismo, com a necessidade de se conceder o documento à uma pessoa do gênero feminino, nos casos do TAUS individual, e repassado somente para a próxima matriarca da família, já que se trata de uma autorização passível de sucessão e vedada a transferência para terceiros e nos coletivos somente em nome da unidade familiar ou da comunidade no geral.

O mesmo dispositivo versa também sobre a área passível de concessão, nos individuais, m perímetro de 15 (quinze) metros partindo do terreno marginal ou de 33 (trinta e três) metros presumíveis dos terrenos da marinha e dos coletivos por poligonal

fechada com coordenadas de pontos geodésicos da área utilizada para fins de moradia da área de uso tradicional coletivo dos recursos naturais.

Como se depreende dos textos normativos anteriormente citados, há a necessidade de cumprir com os requisitos estabelecidos pela redação dos artigos dispostos na Portaria, sob pena de nulidade.

Sendo, portanto, um dispositivo flexível capaz de proporcionar às famílias e comunidades tradicionais, de maneira individual ou coletiva um meio de subsistência com garantia de um território de onde não poderão ser expulsos, desde que cumpram os requisitos previstos no texto.

## **A CONCESSÃO DO TAUS À COMUNIDADE DA BARRA DO SÃO LOURENÇO**

A Barra de São Lourenço está localizada na região da Serra do Amolar, à margem esquerda do rio Paraguai e é considerada uma das comunidades de mais difícil acesso do Brasil, por estar localizada nas entranhas do Pantanal. (ZANATTA, 2011).

Zanatta (2011) afirma ainda que a população local é recente na área e vieram até a Serra do Amolar em busca de sobrevivência, visto que vivem às margens do Rio Paraguai há mais de 40 anos, pois eram contratados pela fazenda Acurizal e faziam serviços gerais, como trabalhar na lavoura, com gado e nos afazeres domésticos, entretanto, não tinham mais onde morar quando em 1996 a fazenda foi vendida para a Fundação de Apoio a Vida nos Trópicos (ECOTRÓPICA) Organização não governamental, sem fins lucrativos, fundada em Cuiabá-MT em Junho de 1989, declarada de Utilidade Pública Estadual através da Lei n.o 7.006 em 22 de Maio de 1998 e reconhecida como OSCIP - Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, instituída por Adalberto Eberhard.

Zanatta (2011) afirma ainda que a população local é recente na área e vieram até a Serra do Amolar em busca de sobrevivência, visto que vivem às margens do Rio Paraguai há mais de 40 anos,

pois eram contratados pela fazenda Acurizal e faziam serviços gerais, como trabalhar na lavoura, com gado e nos afazeres domésticos.

Entretanto, não tinham mais onde morar quando em 1996 a fazenda foi vendida para a Fundação de Apoio a Vida nos Trópicos (ECOTRÓPICA) Organização não governamental, sem fins lucrativos, fundada em Cuiabá-MT em Junho de 1989, declarada de Utilidade Pública Estadual através da Lei nº 7.006 em 22 de Maio de 1998 e reconhecida como OSCIP - Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, instituída por Adalberto Eberhard.



Fonte: 2. Comunidade Barra do São Lourenço (Foto: Iasmin Amiden)

Silvia Cristina Santana Zanatta (2011) retrata em sua dissertação de mestrado, a fala de uma das moradoras da Barra de São Lourenço, referente à migração para essa área

Meu esposo pelotiava, ajudava o caseiro a rastilhá, carpi, tacá fogo no mato, pegá lenha e a mantê o zelo dos rancho. Nós morava lá e vivia daquilo. Tinha época que o serviço aumentava, nós tinha que limpá a invernoada, era muito bão. Mas, com o tempo, aquilo ali foi vendido pra um outro povo que pegô aquilo ali pra se um parque de ecologia. [...] Ai logo que eles compraram, veio um tal de Divino, antigo piloteiro da fazendo, dando o aviso. Ele chegou e disse assim: 'Olha eu vim aqui porque os donos mandaram avisá vocês que agora essa terra é uma reserva e que eles não qué

