FERNANDA MESQUITA SERVA • FRANCIS MARÍLIA PÁDUA • HELOÍSA HELOU DOCA

ESTUDOS JURÍDICOS E INOVAÇÃO

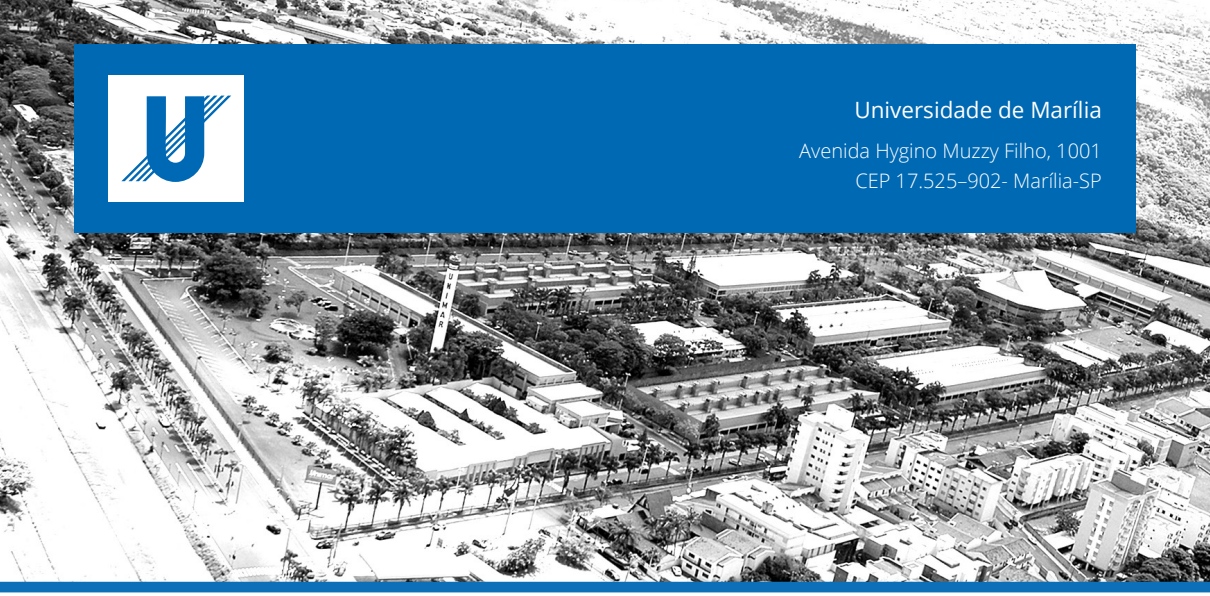
O DIREITO NA PRÁTICA

ESTUDOS JURÍDICOS E INOVAÇÃO: o Direito na prática

Fernanda Mesquita Serva
Mestre em Direito pela UNIMAR (Universidade de Marília)
Doutora em Educação pela UNESP (Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho"),
Pró-reitora de Pesquisa, Pós-graduação e Ação Comunitária da UNIMAR

Francis Marília de Pádua
Mestre em Direito pela UNIMAR
Doutora em Educação pela UNESP
Coordenadora do Curso de Direito da UNIMAR

Heloisa Helou Doca
Mestre e Doutora em Letras pela UNESP
Professora da UNIMAR



Universidade de Marília

Avenida Hygino Muzzy Filho, 1001
CEP 17.525–902- Marília-SP

Reitor
Márcio Mesquita Serva

Vice-reitora
Profª. Regina Lúcia Ottaiano Losasso Serva

Pró-Reitor Acadêmico
Prof. José Roberto Marques de Castro

Pró-reitora de Pesquisa, Pós-graduação e Ação Comunitária
Profª. Drª. Fernanda Mesquita Serva

Pró-reitor Administrativo
Marco Antonio Teixeira

Organizadoras
Heloísa Helou Doca, Francis Marília Pádua, Fernanda Mesquita Serva

Revisão
Heloisa Helou Doca

Diagramação, Design Gráfico
B42 Design

D636e Doca, Heloísa Helou

Estudos jurídicos e inovação: o direito na prática [livro eletrônico] / Heloísa Helou Doca, Francis Marília Pádua, Fernanda Mesquita Serva (orgs.). - Marília: Unimar, 2021.

PDF (512p.) : il. color.

ISBN 978-65-89088-70-7

1. Conhecimento Pluriversitário 2. Extensão Universitária 3. Graduação em Direito 4. Trabalho de Conclusão de Curso I. Título. II. Doca, Heloísa Helou. III. Pádua, Francis Marília. IV. Serva, Fernanda Mesquita.

CDD – 340.07

*Todos os gráficos, tabelas e esquemas são creditados à autoria, salvo quando indicada a referência. Informamos que é de inteira responsabilidade da autoria a emissão de conceitos.

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem autorização. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido pela Lei n.º 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

PREFÁCIO

Honra-me sobremaneira prefaciar esta obra. Faço-o na atitude de aluno, pouco comum a prefaciador. Quem prefacia tem geralmente a posição de quem apresenta ou até introduz, apoiado em sua suposta capacidade e competência, em seu conhecimento e renome. É sempre a postura de quem pode julgar a obra que está prefaciando e avalizá-la para o público a quem se destina.

Desta vez, porém, este prefaciador se põe na situação de quem tem o privilégio da prioridade da leitura para anunciar a alegria do aprendido, do descoberto.

À primeira vista tenho uma grande e boa sensação pelo fato de perceber esta produção como profundamente vinculada a uma nova política acadêmica de trabalho de conclusão de curso de Direito, vinda de um processo de construção coletiva do conhecimento, através da análise e estudos de casos reais. Tem-se a impressão de que a sala de aula revalorizasse como um laboratório, lugar de labor, de interações produtivas de um novo conhecimento e de um novo saber. Cada trabalho tem sua vinculação à prática. Os autores destacaram o quantitativo, o vivido e vivenciado no chão dos problemas e questões elencadas.

Abre-se um novo horizonte para os TCC's do curso de Direito, pela diversidade de contribuições. Não se trata de um conhecimento feito, acabado, compreendido, como aquele catequético "pergunte e responderemos", mas de uma proposta ou desafio de "pergunte e procuraremos"

Nesta obra, a interdisciplinaridade se desenvolve. Supera-se a multidisciplinaridade pela transdisciplinaridade e pela metadisciplinaridade.

Salta aos olhos a importância deste trabalho pela sua inovação, talvez seja o fio condutor que nos levará ao futuro dos trabalhos de conclusão de curso de direito na apresentação de casos reais, unindo as partes – teoria e prática.

Marília, maio de 2021.

José Roberto Marques de Castro
Pró-reitor de Graduação da UNIMAR (Universidade de Marília)

APRESENTAÇÃO

A presente obra retrata uma nova proposta de Trabalho de Conclusão de Curso para os alunos do curso de Direito da UNIMAR (Universidade de Marília). Ela é composta pelos trabalhos desenvolvidos por alunos e seus professores ao longo do ano de 2020, sendo que cada capítulo se refere a um TCC, no total de vinte.

Esta proposta de TCC foi idealizada tendo em mente o propósito da UNIMAR de contribuir para a comunidade onde ela está inserida. Seu objetivo é difundir os benefícios das pesquisas realizadas para além da Universidade, produzindo um conhecimento pluriversitário que possa trazer benefícios para a comunidade de Marília e Região.

Partindo da missão institucional, a proposta passou por diálogos no âmbito do NDE (Núcleo Docente Estruturante) do Curso de Direito e, na sequência, foram dados os passos no sentido de sua concretização. O que se buscou foi conciliar a missão institucional, a necessidade de se dar um sentido prático aos TCC desenvolvidos pelos alunos e o cumprimento da legislação vigente.

As Novas Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, advindas com a Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018, permitiram esta ressignificação dos TCC do Curso de Direito da UNIMAR. Até então, a legislação exigia as tradicionais e conhecidas monografias.