que corta mais um gaio de pau, eles não qué mais que roce, que queime, que mais nada e que vocês desocupem o lugar'. [...] Na hora eu pensei: pra onde nós vai se esse é nosso trabalho? Naquele ano, o turismo ainda não era forte na região, e nós não tin a nem onde morá. Nem paia e pau nós pudemo cortá pra montá nossas casa. Nossa sorte foi que o cumpadi Vando morava aqui nessa ilha e convidô nós pra vim pra cá. Embarcamo na nossa canoa e viemo, depois o resto do povo começou a vim e limpá cada um o seu pedaço de terra. Lembro como se fosse hoje, aquela mosquitada, aquela chuva [...] Nós emprestamo do cumpadi Vando um pedaço de lona, fincamo uns pau. Quando a chuva parava, nós continuava o trabalho... Aquele capinzal sujo, a tempo de ter uma cobra, as crianças chorando por causa dos mosquitos. Dava até um desespero, nós não tinha mais nenhuma parede, nós não tinha mais nada. Mas, nós lidemo até consegui nosso lugar.

Leonora retrata as condições em que ela e a família chegaram na área, com objetivo de sobrevivência, tornando o lugar seu novo lar, se adaptando aos períodos de cheias e vazantes e utilizando disso para se valer da pesca, do plantio e do artesanato como meio de subsistência, sempre preservando o meio ambiente.

Sendo assim, além da venda da fazenda, em 1981 o Parque Nacional do Pantanal Mato-grossense foi construído para efetuar a proteção da área integral e, como consequência, a população que ali vivia foi cerceada do seu direito ao território, inviabilizando a pesca, o artesanato e a coleta de iscas (SIQUEIRA et al., 2018 apud AMARAL, 2021, p. 178)

O Decreto no 86.392 de 24 de setembro de 1981 criou no Estado do Mato Grosso, o Parque Nacional do Pantanal Mato-grossense com uma área de aproximadamente 135.000 há (cento e trinta e cinco mil hectares) e tem como objetivo principal proteger a fauna e a flora bem como as belezas naturais nele contidas, conforme descrito no artigo 2o do Decreto.

Art. 2o O Parque Nacional do Pantanal Mato-grossense tem por finalidade precípua proteger a flora, a fauna e as belezas naturais nele existentes, ficando sujeito ao regime especial do Código Florestal, instituído pela Lei no 4.771, de 15 de setembro de 1965.

Sendo assim, ainda sobre o Parque, o artigo 3o do Decreto dispôs sobre o prazo para a elaboração do Plano de Manejo, sendo ele 180 dias após a publicação do Decreto.

Art. 3o É fixado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a partir da publicação deste Decreto, para elaboração do respectivo Plano de Manejo, na forma do disposto no Regulamento dos Parques Nacionais Brasileiros, aprovado pelo Decreto no 84.017, de 21 de setembro de 1979.

O referido Plano de Manejo foi elaborado no ano de 2003 pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Renováveis (IBAMA) em conjunto com o Instituto de Conservação Ambiental The Nature Conservancy (TNC) e traz em seu conteúdo uma Zona de Amortecimento do PNPM, que alcança Poconé e Cáceres no Estado de Mato Grosso e Corumbá no Mato Grosso do Sul, essa Zona de Amortecimento foi classificada como o entorno de uma Unidade de Conservação, prevendo restrições no que tange às atividades humanas, numa tentativa de minimizar os impactos negativos que elas podem trazer ao meio ambiente. (BRASIL, 2003, p. 352 apud AMARAL, 2021, p. 180)

Sobre as Unidades de Conservação, a Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000 regulamenta os critérios e normas para a implantação e gestão das Unidades de Conservação e classifica em seu artigo 2o inciso I as Unidades de Conservação como um território instituído pelo Poder Público, objetivando conservação e, por isso, com imposição de limites para proteger esse local. O referido texto normativo prevê conceitos necessários para compreender esse instrumento.