A Resolução mantém o TCC como componente curricular obrigatório, conforme seu art. 11, porém ela inova ao possibilitar novos horizontes a serem fixados pela Universidade no seu PPC (Projeto Pedagógico de Curso). Esta obra representa justamente esta inovação.

Em relação à metodologia utilizada, foi necessário um levantamento prévio junto a empresas, escritórios, indústrias e instituições da cidade de Marília e região, com o objetivo de conhecer as demandas jurídicas existentes na comunidade e criando problemas-chave para se chegar a uma possível solução, dentre as várias possiblidades existentes.

Os representantes destes segmentos apresentaram para os alunos os problemas e os times, orientados pelos professores, escolheram o desafio jurídico a ser enfrentado. Neste momento inicial já foi necessário aprender a trabalhar em grupo e dividir experiências para as melhores escolhas.

O desenvolvimento de novas habilidades e competências foram plenamente atingidas, pois o trabalho em grupo exigiu cooperação entre os integrantes dos times e a colaboração foi imprescindível para o andamento do TCC. Além disto, o relacionamento com os representantes das empresas, escritórios, indústrias e instituições para identificação dos problemas oportunizou um crescimento profissional aos alunos da graduação e, também, representou uma oportunidade para eles serem conhecidos e reconhecidos pela sociedade.

O formato não se prendeu apenas ao desenvolvimento de artigos científicos, mas também de pareceres, recomendações ou outros produtos, trazendo uma proposta prática e concreta para a aplicação do conhecimento obtido na pesquisa para além dos muros da Universidade.

O resultado foi bastante gratificante!

Os ganhos obtidos para alunos, professores e comunidade são evidentes, pois, pesquisas realizadas com propósitos ressignificam não apenas o processo de ensino e aprendizagem, mas também tornam cada vez mais estreita a relação da Universidade com a comunidade.

Assim, cada dia mais, a história da Unimar se confunde com a história da cidade de Marília.

Afinal, Marília é a terra da Unimar.

Outono de 2021.

Prof. Dra. Fernanda Mesquita Serva
Profa. Dra. Francis Marília Pádua
Prof. Dra. Heloisa Helou Doca

SUMÁRIO

O direito do consumidor frente à negligência ou imprudência médico Veterinária e sua relação administrativa e judicial **9**

Resolução da Aneel repassou para os municípios a obrigação de dar manutenção na iluminação pública, mas, além de não ter estrutura para assumir tal manutenção, há um passivo que não foi resolvido pela concessionária (dezenas de lâmpadas queimadas, por exemplo). Qual a medida mais adequada a solução desta situação? **30**

A conscientização e prevenção dos riscos estéticos e jurídicos envolvidos em cirurgias plásticas **45**

Parceria público-privada e a legitimidade processual na ação civil pública..... **76**

A rotulagem de alimentos geneticamente modificados: regulamentação, direitos constitucionais e do consumidor **91**

Direito à vida e liberdade religiosa das Testemunhas de Jeová **124**

Parecer jurídico: reativação de linha ferroviária onde há assentamento de famílias **161**

O Tribunal de Contas do Estado e a contratação dos médicos do programa saúde da família: reflexos jurídicos e sociais **176**

Aplicabilidade do contrato de intermediação nas vendas realizadas por concessionárias – empresa modelo: Comasa..... **203**

Regras de rotulagem sobre alergênicos: adequação dos fabricantes sobre a vigência da RDC 26/2015 e as informações enganosas que podem chegar ao consumidor **226**

A importância da conscientização das empresas na utilização da logística reversa **254**

Uma abordagem jurídica da regulamentação e implementação das novas normas de rotulagem de alimentos embalados para adequação industrial..... **388**

Parecer jurídico – suspensão de distribuição de insumos para o tratamento de diabetes **307**

A aplicação dos direitos fundamentais na vida da mulher brasileira **319**

Morte encefálica na UTI neonatal: interrupção de suporte vital e a autorização familiar..... **371**

Parecer jurídico - remédio de alto custo - tratamento off label - impossibilidade - responsabilidade - plano de saúde **389**

Centro de arbitragem e mediação da câmara de comércio Brasil/Canadá **403**

O acesso à justiça por meio da Defensoria Pública Estadual **420**

Análise jurídico-estrututal para uma melhor segurança nos contratos "Built to Suit"..... **444**

Propriedade Industrial: Eficácia Normativa Nacional e Internacional Frente à Pirataria..... **472**

A Responsabilidade Jurídica do Médico diante da Alta a Pedido **488**

O Direito do Consumidor Frente à Negligência ou Imprudência Médico Veterinária e sua Relação Administrativa e Judicial

Alexandra Garbelotto

Edwilson Gama

Fábio Fernando Ribeiro Manhoso

Juliana de Paula Pereira

Larissa Aguiar de Araújo

Cintia Maria Trad

INTRODUÇÃO

A relação entre homem e animal está cada vez mais tomando proporções impensáveis em épocas passadas. Atualmente vemos que os animais, principalmente os de companhia, são vistos e cuidados pelos seus proprietários como membros da família e essa configuração faz com que haja reflexo até mesmo no campo jurídico, pois em caso de qualquer ação ou omissão por parte de quem quer seja, com destaque especial aos médicos veterinários, promove um encorajamento nesse tutor na busca pelos seus direitos enquanto cidadão. Nesse aspecto, a visão jurídica englobando a questão animal se torna essencial ser debatida e explicitada, não apenas para a ciência do tutor de um animal quanto a seus direitos, que são amparados basicamente no Código Cível e no Código de Defesa do Consumidor, mas também apresentando a ele o caminho da justiça administrativa, quando o fato lesivo advenha daquele que tem a competência de zelar pela saúde e bem-estar dos animais, ou seja, o médico veterinário, que tem no Sistema Conselho Federal de Medicina Veterinária/Conselhos Regionais de Medicina Veterinária, o órgão de amparo para esse momento. Em que pese toda essa preocupação do homem para com seus animais, é visível que o ordenamento jurídico parcialmente silenciou em relação aos animais, sendo estes classificados como coisas ou produtos, tanto pelo Código Cível, quanto pelo Código de Defesa do Consumidor, o que, porém, vem sendo mudado, até mesmo pelo advento do reconhecimento legal desses animais sendo classificados como seres sencientes. Nesse sentido, apresentaremos, de forma hipotética, um caso clínico médico veterinário com a característica de erro profissional e a consequente ação do cliente para ter seu direito garantido no intuito de apresentar ao leitor os caminhos e o direcionamento que o mesmo deve seguir nessas condições.

RELATO DE CASO

Os animais de estimação têm ocupado cada vez mais espaço na sociedade, em especial dentro dos lares, onde são tratados como verdadeiros membros da família, sendo unidos por laços afetivos. Eles expressam à sua maneira, o sentimento de amor pela família, pelo tutor, ocupando o papel de companheiro, guarda da residência, entre outras posições. Assim, tendo em vista a relação entre homens e animais, quando estes últimos sofrem alguma agressão, independente da origem, faz sentido seus tutores “brigarem” pelos seus direitos na justiça com relação ao

fato, e, dependendo da agressão, há caminhos específicos. Nesse caso, ao se postar o médico veterinário como agente causador de fatos que possam promover qualquer dano a um animal, o caminho judicial pode ser adicionado ao administrativo (SLOWINSKI *et al*, 2016).

Seguindo o proposto no objetivo e visando ilustrar o tema central "O direito do consumidor frente à negligência ou imprudência médico veterinária e sua relação administrativa e judicial", apresentar-se-á um caso concreto, dando assim, subsídio ao leitor para que tenha o entendimento dos caminhos a seguir quando se sentir lesado num atendimento médico veterinário. Neste caso, a estrutura proposta envolve um relatório de processo administrativo que segue o modelo do que é determinado pela Resolução CFMV nº 875 (BRASIL, 2007), constando das seguintes partes: histórico, instrução, mérito e conclusão.

HISTÓRICO

Priscila Ataíde Justino Klaus e Cláudia Justino Klaus relatam que no dia 08 de agosto de 2019 levaram seu gato de nome Fred, SRD, macho, com sete anos de idade a Clínica Veterinária "Animal Friends" para atendimento com Médico Veterinário Paulo Tarcísio do Amaral Peixoto – CRMV-SP 80.777, para castração eletiva. Como primeiro procedimento o animal foi pesado, examinado e constatado uma desidratação, além de baixo peso. Como exame pré-operatório realizou-se a colheita de sangue, aproveitando-se para também proceder ao corte das unhas onde foi necessário o emprego de anestesia injetável; além disso, foi solicitado ultrassom que, como não havia possibilidade de ser realizado no mesmo dia no estabelecimento, optou-se por realizá-lo em outro local. Ocorre que o responsável pela realização do exame ultrassonográfico observou que o animal estava hipotérmico e pediu para que retornasse a Clínica, porém esta funcionava somente em horário comercial, sendo então levado para casa e mantido sob uma blusa para aquecimento. No dia seguinte, 09 de agosto, Fred se mantinha sedado, sem acordar, e ao ligarem para a Clínica foram informadas que isso seria normal, devido ao efeito anestésico. A funcionária solicitou que levassem o animal no dia 10 de agosto conforme estava agendado o retorno, porém o animal veio a óbito às 22:30 horas do dia 09 de agosto, sendo o corpo encaminhado a uma clínica 24 horas para cremação. Relatam que no dia 10 de agosto receberam a ligação da funcionária da clínica para informá-las do retorno, mas já era tarde e então foram até ao estabelecimento para conversarem com o profissional. Nesse momento, foram comunicadas dos resultados dos exames que indicaram que o hemograma estava alto e o animal estressado.

Documentos apresentados pelas tutoras:

a) Laudo ultrassonográfico realizado na data de 08/08/2019 e respectivas imagens: rins – tópicos, contornos regulares, dimensões assimétricas (RE 3,85cm / RD 3,04cm em seu eixo maior), nefropatia. Observa-se estrutura ecogênica, formadora de sombra acústica, de aproximadamente 0,34cm em pelve de rim esquerdo (cálculo renal). Observam-se alguns pontos ecogênicos, puntiformes em suspensão (cristais/sedimentos urinários);

b) Cópia das embalagens dos medicamentos usados: Agemoxi CL 50mg comprimidos; Antitóxico SM líquido;

c) Laudo de exames datados de 08/08/2019:
c.1) hemograma: resultado dentro da normalidade;
c.2) Ureia: 94 mg/dl (10 – 60)
c.3) Creatinina: 11,5 mg/dl (0,7 – 1,7)
c.4) Fosfatase alcalina: 7,1 UI/l (7 – 80)
c.5) ALT: 112 UI/l (10 -88)

d) CDroom contendo um vídeo de 1:02 minutos sem som em que aparece o animal sobre uma mesa de inox aparentemente sedado, com poucas reações em membros torácicos, quando estimulado

Aos 17 dias de janeiro de 2020, o Médico Veterinário Paulo Tarcísio do Amaral Peixoto – CRMV-SP 80.777 apresenta sua versão alegando improcedência dos fatos narrados visto que a *causa mortis* do felino não consta indicada e comprovada. Quanto ao atendimento pr estado argumenta que o animal não compareceu à clínica apenas para uma castração ou corte das unhas, mas apresentava vômito e disúria, o que ficou comprovado pelo hemograma e perfil renal. Chama atenção para o fato na demora quanto às providências no socorro ao animal por parte das tutoras que não deram o tratamento adequado ao felino, que por dias não se alimentava e apresentava vômito, mas queriam castrá-lo. O animal foi submetido à tranquilização com acepromazina e midazolan, para ser possível a coleta de sangue, já que estava muito agressivo e após foi-lhe administrado vitamina K, dipirona, agemoxi, cimetidina, complexo B, justificado pelo resultado do hemograma que denotava nefropatia e hepatopatia. Sendo assim, as patologias diagnosticadas foram: vômito, periodontite, nefropatia, hepatopatia e desidratação. Quanto ao ultrassom ser realizado em local externo foi por opção das denunciantes,

inclusive se responsabilizando pelo transporte do animal, autorizando todos os exames realizados. Alegou, portanto, que não cometeu qualquer ato que pudesse contribuir para a morte do animal tão pouco cometeu qualquer ato ilícito e, por meio disso, não pode ser responsabilizado pelas acusações.

Documentos apresentados pelo Médico Veterinário:

a) Prontuário do paciente onde se encontra o atendimento, sendo: 08/08/2019 – momento dos fatos: com peso de 4,15Kg, temperatura de 39ºC. No item anamnese consta: veio para castração, agressividade, vômito e corte de unhas; já no item exame físico consta boca com tártaro + periodontite; FC 40; FR 24; pele seca; temperatura 38,5ºC / Diagnóstico: Periodontite, Tártaro e Nefrohepatopatia / Tratamento: acepran 1% 0,5mg/kg + midazolan 0,5 mg/Kg (IM); Vitamina K 0,5ml (SC); Agemoxi 0,5ml (SC); Mercepton 0,5ml (SC); Catosal 0,5ml (SC); Dipirona 0,5ml (SC) / Prognóstico: Reservado a desfavorável.
b) Termo de autorização para exames assinado pela tutora;
c) Termo de autorização para tratamento assinado pela tutora;
d) Receituário assinado datado de 08/08/2019 constando do medicamento Previn Antitóxico na posologia de 30 gotas a cada 12 horas e Agemoxi comprimidos 50 na posologia de um comprimido a cada 12 horas todos por 10 dias;

INSTRUÇÃO

A Sessão de Instrução do Processo Ético foi realizada no dia 15 de maio de 2020 na presença das denunciantes e denunciado, este acompanhado pela sua Procuradora tendo como Conselheira Instrutora a Dra. Suellen dos Prazeres Castro. Em tempo: a Senhora Instrutora solicitou ao setor de registro de empresas do CRMVSP informações da situação do estabelecimento Clínica Veterinária Animal Friends, obtendo como resposta que consta registrada em nome do profissional aqui denunciado sob o CRMVSP 249.786/J desde 14 de julho de 1997, tendo sido averbado como responsável técnico até o dia 12 de janeiro de 2017, porém, sendo que até a presente data (15/05/2020) não ter havido renovação da ART por parte do profissional, porém destaca que seu registro está como Consultório Veterinário.

Inicialmente as denunciantes reiteram o que consta nos autos relatando que levaram o animal até o estabelecimento do denunciado para castração e que estava

aparentemente bem, ativo, se movimentando, pulando e que não apresentava episódios de vômito; que na clínica ficou estressado e assim foi aplicado o sedativo não acordando e vindo a óbito no dia seguinte às 22:30hs; que o animal do vídeo em CDroom anexo é o Fred após as medicações; que como o retorno na clínica do denunciado seria somente para o dia 10/08, e pela negativa da recepcionista em atendê-las aguardaram o dia seguinte, mas o animal veio a óbito e assim levaram o corpo para cremação em outro estabelecimento; que buscaram informações com o denunciando no dia seguinte quanto aos resultados dos exames e ficaram sabendo de que o Fred era portador de problema renal; que o denunciado não informou o porquê o animal ficou desacordado. Questionadas pelo denunciado se foram orientadas a realizar a necropsia antes da cremação, responderam que sim, mas não autorizaram. Já, o denunciado, da mesma forma, reitera sua defesa, informando que atendeu o animal e este estava ativo e atento, mas após a anamnese teve a necessidade da sedação para melhor investigação e colheita de sangue; utilizou do Acepromazina 0,5mg/kg e Midazolan 0,1mg/kg e que a temperatura do animal estava em 38,5ºC no momento; que o animal conseguia se manter em pé, com sinais vitais e reflexos; que não ficou sabendo das ligações das denunciantes ao estabelecimento; que as taxas de ureia e creatinina estavam elevadas e devido a isso o animal apresentava dor, sem se alimentar e vômitos; que não conseguiu dar mais esclarecimentos as tutoras pois não houve mais contato; que a clínica funciona das 8 às 18 horas conforme placa indicativa e cartões; que realiza cirurgias e raramente interna, mas nesses casos com plantonista.