Art. 2o Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - Unidade de conservação: espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção; II - Conservação da natureza: o manejo do uso humano da natureza, compreendendo a preservação, a manutenção, a utilização sustentável, a restauração e a recuperação do ambiente natural,

para que possa produzir o maior benefício, em bases sustentáveis, às atuais gerações, mantendo seu potencial de satisfazer as necessidades e aspirações das gerações futuras, e garantindo a sobrevivência dos seres vivos em geral;

III - diversidade biológica: a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas;

IV - Recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora;

V - Preservação: conjunto de métodos, procedimentos e políticas que visem a proteção a longo prazo das espécies, habitats e ecossistemas, além da manutenção dos processos ecológicos, prevenindo a simplificação dos sistemas naturais;

VI - Proteção integral: manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana, admitido apenas o uso indireto dos seus atributos naturais;

VII - conservação in situ: conservação de ecossistemas e habitats naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies em seus meios naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde tenham desenvolvido suas propriedades características;

VIII - manejo: todo e qualquer procedimento que vise assegurar a conservação da diversidade biológica e dos ecossistemas;

IX - Uso indireto: aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais;

X - Uso direto: aquele que envolve coleta e uso, comercial ou não, dos recursos naturais;

XI - uso sustentável: exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável;

XII - extrativismo: sistema de exploração baseado na coleta e extração, de modo sustentável, de recursos naturais renováveis;

XIII - recuperação: restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada a uma condição não degradada, que pode ser diferente de sua condição original;

XIV - restauração: restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada o mais próximo possível da sua condição original;

XVI - zoneamento: definição de setores ou zonas em uma unidade de conservação com objetivos de manejo e normas específicos, com o propósito de proporcionar os meios e as condições para que todos os objetivos da unidade possam ser alcançados de forma harmônica e eficaz;

XVII - plano de manejo: documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade;

XVIII - zona de amortecimento: o

entorno de uma unidade de conservação, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade; e XIX - corredores ecológicos: porções de ecossistemas naturais ou seminaturais, ligando unidades de conservação, que possibilitam entre elas o fluxo de genes e o movimento da biota, facilitando a dispersão de espécies e a recolonização de áreas degradadas, bem como a manutenção de populações que demandam para sua sobrevivência áreas com extensão maior do que aquela das unidades individuais.

O dispositivo supracitado exemplifica diante do ordenamento jurídico diversos conceitos importantes para compreender o que são as Unidades de Conservação, bem como uma série de definições necessárias para instituí-la, sendo assim, como disposto no inciso XVII, o plano de manejo é um documento que delibera sobre as normas de uso dos recursos disponíveis no território.

Sarlet e Fensterseifer (2022, p. 828) conceituaram o que é o plano de Manejo, o prazo para elaboração e a liberação das atividades dentro da área de Proteção Ambiental.

As unidades de conservação devem dispor de um Plano de Manejo, conforme dispõe o art. 27 da Lei 9.985/2000, o qual deve abranger a área da unidade de conservação, sua zona de amortecimento e os corredores ecológicos, incluindo medidas com o fim de promover sua integração à vida econômica e social das comunidades vizinhas (§ 1o). O Plano de Manejo, conforme dispõe o art. 2o, XVII, da Lei do SNUC, configura-se “documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade”. O Plano de Manejo de uma unidade de conservação deve ser elaborado no prazo de cinco anos a partir da data de sua criação (§ 3o). Na elaboração, atualização e implementação do Plano de Manejo das Reservas Extrativistas, das Reservas de Desenvolvimento Sustentável, das Áreas de Proteção Ambiental e, quando couber, das Florestas Nacionais e das Áreas de Relevante Interesse Ecológico, será assegurada a ampla participação da população residente (§ 2o). O mesmo dispositivo ainda prevê, no seu § 4o, conforme redação que lhe foi conferida pela Lei no 11.460/2007, que o Plano de Manejo poderá dispor sobre as atividades de liberação planejada e cultivo de organismos geneticamente modificados nas Áreas de Proteção Ambiental

e nas zonas de amortecimento das demais categorias de unidade de conservação, observadas as informações contidas na decisão técnica da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio sobre: I – o registro de ocorrência de ancestrais diretos e parentes silvestres; II – as características de reprodução, dispersão e sobrevivência do organismo geneticamente modificado; III – o isolamento reprodutivo do organismo geneticamente modificado em relação aos seus ancestrais diretos e parentes silvestres; e IV – situações de risco do organismo geneticamente modificado à biodiversidade.

Portanto, como já dito acima, com a elaboração do Plano de Manejo do Parque, foi instituída a Zona de Amortecimento, está a princípio não trazia permissão para a pesca de subsistência realizada pelas comunidades tradicionais na Zona de Amortecimento. Essa restrição resultou em grandes dificuldades para a Comunidade Tradicional da Barra do São Lourenço, já que sua área de pesca foi substancialmente limitada.

Segundo Amaral (2021 p. 181), em 2019, por meio de uma decisão judicial prolatada pela Vara Federal de Corumbá em 2017, o ICMBio alterou o Plano de Manejo do Parque Nacional do Pantanal Mato-grossense, estabelecendo uma exceção pela Portaria no 633, de 25 de outubro de 2019, visto que em sua primeira versão proibiam a circulação e os meios de subsistência aos ribeirinhos habitantes da área.

Ademais, no ano de 2015, diante dos conflitos entre o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMbio) e a Comunidade da Barra de São Lourenço em razão do Plano de Manejo e das repressões feitas pelos Órgãos Fiscalizadores sobre as atividades praticadas pelos ribeirinhos, foi realizada uma Audiência de Conciliação pré-processual pela Justiça Federal, em conjunto com o Conselho Nacional de Justiça-CNJ, por meio do Projeto Expedição da Cidadania, para discutir sobre a alteração do Plano de Manejo (AMARAL, 2021, p. 181).

A referida audiência, embora infrutífera no estabelecimento do plano de pesca na zona de amortecimento, gerou inúmeros relatos sobre a chegada desses povos na área e os constantes

conflitos enfrentados até a presente data, por esta razão foi elaborada uma carta aberta dos moradores da Barra do São Lourenço, retratada no documentário à Margem dirigido por Igor Caldas Novas.

A carta aberta, elaborada pelos ribeirinhos na época, traz em um só documento a fala de vários moradores da Barra, que estavam presentes ditando suas contribuições, direcionadas ao Projeto Expedição da Cidadania.

Antigamente nos morávamos cada um em um canto. Uns moravam na ponta do morro, outros moravam no ZE Dias, Caracara, Figueira, tudo nesta região, locais que hoje estão dentro de reservas ambientais. Posteriormente, criou-se a reserva do IBAMA e mandaram que nós saíssemos. Alguns ribeirinhos ficaram na margem do Rio Paraguai na região do acurizal, hoje uma RPPM, e posteriormente também foram expulsos deste local. Colocaram fogo em nossas casas, isso ocorreu em 1995. Como não havia mais lugar, viemos aqui pra ilha. Chegamos aqui na ilha no final de 1995 e passamos a viver da pesca e da isca. Ainda em 1995, dona Gislaíne, que chefiava a Ecotrópica, e sua equipe vieram aqui na ilha e disseram que não podíamos mais pescar e catarisca, pois iriam fazer um plano de manejo. Que o tempo para fazer o plano de manejo seria de cinco anos e que, neste período, não poderíamos pescar e catar isca. Então perguntamos a ela onde pegaríamos o peixe pra nossa sobrevivência, ela disse que nós tínhamos de dar nosso jeito. Não foi oferecida nenhuma alternativa de renda pra nossa comunidade. Em 2011, o Ministério Público Federal esteve aqui para nos ajudar, então o Procurador da República nos explicou quem nós poderíamos pescar nas margens do Rio Paraguai ao lado da reserva do acurizal e também no leito do Rio. Com base nessa orientação, voltamos a pescar por um bom período, tranquilos. Depois disso, o pessoal do Instituto Chico Mendes da Biodiversidade veio até aqui juntamente com pessoal da prestação de contas da União e estes indagaram se o Instituto Chico Mendes da Biodiversidade nos ajudava de verdade. Nessa ocasião, fizemos elogios ao Instituto Chico Mendes da Biodiversidade, mas daí, depois disso, o Nuno Rodrigues da Silva que é chefe do Instituto Chico Mendes da Biodiversidade, disse para nós que se nós voltássemos a pescar na área que o Dr. Mario do MPF havia liberado, ele iria nos multar. Então, argumentamos que o MPF havia nos autorizado a atuar nesta área. Ao que o Nuno Rodrigues respondeu que nós deveríamos obedecê-lo e que se o MPF fosse pra cima dele, ele, Nuno Rodrigues da Silva, viria em cima de nós. Por causa dessa situação, estamos passando muita dificuldade. Não temos mais condições de trabalhar tranquilos, pois estamos isolados em uma