As alegações finais foram apresentadas apenas pela defesa, sem nenhuma informação a mais que pudesse corroborar com o relatório.

MÉRITO

Verificando todos os componentes desse processo observa-se que as denunciantes buscam uma explicação pelo fato de seu felino ter vindo a óbito 24 horas após um atendimento realizado na clínica do denunciado quando foi sedado para colheita de sangue e um procedimento de corte de unhas, relacionando com um possível erro médico veterinário. Por outro lado, a defesa alega não haver nexo de causalidade pelo fato de não se ter sequer a causa mortis advinda de um laudo de necropsia e que o denunciado prestou o atendimento necessário ao paciente. Não vejo tanto dificuldade para elucidar o fato, a causa está bastante evidente, mas vamos à avaliação. Causa certa estranheza numa consulta a um felino que chega para uma simples castração e o profissional mesmo após verificar que o mesmo

encontra-se desidratado e com perda de peso, opta por sedá-lo para colheita de sangue visto sua "agressividade" e ainda por cima ser submetido a um corte de unhas; espera-se que a escolha da sedação não tenha nenhuma relação com essa decisão do corte de unhas; dizer que sedar um felino para ter um melhor exame clínico também fica um tanto quanto limitado, afinal perde-se muito da qualidade semiológica do que se espera, porém para a colheita de sangue talvez, mas com muito critério, visto a situação clínica e a espécie envolvida. O exame ultrassonográfico deixa claro um comprometimento renal, traduzido também no exame bioquímico cujas enzimas apresentavam-se elevadas, aqui também as hepáticas, um pouco menos. Mas de tudo, o óbvio foi o procedimento instituído na sedação do animal. A escolha da acepromazina na concentração de 1% e na dosagem utilizada, 0,5mg/kg como consta no prontuário, confirmada na oitiva, pode-se traduzir como cavalar. Essa apresentação é para bovinos e equinos, não tendo indicação para cães e gatos. Nesse caso, o denunciado deveria ter se utilizado da apresentação em 0,2% onde a dose pode variar de 0,1 a 0,2mg/kg. Ainda nesse aspecto, tem-se o emprego do midazolan que consta ter sido utilizado na dose de 0,5mg/kg, conforme consta no prontuário, mudado depois na oitiva para 0,1mg/kg, tendo como dose recomendada para felinos de 0,05 a 0,1mg/kg. E por fim, como parte do tratamento a aplicação de 0,5ml de Dipirona. Tudo num mesmo período. Num animal já portador de um comprometimento renal como este se apresentava, acredita esse Relator, não ter suportado tamanha hipotensão, principalmente ocasionado pela acepromazina; entrou em insuficiência renal aguda, hipotensão, hipotermia e choque, vindo a óbito. Nessas condições a droga permanece de 4 a 6 horas no paciente e, estando hipotenso e hipotérmico o débito cardíaco abaixa, a filtração não ocorre, a excreção da droga também não ocorre, ficando circulante, e consequentemente vindo a óbito. Não há mais o que argumentar, nem mesmo um laudo de necropsia neste caso se faz necessário. Quanto à clínica veterinária, encontra-se em inconformidade, visto se tratar de um consultório veterinário, ou seja, não podendo ser utilizada para procedimentos cirúrgicos, e, além disso, encontra-se com sua Responsabilidade Técnica vencida, sendo que a defesa e o denunciado tiveram essa informação nos autos por vários momentos. Ao correlacionarmos os fatos à Resolução CFMV nº 1138/2016, verifica-se a infração ao Art. 9° inciso I, que dispõe: O médico veterinário será responsabilizado pelos atos que, no exercício da profissão, praticar com dolo ou culpa, respondendo Cível e penalmente pelas infrações éticas e ações que venham a causar dano ao paciente ou ao cliente e, principalmente; I - praticar atos profissionais que caracterizem:

a) a imperícia; b) a imprudência; c) a negligência, infração essa que culminou com o maior dos danos e consequências que pode ocorrer, ou seja, o óbito do animal. Não se pode omitir a infração ao Art. 6º que traduz: São deveres do médico veterinário: XI - manter-se regularizado com suas obrigações legais junto ao seu CRMV, principalmente quando o denunciado foi cientificado no próprio processo da inconformidade administrativa e por último, Art. 8º que diz ser vedado ao Médico Veterinário XIX - atender, clínica e/ou cirurgicamente, realizar procedimento ambulatorial ou receitar, em estabelecimento comercial ou em locais que estejam em desacordo com a legislação vigente. Ainda nesse aspecto, o denunciado, descumpre o determinado no Decreto Estadual de São Paulo 40.400/1995 que trata da normativa para estabelecimentos veterinários (SÃO PAULO, 1995).

VOTO

A denúncia contra o Médico Veterinário foi recebida nos termos do Código de Ética do Médico Veterinário (Resolução CFMV nº 1138/2016) com a fundamentação apresentada no Mérito do processo devidamente já enumerado. Nesse voto, por se tratar de uma inconformidade administrativa de baixa complexidade, não correlacionarei a infração ao Art. 6º, inciso XI, mas fica o registro, para a urgente adequação e, ao mesmo tempo, o pedido ao CRMVSP para acionar a fiscalização visando o referido estabelecimento. Sendo assim, acolho a relação apresentada ao Art. 8º, inciso XIX e Art. 9º, inciso I, configurando-os como infração. Dessa forma, seguindo o Capítulo XIV que rege sobre as infrações e penalidades nos seus Artigos de 29 a 38, tendo para as infrações indicadas à classificação que varia de leve a gravíssima, enquadro-a como séria. Com essa correlação, e observando o atenuante do denunciado nunca ter sido condenado em processo ético, e bem colaborado para a elucidação deste aplico a penalidade de CENSURA PÚBLICA ao Médico Veterinário Paulo Tarcísio do Amaral Peixoto – CRMV-SP 80.777, cumulada com o pagamento da multa no valor de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) conforme dispõe o §3º da Resolução CFMV nº 682, de 20 de março de 2001.

Caracterização na Esfera Administrativa

Todo cidadão, que representa a sociedade, que se sinta lesado por algum profissional médico veterinário no exercício da profissão tem o direito de recorrer à esfera administrativa junto ao Conselho Regional de Medicina Veterinária

da jurisdição em que resida. A denúncia poderá ser feita de forma presencial junto à sede ou uma Unidade Regional de Fiscalização e Apoio, bem como por correspondência ou correio eletrônico, seguindo o que manda a Resolução CFMV nº 875/2007 que versa sobre o Processo Ético Profissional com atenção especial ao Art. 19 que dispõe "O processo ético disciplinar instaura-se: I - de ofício, por deliberação do CRMV, ao conhecer de ato que considere passível de configurar, em tese, infração a princípio ou norma ético-disciplinar; II - por ordem do Presidente do CRMV, em consequência de denúncia apresentada por qualquer pessoa." § 1º As denúncias, sob pena de arquivamento sumário pelo Presidente do CRMV, deverão conter o nome, assinatura, endereço, inscrição no CNPJ ou CPF do denunciante e estar acompanhadas das provas suficientes à demonstração do alegado ou indicar os elementos de comprovação (BRASIL, 2007).

Sendo assim, ao acolher a denúncia o Conselho Regional de Medicina Veterinária faz ciência às partes dando então o prazo legal para a defesa se manifestar, bem como arrolar até cinco testemunhas se assim desejar.

Haverá a Sessão de Instrução do Processo Ético no sentido de ouvir as partes e suas testemunhas e concluída, denunciante e denunciado terão até cinco dias para apresentarem suas alegações finais.

A partir daqui o Processo é encaminhado ao Presidente que elege um Conselheiro Relator e agenda-se o julgamento com presença facultativa às partes, porém importante frisar que ao participarem ambas possuem o direito de sustentação oral por até 15 minutos.

Proclamado o resultado e em caso de discordância de alguma das partes, podem ainda recorrer ao Conselho Federal de Medicina Veterinária em até 30 dias após receberem o acórdão.

Importante frisar que as denúncias recebidas e acolhidas serão confrontadas à Resolução CFMV nº 1138/2016 que se refere ao Código de Ética Profissional da Medicina Veterinária (BRASIL, 2016) no sentido de se averiguar qualquer possível infração cometida pelo profissional denunciado, podendo-se também, no transcorrer do processo e no teor da denúncia envolver outras Resoluções afins, como por exemplo, as que caracterizam os estabelecimentos veterinários, como a Resolução CFMV nº 1275/2019 (BRASIL, 2019). Cabe ainda na conclusão quanto à penalidade instituída poder haver o acréscimo de multa, seguindo então a Resolução CFMV nº 682/2001 (BRASIL, 2001). Destaca-se ainda que a penalidade ao profissional culpado segue a Lei nº 5517/1968, corroborada pela Resolução

CFMV 1138/2016, indicando poder ser advertência confidencial, censura confidencial, censura pública, suspensão do exercício profissional por até 90 dias podendo chegar até mesmo à cassação do direito de exercer a medicina veterinária (BRASIL, 1968; BRASIL, 2016).

Caracterização na Esfera Judicial

Responsabilidade Cível e Código de Defesa do Consumidor na Medicina Veterinária

Ao tratarmos das questões que envolvem o direito do cidadão faz-se necessária a correlação com a legislação, pois o argumento sempre estará embasado no arcabouço jurídico vigente no país. Nesse sentido, ao formularmos as questões que envolvem os tutores de animais com um possível erro médico veterinário, essa correlação incide em aspectos ligados a responsabilidade Cível que é a obrigação de reparar os danos que uma pessoa causa a outra e que podem ser de ordem imaterial ou material, pois sem danos não existe a obrigação de indenizar (ABREU *et al*, 2012).

A responsabilidade Cível do médico veterinário é exposta na área jurídica, na responsabilização dos profissionais liberais. O presente artigo se torna essencial no mundo jurídico, não apenas para o dono do animal ter conhecimento sobre seus direitos, que são amparados no Código Cível e no Código de Defesa do Consumidor, como também para os médicos veterinários terem consciência das implicações de seus erros, e para os funcionários das clínicas veterinárias e pet shops estarem sempre atentos aos profissionais, funcionários e procedimentos que são realizados em seus estabelecimentos e até mesmo para os estudantes do curso de medicina veterinária.

É visível que o nosso ordenamento jurídico silenciou em relação aos animais, classificando-os como coisas ou produtos, respectivamente pelo Código Cível e pelo Código de Defesa do Consumidor, o que tem efetivamente mudado, pois atualmente os animais de estimação não são mais vistos dessa forma, eles se tornaram membros da família e é visível o seu crescimento populacional.

Essa mudança também se deu pelo crescimento do número de pessoas que possuem animais de estimação e vêm ganhando muito espaço no meio jurídico, o que resulta em diversas decisões judiciais a respeito da atuação do médico

veterinário, pois no decorrer da vida do animal é indiscutível que ele necessitará em algum momento de atendimento médico, seja por questões de doenças, consultas de rotina ou qualquer outro tipo de acompanhamento. Neste sentido visamos abordar a responsabilidade Cível do médico veterinário, das clínicas e pet shop e as consequências de seus eventuais erros.

Responsabilidade Cível

A responsabilidade cível é a obrigação de reparar os danos que uma pessoa causa a outra, danos esses que tenham causado a diminuição do bem jurídico da vítima, que podem ser de ordem imaterial ou material, pois sem danos não existe a obrigação de indenizar. Vale ressaltar que o dever de indenizar pode nascer de atos lícitos, aqueles que estão de acordo com a lei ou atos ilícitos, aqueles que estão em desacordo com o ordenamento jurídico. A responsabilidade Cível é abordada no Código Cível, em seu artigo 927, o qual dispõe:

> Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

Responsabilidade Cível do Médico Veterinário

De acordo com a doutrina, a responsabilidade Cível pode ser dividida da seguinte forma: Responsabilidade Objetiva: possui como requisitos fundamentais o dano, a conduta e o nexo causal entre eles, não sendo necessário demonstrar a culpa do agente. Responsabilidade Subjetiva: é obrigatório comprovar a culpa, o dano e o nexo causal entre eles. Para os médicos veterinários, de forma genérica, a responsabilidade que se aplica é a subjetiva, pois ao ser contratado, ele não tem a obrigação de garantir o resultado, garante apenas que, usará os meios adequados e fará todos os esforços possíveis e sempre dará o melhor de si para que se alcance o melhor resultado.

O próprio Código de Ética da Medicina Veterinária (BRASIL, 2016), em seu artigo 9, define a responsabilidade do profissional:

> Art. 9º O médico veterinário será responsabilizado pelos atos que, no exercício da profissão, praticar com dolo ou culpa, respondendo Cível e penalmente pelas infrações éticas e ações que venham a causar dano ao paciente ou ao cliente e, principalmente;

> I - Praticar atos profissionais que caracterizem:
> a) a imperícia;
> b) a imprudência;
> c) a negligência

Partindo desta premissa, podemos fazer a seguinte definição:

- Negligência: um descuido, uma omissão.
- Imperícia: deixar de lado o tecnicamente recomendado.
- Imprudência: mal que era previsível.

A profissão do médico veterinário é definida como uma obrigação de meio, pois é aquela em que ele se obriga a empreender a sua atividade, sem garantir, portanto, o resultado esperado por seu cliente, conforme a resolução 722, de 16 de agosto de 2002, que abordava os princípios da atividade dos médicos veterinários, a qual foi alterada pela resolução 1.138, que entrou em vigor em setembro de 2017.

> Art. 1º Exercer a profissão com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade. Art. 2º Denunciar às autoridades competentes qualquer forma de agressão aos animais e ao meio ambiente. Art. 3º Empenhar-se para melhorar as condições de bem-estar, saúde animal, humana, ambiental, e os padrões de serviços médicos veterinários. Art. 4º No exercício profissional, usar procedimentos humanitários preservando o bem-estar animal evitando sofrimento e dor.

Como sempre existem exceções, a responsabilidade Cível objetiva pode sim ser aplicada ao profissional nos casos em que, por exemplo, ele é contratado para realizar uma cirurgia de vasectomia, onde é necessário que se obtenha um resultado. Mas conforme jurisprudência já pacificada, na maioria dos casos, se aplica a responsabilidade subjetiva, ele só responderá por negligência, imprudência ou imperícia. A responsabilidade objetiva, ou seja, a obrigação de resultado só se aplica com relação aos médicos, seja veterinário ou de humano, com relação aos procedimentos estéticos. Mesmo em caso de vasectomia, em que se espera um resultado, será necessário provar, por exemplo, que o profissional agiu com negligência, por exemplo, não realizando corretamente o procedimento e não obtendo o resultado esperado.

A responsabilização Cível dos Pets Shops ocorre somente se forem comprovados danos na relação com o fornecimento de serviços pelo pet shop, pois todo aquele que fornece serviços responde, independente de culpa pelos danos causados aos seus consumidores. Neste caso, o proprietário do animal de

estimação encontra respaldo no Código de Defesa do Consumidor, conforme veremos mais à frente e também no Código Cível, *"os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação"*, portanto, entende-se que a responsabilidade dos Pets Shops será sempre objetiva quando ocorrer alguma falha na prestação de serviço (BRASIL, 1990).

Vale ressaltar que cabe ao pet shop, como uma prestadora de serviços, o dever de selecionar profissionais qualificados e sempre fiscalizar para que seus procedimentos possam ocorrer da melhor maneira possível evitando possíveis danos aos animais e fazer somente aquilo que é permitido por lei.