pequena área que é alagada todos os anos, entre várias reservas. Nenhuma autoridade nos oferece uma alternativa de subsistência. A única ONG que aparece aqui para nos ajudar é a ECOA. Todos os anos nossas casas ficam submersas e o movimento dos barcos no Rio Paraguai causa erosão em nossa ilha. A cheia destrói nossa casa, nossas plantações, traz doenças para nossos filhos. Nós queremos permanecer aqui como nossos avós e bisavós e logicamente não vamos destruir o lugar onde nossos filhos viverão. Queremos que essas ONGs e órgãos ambientais tenham uma visão ampla do que é ser um ribeirão. Sentimos que algumas ONGs e órgãos ambientais acham que somos menos importantes que animais, pois só pensam na preservação dos animais e esquecem que nós também buscamos nossa preservação e a dos nossos filhos neste lugar. Não queremos sair daqui, não queremos mudar para a cidade. Enfim, queremos ser tratados com a dignidade que merecemos. ("À Margem", 2022)

Como se depreende dos relatos dos moradores da Barra de São Lourenço, é evidente o conflito vivido até hoje por eles, necessitando de um instrumento que garanta a livre circulação dentro do território por ele tradicionalmente habitado, e garantindo-lhe a realização das atividades necessárias para a sua subsistência e segurança alimentar, a afirmação de sua identidade e cultura, o que só pode ser alcançado com o reconhecimento do direito ao território.

Nessa ordem de ideias, a Autorização de Uso Sustentável, formalizada pelo TAUS, pode garantir, em caráter de urgência e de forma provisória, até que ocorra uma demarcação definitiva dessas terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas Guató, o direito fundamental ao território com todos os seus consectários, isto é, o direito à segurança alimentar e a própria dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a salvaguarda desses direitos é uma urgência urgentíssima que não pode mais aguardar dificultosos processos político e jurídico para demarcação dos territórios Guató.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a produção do presente estudo, foi realizado uma análise temporal, bibliográfica e antropológica para produzir as informações aqui expostas, chegando à conclusão de que a Autorização de Uso Sustentável, formalizada pelo TAUS, é um instrumento do Direito Administrativo capaz de efetivar os Direitos Humanos tanto ao território quanto à identidade, sendo, portanto, um objeto de desdobramento dos Direitos da personalidade e de vários direitos sociais, como os direitos à saúde, à moradia digna e à educação para as crianças, na medida em que viabiliza a construção de escolas e áreas de convivência cultural, e assim a proteção da infância de uma forma geral.

A pesquisa também evidenciou o impacto negativo do processo de desterritorialização sobre os direitos fundamentais dos povos ribeirinhos, a partir da evolução histórica da comunidade da Barra do São Lourenço e ainda demonstrou, os impactos positivos da constituição da Autorização de Uso Sustentável, documentada pelo TAUS, sobre os direitos humanos dos membros da referida comunidade.

Ademais, os resultados apontam a importância da Autorização, na manutenção da autonomia das comunidades, para expandir o desenvolvimento, reduzindo a distância entre o governo e os povos, auxiliando na redução da desigualdade social, além efetivar o direito humano ao território e a identidade e demais direitos fundamentais dos povos tradicionais.

Não obstante a relevância da Autorização de Uso Sustentável, formalizada pelo TAUS, como instrumento para a efetivação da justiça socioambiental, no caso específico do Pantanal de Mato Grosso do Sul, aqui analisado, esse instituto deve ser usado em caráter de urgência e de forma provisória, até que ocorra a demarcação definitiva dessas terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas Guató, tendo em vista que os dados históricos examinados em nossa pesquisa demonstram que esses ribeirinhos em verdade são Guató; logo, têm o direito ao reconhecimento de

seus territórios de forma definitiva pelo processo de demarcação das terras, que tradicionalmente ocupam.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mauro W. B., Populações Tradicionais e Conservação Ambiental In: Cultura com Aspas. Organizadora Manuela Carneiro da Cunha. São Paulo: UBU Editora, 2017. 267- 292

À MARGEM. Direção: Igor Caldas Novas. Produção: Augusto Dauster, Moment Filmes, IC

Audiovisual, Cenário Sonoro. Roteiro: Diogo Fleury e Igor Caldas Novas. Fotografia de Augusto Duster e Igor Caldas Novas. [S. l.]: YouTube, 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=iIriPo44r-Y>. Acesso em: 21 maio 2023.