Ação e Indenização

O desconhecimento ou até mesmo a falta de afeição do profissional é um dos principais geradores de ações judiciais e processos administrativos. O apego sentimental entre o proprietário e seu animal de estimação é imenso e a dor causada pela sua perda ou por seu sofrimento é inegável, dessa forma, o Código Cível em seu artigo 944 estabelece que a indenização se meça de acordo com a extensão dos danos causados: "Art. 944. A indenização se mede pela extensão do dano. Parágrafo único – Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização."

Portanto, conforme citado, já existem jurisprudências pacificadas a respeito do tema abordado e diversos processos judiciais julgados.

Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/1990, também conhecido como CDC é um forte aliado do consumidor, uma vez que suas normas vêm em amparo àqueles que estão mais vulneráveis, muitas vezes por falta de entendimento dos seus direitos em uma relação de consumo.

É muito comum hoje em dia as pessoas tratarem seus animais de estimação como membros de sua família, porém, para o mundo jurídico esses bichinhos possuem outras denominações, como por exemplo, o Código Cível que o trata como "coisa", e o Código de Defesa do Consumidor como "produto", entendendo que o animal é parte integrante do patrimônio de seu proprietário, assim como explica o artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

O amparo que o proprietário do animal recebe, seja ele no Código de Defesa do Consumidor ou na Responsabilidade Cível, demonstra clara e seguramente que a lei está caminhando para um lado mais humano com relação aos animais. Atualmente o Senado aprovou o PLC 27/2018, criando para o animal uma natureza jurídica, sendo que antes esses mesmos animais eram vistos como bens móveis no Código Cível (Lei 10.402/2002).

Ainda existe muito a ser feito, porém, com a PLC 27/2018 os animais deixarão de ser considerados coisas e serão admitidos como seres que possuem sofrimento emocional e são passíveis de sentir dor.

Não são raras as vezes em que o proprietário de um animalzinho procura por um serviço de atendimento ao seu pet, seja para banho e tosa ou até um atendimento Médico-Veterinário e se depara com profissionais ruins e desqualificados para tal atendimento.

Diante de uma relação de consumo o CDC e o Procon – SP, orientam as pessoas sempre que possível buscar informações sobre o serviço que será realizado, sobre o local onde será realizado o serviço e principalmente sobre o profissional que realizará esse serviço. Devem-se buscar essas informações sempre que existir a necessidade de uma relação de consumo. A busca por informações pode levar o proprietário do animalzinho, como o caso em questão, a não se decepcionar com o mau atendimento do Médico-Veterinário que veio a atender seu bichinho e até evitar que outras pessoas passem por situações de sofrimento e frustação pelo mau atendimento ao seu filho de quatro patas.

As indicações costumam ser bastante proveitosas se vindas de parentes ou amigos de confiança, contudo mesmo com toda a indicação e informações o consumidor não está livre de se decepcionar com o mau atendimento, e um dos principais fatores de imprudência, imperícia e negligência se dá pela falta de experiência do profissional. Às vezes a insatisfação com o atendimento do Médico-Veterinário é inevitável por não se alcançar o resultado esperado, que no caso da saúde é de um tratamento eficaz ou a cura para a enfermidade que se tem. Na área da saúde, seja ela humana ou veterinária, o profissional não poderá garantir que o tratamento seja 100% eficaz, mas tem o dever de prestar um atendimento de qualidade e de colocar em prática o serviço oferecido.

É muito importante que o proprietário do animalzinho que veio a sofrer o dano ou até mesmo que veio a óbito, vá atrás do que ele considera seus direitos. Essa atitude é importantíssima, pois pode evitar que outras pessoas passem pelo

mesmo tipo de transtorno. Não se deve aceitar que exista imperícia, imprudência ou negligência por parte de um profissional da saúde; esse profissional tem o dever de cuidar e zelar pela vida e integridade do animal, pois todos aqueles que se propõem a tratar da saúde estão sujeitos ao Código Cível ou Código de Defesa do Consumidor e ao processo administrativo. O Médico-Veterinário, as Clínicas Veterinárias, os consultórios Veterinários e os Pets Shop, são prestadores de serviços, tendo assim a obrigação de se responsabilizar pelo bem-estar do animal.

Outro fato muito importante, se não o mais importante, é a informação a ser passada ao consumidor, ou melhor, ao proprietário do animal; informações claras e verdadeiras precisam e devem existir, como mostra o artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. Isso faz parte do princípio da transparência: uma das obrigações do Médico-Veterinário é prestar informações ao proprietário do animal, por se tratar de uma relação de consumo que encontra respaldo no artigo 31, do Código de Defesa do Consumidor. Algumas dessas informações são: a). As condições físicas que o animal se encontra; b). Qual o tipo de procedimento que pode ser realizado; c). Quais os medicamentos que estão sendo ministrados e para que servem; d). Quais os medicamentos que o animal precisa tomar para um possível tratamento; e). Quais as sequelas que podem vir a ocorrer; f). Se o animal corre o risco de morte.

Isto dentre outras informações que se fizerem necessárias, sempre com muita clareza para que não haja dúvidas por parte do proprietário.

O consumidor precisa ter o real conhecimento de seus direitos, diante dos serviços que foram prestados pelo Médico-Veterinário, para que assim, caso haja qualquer tipo de prática que fuja a regra, independente de culpa que caracterize maus tratos, erro médico e negligência, o proprietário saiba onde procurar os seus direitos. No caso de óbito do animal pode até haver indenização por danos morais e danos materiais, com respaldo no artigo 14, parágrafo 1º, do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto ao caso em questão os proprietários do gatinho Fred, pretendiam somente realizar uma castração em seu bichinho, mas acabaram se deparando com um profissional desqualificado, que cometeu diversos erros, sendo o maior de todos, ministrar o anestésico acepromazina na concentração de 1% e na dosagem 0,5mg/kg no felino, já que esse tipo de anestésico é indicado para bovinos e equinos. Não há como negar a negligência, imperícia e imprudência por parte desse

profissional. Outra questão foi a falta de informação quanto ao local que seria utilizado para prestar o atendimento ao gatinho Fred, uma vez que se tratava de um Consultório Veterinário e não uma Clínica Veterinária, como estava qualificada em seu cartão de visita. Os Consultórios Médicos não estão autorizados a realizar qualquer tipo de procedimento cirúrgico.

No caso da denúncia os proprietários do Fred, poderão pedir na justiça, dano moral e dano material, que também está ligado ao ambiente em que seria realizado o procedimento no animal. O presente caso trata de uma castração que não chegou a ser realizada, pois o bichinho veio a óbito antes por negligência do Médico Veterinário; o ambiente era impróprio para esse tipo de procedimento que é cirúrgico e outros que envolvam sedações nos bichinhos, pois se trata de um Consultório Veterinário.

A castração é uma prática invasiva e que não deve ser realizada em um ambiente que não seja uma Clínica Veterinária ou um Hospital Veterinário, pois o animal pode vir a ter complicações durante o procedimento e um estabelecimento inapropriado não guarda a infraestrutura necessária para amparar tal complicação.

Priscila Ataíde Justino Klaus e Cláudia Justino Klaus, donos do gatinho Fred que veio a óbito, por negligência ou imprudência do Médico Veterinário Paulo Tarcísio do Amaral Peixoto – CRMV-SP 80.777, buscam amparo na justiça tanto na Esfera Administrativa quanto na Esfera Judicial, visando evitar que erros médicos tão grotescos como esse que aconteceu com o Fred, venha a acontecer com outros animais.

É preciso realizar o processo de denúncia: o BO, boletim de ocorrência, é o primeiro passo a ser dado quando para o processo tramitar pela área judicial. É muito importante que se anexem provas contundentes ao processo e o consumidor precisará de um representante, um advogado para dar prosseguimento ao caso. Não importa a ordem da denúncia podendo ela ocorrer primeiro pela Esfera Administrativa ou vice-versa, o importante é respeitar o prazo de prescrição. “O artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, frisa que é de 5 (cinco) anos o prazo prescricional para a ação de reparação de danos, em razão de fato do produto ou do serviço”.

É de suma importância que o consumidor entenda que, seja como for, ele possui amparo legal no Código de Defesa do Consumidor que anda lado a lado com a Responsabilidade Cível.

ESFERA PENAL

A Lei 9.605/1998 define maus tratos como qualquer tipo de agressão a animais, físicas ou psíquicas, independentemente de sua espécie. Ela uniformizou o tratamento aos animais silvestres e também os domésticos, uma vez que, antes de sua criação apenas os maus-tratos praticados contra a fauna eram considerados crime.

Um ponto muito interessante da lei citada, é que ela responsabiliza as pessoas jurídicas sem deixar de lado as pessoas físicas, sendo possível processar empresas que organizam rodeios, circos que usam animais em suas apresentações, rinhas dentre outros.

No dia 30 de setembro de 2020, foi publicada no Diário Oficial da União, a Lei 14.064/2020, que aumenta a pena para quem maltratar cães e gatos. A lei recebeu o nome de "Lei Sansão", em homenagem a um cachorro da raça pitbull que foi vítima de agressões, em Minas Gerais. Ela alterou também a Lei de Crimes Ambientais (9.605/1998), conforme dispõe o seu artigo 1°: "Art. 1º Esta Lei 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 (BRASIL, 2020)."

Com a meta de diminuir os maus tratos, a nova lei, abrange além dos animais domésticos, os nativos e exóticos. A pena para esses crimes aumentou para reclusão de dois a cinco anos, além de multa e a proibição de guarda, exclusivamente em relação aos animais domésticos. "§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda."

Toda denúncia de maus tratos deve ser comunicada às autoridades policiais, então quando você presenciar maus tratos a qualquer espécie de animais como, envenenamento, rinhas, mutilação, em más condições de higiene, com pouca alimentação, qualquer tipo de agressão, vá a delegacia mais próxima e registre um Boletim de Ocorrência ou compareça a Promotoria de Justiça do Meio Ambiente.

CONCLUSÃO

Quando um profissional médico veterinário age com negligência, imperícia ou imprudência comete uma lesão corporal que pode causar danos que vão de leve a grave, podendo mesmo levar à morte do paciente. Independentemente das circunstâncias e dos resultados, a sociedade tem seu direito resguardado nos dois caminhos descritos nesse artigo, ou seja, o administrativo e/ou judicial. Um independe do outro, sem prioridade inclusive para instauração.

Na esfera administrativa buscando a responsabilização do profissional por meio de denúncia ao órgão de classe, que no caso concreto trata-se do Conselho Regional de Medicina Veterinária – CRMV, tendo por base o Código de Ética Profissional. Já, na esfera cível tendo por base o Código de Defesa do Consumidor e o próprio Código Cível, buscando a responsabilizar o profissional, por meio de indenização dos danos materiais sofridos e/ou dos danos morais. Ainda nesse aspecto judicial, há a possibilidade de uma alusão à questão penal, caso a ação ou omissão do profissional ficar caracterizada como maus tratos e nesse caso arcará com a devida responsabilidade.

Por todo o exposto, a relação tutor de animais e médico veterinário, constitui uma relação jurídica que precisa ser difundida, para proporcionar ao primeiro a informação da busca pelo direito frente a um dano sofrido e ao segundo a garantia de um exercício profissional pleno e com segurança, com vistas ao paciente, mas também ao cliente.

REFERÊNCIAS

ABREU, J.A.P.; AOKI, L.M.F.; CASTIGLIONI, M.C.R; ZORZETO, T.Q.; STIVARI, T.S.S. A relação do médico veterinário com os proprietários de animais de estimação. 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/264548911_A_RELACAO_DO_MEDICO_VETERINARIO_COM_OS_PROPRIETARIOS_DE_ANIMAIS_DE_ESTIMACAO Acesso em: 29 abril. 2020

BRASIL. Conselho Federal de Medicina Veterinária. Resolução nº 682, 20 de março de 2001. Fixa valores de multas e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.cfmv.gov.br/manual/arquivos/resolucao/682.pdf> Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina Veterinária. Resolução nº 875, 12 de dezembro de 2007. Aprova o Código de Processo Ético Profissional no âmbito do Sistema CFMV/CRMVs. Disponível em: <http://www2.cfmv.gov.br/manual/arquivos/resolucao/875.pdf> Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina Veterinária. Resolução nº 1138 de 16 de dezembro de 2016. Aprova o Código de Ética do Médico Veterinário. Disponível em: <http://portal.cfmv.gov.br/uploads/RESO%201138_2016%20C%C3%B3digo%20de%20%C3%89tica%20do%20M%C3%A9dico%20Veterin%C3%A1rio.pdf> Acesso em: 29 abril. 2020.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina Veterinária. Resolução nº 1275 de 25 de junho de 2019. Conceitua e estabelece condições para o funcionamento de Estabelecimentos Médico-Veterinários de atendimento a animais de estimação de pequeno porte e dá outras providências. Disponível em < http://portal.cfmv.gov.br/lei/index/id/1049> Acesso em: 29. abril. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.517, de 23 de outubro de 1968. Dispõe sobre o exercício da profissão de médico-veterinário e cria os Conselhos Federal e Regionais de Medicina Veterinária. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/cCível_03/Leis/L5517.htm> Acesso em: 23 maio 2020.

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/cCível_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. Lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Cível. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cCível_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 29 abril. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado PLS 315/2015. Acrescenta parágrafo único ao art. 82, e inciso IV ao art. 83 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Cível), para que determinar que os animais não serão considerados coisas. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121697>. Acesso em: 29 abril. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Não é coisa: projeto de lei reconhece que animais têm sentimentos. Disponível em <https://exame.abril.com.br/brasil/nao-e-coisa-projeto-de-lei-reconhece-que-animais-tem-sentimentos/> Acesso em: 29 abril. 2020.

BRASIL. Lei nº 14064 de 19 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14064.htm> Acesso em: 03 nov. 2020

GAGLIANO, P. S. Novo curso de direito Cível, v.6, 8. ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NÓBREGA, B. Homem é obrigado pela Justiça a pagar pensão para animais de estimação. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/homem-obrigado-pela-justica-pagar-pensao-para-animais-de-estimacao-22608092>. Acesso em 29 abril. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível: 71007493851, 23 de março de 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/561824695/recurso-civel-71007493851-rs?ref=serp> Acesso em: 23 maio 2020.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa de São Paulo. Decreto nº 40.400, de 24 de outubro de 1995. Aprova norma técnica especial relativa à instalação de estabelecimentos veterinários. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1995/decreto-40400-24.10.1995.html> Acesso em: 17 out. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 21412693220198260000, 15 de julho de 2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/732231041/agravo-de-instrumento-ai-21412693220198260000-sp-2141269-3220198260000/inteiro-teor-732231061?ref=serp> Acesso em: 23 maio 2020.

SLOWINSKI. K; TREMORI, T.M.; MASSAD, M.R.R; TASAKA, A.C.; ROCHA, N.S. Responsabilidade ética e Cível do médico-veterinário no ambiente hospitalar. Revista de Educação Continuada em Medicina Veterinária e Zootecnia, v.14, n.2, p. 30-7, 2016.

SOUZA, G.V.M. Personalidade jurídica para os grandes primatas. ethic@ - An international Journal for Moral Philosophy, Florianópolis, v. 3, n. 3, p. 275-282, 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/14915>. Acesso em: 25 de abril 2020.

Unimar
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Resolução da ANEEL repassou para os Municípios a obrigação de dar manutenção na Iluminação Pública, mas, além de não ter estrutura para assumir tal manutenção, há um passivo que não foi resolvido pela Concessionária (dezenas de lâmpadas queimadas, por exemplo). Qual a medida mais adequada a solução desta situação?