BRASIL, Decreto no 10.088, de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados

pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20192022/2019/Decreto/D10088.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20192022/2019/Decreto/D10088.htm) Acesso em jun. 2023

BRASIL, Decreto no 6.040, de 7 de fevereiro de 2017. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm) Acesso em: nov. 2022

BRASIL. Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19985.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm) Acesso em maio.2023

BRASIL. Portaria no 89, de 15 de abril de 2010. Disciplina sobre a utilização e aproveitamento dos imóveis da União em favor das comunidades tradicionais. Disponível em: <https://www.gov.br>

br/economia/pt-br/assuntos/patrimonio-da\_união/legislação/arquivos-antigos/portariasold/portarias-da\_spu/arquivos/2016/portaria-89-2010\_tau.pdf/view> Acesso em nov. 2022

BRASIL, FUNAI. Demarcação de terras indígenas. 10 de março de 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/terras-indigenas/demarcacao-de-terras-indigenas>> Acesso em nov. 2022

DE OLIVEIRA, Jorge Eremites. A história indígena no Brasil e em Mato Grosso do Sul. Espaço ameríndio, v. 6, n. 2, p. 178, 2012.

DE OLIVEIRA, Jorge Eremites. Da pré-história a história indígena:(re) pensando a arqueologia e os povos canoeiros do Pantanal. Revista de arqueologia, v. 16, n. 1, p. 71-86, 2003.

DE VACA, Alvar Núñez Cabeza. Naufragios de Alvar Núñez Cabeza de Vaca. Good Press, 2019.mm

DO AMARAL, Raquel Domingues. Pantanal, a casa dos filhos das águas: O Direito Fundamental do Povo Tradicional pantaneiro ao território. In: Tutela Jurídica do Pantanal. Organizadoras Elisaide Trevisam, Rafaela de Deus Lima. 1. ed. Campo Grande MS: UFMS, 2021. p. 154-196. ISBN 978-65-86943-66-5.

MANCE, Euclides André. Fome zero e economia solidária: o desenvolvimento sustentável e a transformação estrutural do Brasil. Curitiba: Instituto de Filosofia da Libertação: Editora Gráfica Popular, 2004.

NASCIMENTO, Adir Casaro. Povos indígenas e as questões de territorialidade In: URQUIZA, Antônio H Aguilera (org.) Cultura e história dos povos indígenas em Mato Grosso do Sul. Campo Grande: UFMS, 2013 p 53-71 PARQUE Nacional do Pantanal Matogrossense. ICMbio. Disponível em: <https://www.icmbio.gov.br/parnapantanalmatogrossense/index.php>. Acesso em jun. 2023

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. Direitos dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil. 2017.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. Curso de Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643783. Disponível em: <https://integradaminha.biblioteca.com.br/#/books/9786559643783/>. Acesso em: 28 mai. 2023.

TURINE, Joseliza Alessandra Vanzela; MACEDO, Maria Ligia Rodrigues. Direitos Humanos, Comunidades tradicionais e Biodiversidade: Desafios para o desenvolvimento sustentável. *Revista Direito UFMS*, v. 3, n. 2, 2017.

ZANATTA, Silvia Cristina Santana. Comunidade Ribeirinha Barra do São Lourenço: um estudo heurístico sobre desenvolvimento local como projeto endógeno e comunitário. 2010. 163 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local- Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2010.

## SOBRE OS ORGANIZADORAS E ORGANIZADOR



Profa Dra. Débora Teixeira da Cruz

Possui graduação: Radiologia pela Universidade de Alfenas (UNIFENAS); Psicologia pela Universidade do Vale do Sapucaí (UNIVÁS); Pedagogia (Unigran), Graduanda em Direito (Unigran Capital); Especialização em Mediação de Conflitos pelo Instituto Federal do Sul de Minas e Perícia Criminal e Ciências Forense (IPOG). Mestrado em Bioética - Universidade do Vale do Sapucaí (UNIVÁS). Doutorado em Saúde e Desenvolvimento pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Editora da Revista Núcleo do Conhecimento, Membro do Conselho Científico Unigran Capital da revista Integram Unigran Capital Revisora ad hoc da Revista Brasileira de Pesquisa em Saúde da Universidade Federal De Espírito Santo (UFES) Estudos interdisciplinares sobre o envelhecimento da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

(UFRGS), Avaliadora Ad Hoc da FNDCT. Avaliadora do Guia da Faculdade, promovido pela Quero Educação em parceria com o jornal O Estado de S. Paulo. Avaliadora da Feira de Tecnologias, Engenharias e Ciências de Mato Grosso do Sul (FETECMS). Coordenadora de CST em Radiologia, Supervisora de Estágio de Psicologia e docente nos cursos de Saúde da UNIGRAN Educacional e docente da Unigran EAD. Coordenadora do Núcleo de Extensão Inter e Transdisciplinar para Estágios Remunerados e Empregabilidade ( NEXITEMPER). Membro da Comissão de Biossegurança da Unigran Educacional, docente nos cursos de Pós Graduação do Centro Universitário Unigran Capital. Professora colaboradora na Educação a Distância da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (EAD/UFMS). Revisora associado da revista Perspectivas Experimentais e Clínicas, Inovações Biomédicas e Educação em Saúde (PECIBES) do Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian (HUMAP) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul na área de Psicologia e Ciências do Comportamento. Avaliadora ad hoc para Autorização e Reconhecimentos de Cursos representando o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais - INEP/MEC e Membro da Comissão Assessora de Área do Enade - INEP/MEC/SINAES. Membro do Comitê de Ética em Pesquisa do Centro Universitário da Grande Dourados. Membro da Frente Parlamentar dos Direitos da Pessoa Idosa de Mato Grosso do Sul Tem experiência na coordenação de cursos; orientação de trabalhos acadêmicos e científicos; supervisão de estágios; psicodinâmica do trabalho e docência de ensino superior e pós-graduação. Autora de livros.



Prof. Me. João Paulo Calves

Graduado em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco - UCDB (2011). Mestre em Direito (área de concentração Direitos Humanos) pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS (2017). Pós-Graduado em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (2013). Foi Professor substituto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Coordenador do Núcleo de Pós-graduação em Direito da UNIGRAN Capital e Professor do Curso de Direito da UNIGRAN Capital, bem como Advogado. Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital e membro do Conselho Científico Unigran Capital da revista Integram Unigran Capital



Profa Dra. Maysa de Oliveira Brum Bueno

-Graduada em Letras Com Ênfase Em Tradutor e Intérprete pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal-UNIDERP, mestrado em Educação pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul com pesquisa em Educação a Distância e doutorado em Educação com pesquisa em cultura digital, redes sociais e formação de professores pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Foi pesquisadora convidada na Universidade de Manitoba, Canadá. É professora nos cursos de graduação da Unigran Capital. Trabalha com Ead desde 2000 e oferece cursos, palestras e consultorias presenciais e a distância para inserção das tecnologias nas instituições de ensino, formação de professores para utilização das tecnologias digitais e das redes sociais na educação. Tem experiência na área de Letras, Língua Inglesa, Linguagens, Comunicação, Tecnologias Educacionais, Educação a Distância, Redes Sociais, Formação de Professores, Cultura Digital e dispositivos móveis na educação. Faz parte do comitê executivo do grupo Alumni Canadá-Brasil e é líder em Educação para o Canadá no Brasil. Foi professora de inglês para imigrantes e refugiados no Immigrant Centre Manitoba no Canadá.

## SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES

**Abner da Silva Jaques** - Graduado em Direito, Especialista em direito ambiental, agrário, urbanístico. Mestre em Direito. Doutorando em Direito Político e econômico, docente na Unigran Capital E-mail: abner.jaques@unigran.br

**Ana Cristina Fernandes Martins de Oliveira** - Graduada em Direito e comunicação Social, Especialista Direito Civil e Processual Civil. Em Teoria do Estado, Relações Privadas e Processo. Em Marketing. Assessora Jurídica de Juiz no TJMS e docente na Unigran Capital E-mail- anacristina.oliveira@unigran.br

**Andressa Scheibeler**- Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Arthur Bernardes dos Santos** -Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Ariana Barbosa Beltramin**- Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Andréia Batista** - Acadêmica do Curso de direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Augusto Seiji Yoshida** - Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Áurea Maria Gomes Dias** - Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Carlos Augusto Rocha Alvim** - Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Cid Eduardo Brown da Silva** - Graduado em Direito, Advogado, Diretor Pedagógico do Instituto Ícone de Ensino Jurídico. Direito Constitucional Aplicado, docente e supervisor de estágios na Unigran Capital E-mail: cid.silva@unigran.br

**Fernando Coelho Mirault Pinto** - Graduado em Comunicação Social, Direito, especialista em Administração em Marketing, Publicidade e Propaganda Direito e Processo do Trabalho, Docente na Unigran Capital. E-mail: fernando.mirault@unigran.br

**Gabriel Alonso Borges de Souza** - Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário da Unigran Capital

**Gabriel Espíndola Lopes Pereira** - Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Guilherme Henrique Araújo** - Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Guilherme Maciulevicius Mungo Brasil** - Graduado em Direito, Especialista em Direito Processual e em Direitos Difusos e Processo Coletivo, Mestre em Direitos Humanos, Doutorando em Ciências Ambientais docente na Unigran Capital E-mail - guilherme.brasil@unigran.br

**Guilherme Tadeu Portella Medeiros** - Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Haniely Magalhães Mancilha dos Santos** - Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital.

**Jaqueline Karina Rodrigues de Lima** - Graduada em Direito, Mestrado em Direito e Economia, Procuradora de Entidades

Públicas na Fundação do Trabalho, docente na Unigran Capital E-mail: jaqueline.lima@unigran.br

**Jefferson Rodrigo Bianchini Marques** - Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**João Carlos Lima de Oliveira** - Bacharel em Direito, especialista em Direito Processual e Direito Processual Civil Assessor Jurídico de Juiz e docente na Unigran Capital E-mail: joao.oliveira@unigran.br

**João Pedro Pedra Domingos**- Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**José Luiz Rodrigues** - Graduado em Direito, Pós-Graduação em Ciências Penais, Mestrado em Processo Penal e Garantismo, docente na Unigran Capital E-mail: jose.luiz@unigran.br

**Kellyne Laís Laburú Alencar de Almeida** - Graduada em Direito, Advogada, Especialista em Direitos Fundamentais e Mestre em Direitos Fundamentais, Docente na Escola de Magistratura do Estado de Mato Grosso do Sul, Escola da Associação do Ministério Público e na Unigran Capital. E-mail: kellyne.almeida@unigran.br

**Laís Milana dos Santos** - Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Larissa Costa Santos** - Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Maria Clara de Souza Ozório** - Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Maria Eduarda Senna de Miranda Vilalba** - Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Omar Joaquim de Carvalho Junior** - Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Paula Juliane Ota** - Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Pedro Montebranco** - Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Priscila Rocha Margarido Mirault** - Graduada em Direito, especialista Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Juíza do Trabalho e docente na Unigran Capital E-mail [priscila.mirault@unigran.br](mailto:priscila.mirault@unigran.br)

**Sarah Vilalba de Andrade** - Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

**Wanderlei Naletto Muzili Neto**- Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Unigran Capital

Esta coletânea é fruto de um trabalho conjunto com diversos olhares, que visa apresentar aos leitores o Direito como um arcabouço necessário para a sociedade na atualidade. Possibilitando novos conhecimentos sobre a temática jurídica e humanista para aqueles que desejarem mergulhar nas diversas teorias, técnicas e legislações no âmbito do Direito Processual Civil. Desta forma, desejamos uma excelente leitura e um ótimo estudo!



**DIREITO**  
UNIGRAN CAPITAL