Alex J. Moura
Flavia R. Gama
Ricardo P. Alonso

INTRODUÇÃO

O presente parecer visa analisar a forma correta de solucionar o problema da prefeitura do município de Oriente frente à Resolução Normativa nº 414 /2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica.

O Brasil vem passando por várias mudanças e uma delas é no setor elétrico. No mundo moderno a energia elétrica é indispensável para o progresso econômico e o desenvolvimento de uma sociedade (ANEEL, 2008).

Segundo a empresa EPE (2012) o ser humano encontra-se em uma fase de consumismo crescente de aparelhos elétricos, eletrônicos e a energia elétrica é peça fundamental para que esta etapa continue existindo. No entanto, é importante ressaltar que para as distribuidoras de energia elétrica não basta somente fornecer a energia, as mesmas possuem por obrigação fornecê-la com qualidade e sem constantes interrupções até o ponto de entrega do cliente, pois a continuidade e qualidade da energia elétrica é o que garante que os consumidores não sejam prejudicados com aparelhos danificados (ANEEL-PRODIST, 2011).

Conforme a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro 1996;

> Art. 1º É instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado. Art. 2º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Na ata da audiência pública 007/99, realizada em 5 de novembro de 1999, considerando as sugestões recebidas, juntamente com representante de: organizações sindicais, grandes consumidores de energia elétrica e organizações de defesa do consumidor, a Aneel estabeleceu a partir de 29 de novembro a Resolução Normativa nº 456/2000, que vigorou durante 10 anos.

Em 15 de setembro de 2010 foi publicado no Diário Oficial da União a nova Resolução Normativa nº 414/2010 vigorando a partir de março de 2011, estabelecendo novas condições gerais de fornecimento de energia elétrica, cujas disposições devem ser observadas pelas concessionárias de energia elétrica e consumidores.

Em virtude da escassez de recursos governamentais para investimentos, especialmente em infraestrutura, surge espaço para a iniciativa privada, no

financiamento dessas obras e serviços. Diversos são os arranjos de contrato entre agentes privados e a administração pública, sendo o mais recente a parceria público-privada (PPP).

Com a gestão de conhecimento a partir da nova concepção da inteligência comportamental as organizações diminuem os gastos em produtos e começam a investir maciçamente em capital intelectual, o que exprime o melhor custo-benefício, pois o capital intelectual dos colaboradores é o maior patrimônio que a empresa possui. Logo, conforme descrito acima, o escopo dessa pesquisa busca, nitidamente, delinear a possibilidade de parceria entre entes públicos e privados, com base na legislação, gerando grande repercussão e significativa mudança na Administração Pública Brasileira, para execução de serviços públicos.

EMPRESA ESTATAL

O art. 173 da Constituição Federal dispõe que ressalvados os casos expressamente previstos na Constituição, a exploração direta da economia pelo Estado só será permitida em razão de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Prescreve, ademais, que a lei deve disciplinar o estatuto jurídico da empresa estatal que exerça atividade econômica privada, dispondo especialmente sobre:

Sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade (I);

A sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (II);

Licitação e contratação de obras serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública (III);

A constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com participação dos acionistas minoritários (IV);

Os mandatos, a avaliação de desempenho e responsabilidade dos administradores (V).

Com efeito, o *caput* do art. 173 proclama que “ressalvados os casos previstos na Constituição”, a exploração direta da economia pelo Estado só pode ocorrer a pretexto de razões de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo.

A finalidade desse dispositivo (art. 173, § 1, II) é, por evidente assegurar o regime de competição entre empresas, públicas e privadas, que disputem o mesmo seguimento no mercado.

Ressalta-se, que o art. 173, *caput*, dispôs que a exploração direta da economia pelo Estado só poderia ter fundamento em imperativos de segurança nacional e de relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

ANAEEL

A ANEEL foi criada pela Lei no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, atendendo a uma política governamental de executar serviços públicos, bem como fiscalizar e controlar serviços relativos ao mercado de energia elétrica.

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) fornece as condições para que a energia elétrica seja gerada, transmitida e distribuída de maneira contínua. A mesma que faz as regras que garantem a qualidade da energia que chegar até a casa de toda a população Brasileira. A resolução normativa N° 414, de 9 de setembro de 2010, se encontra os direitos e os deveres dos consumidores e das empresas de energia elétrica.

De acordo com a Aneel, a responsabilização dos Municípios pelos ativos de iluminação pública é justificada pelo art. 30 da Constituição Federal, que estabelece a competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local e se justifica pelo que preconiza o art. 149-A da Constituição Federal que permite aos Municípios Brasileiros a instituição de contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública.

OBRIGAÇÕES DA ANEEL

Compete à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, na condição de agência reguladora, expedir normas voltadas para o regramento da conduta dos agentes econômicos participantes do setor de energia elétrica, visando orientá-los em prol do interesse social, inclusive no tocante aos direitos do consumidor, nos termos do art. 174 da Constituição Federal.

O município terá que arcar com as despesas de manutenção, reforma, melhorias, instalações e rede de energia elétrica, como estabelece o art. 21, da Resolução Normativa n° 414, de 09/09/2010:

> Art. 21 - A elaboração de projeto, a implantação, expansão, operação com manutenção das instalações de iluminação pública são de responsabilidade do ente municipal ou de quem tenha recebido deste a delegação para prestar tais serviços.
>
> §I - A distribuidora pode prestar os serviços descritos no caput mediante celebração de contrato especifico para tal fim, ficando a pessoa jurídica de direito público responsável pelas despesas decorrentes.
>
> §2o - A responsabilidade de que trata o caput inclui todos os custos referentes à ampliação de capacidade ou reforma de subestações, alimentadores e linhas já existentes, quando necessárias ao atendimento das instalações de iluminação pública, observado o disposto nos §§ lo a 4o do art. 43.

Em síntese, o ato administrativo da ANEEL, provocará despesas para o Município, implicando no repasse de custo para a cidadania da mesma, via Contribuição de Custeio para Iluminação Pública (CIP) que vai fora de ordem da política fiscal para reduzir a carga tributária.

DOS ATIVOS, ARTIGO 98 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

"A terminologia "ativa" ou ativa imobilizados em serviço" usada pela ANEEL é absolutamente impróprio, já que o Código Civil em seu art. 98 utiliza como terminologia "Bens Públicos" e "Bens Particulares": "Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros silos particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem."

O que a ANEEL denomina de "Ativos" são, portanto, definidos como "Bens Privados" (particulares), pertencentes ao patrimônio da Distribuidora, como assim explica MARÇAL JUSTEN FILHO:

> O bem público é de titularidade de uma pessoa estatal. Adota-se o entendimento de que os bens de propriedade de particulares, mesmo que afetados à satisfação de necessidades coletivas e submetidos parcialmente ao regime de direito público, não se transformam em bens públicos. Assim, os bens dos concessionários de serviço público são bens privados e continuam sujeitos ao regime jurídico correspondente à propriedade privada, com algumas restrições decorrentes de sua afetação ao serviço público. Nem o hem se transforma em público nem o concessionário adquire a condição de integrante da Administração Pública. O concessionário exerce atividade administrativa e seus bens são necessários a tanto, mas nem o sujeito nem o seu patrimônio deixam de ter natureza privada. Os bens públicos são de linearidade de uma pessoa integrante da Administração Pública Estatal.

Ofende, portanto, o referido dispositivo, já que a Concessão se acha vigente, determinar que tais "ativos" sejam extirpados do patrimônio das Concessionárias, porquanto indispensáveis à prestação dos serviços de iluminação pública.

PARTICIPAÇÃO PÚBLICA PRIVADA (PPP)

Entende-se como parceria público-privada um contrato de prestação de serviços de médio e longo prazo (de 5 a 35 anos) firmado pela Administração Pública e regulado pela Lei nº 11.079/2004, cujo valor não seja inferior a vinte milhões de reais, sendo vedada a celebração de contratos que tenham por objeto único o fornecimento de mão-de-obra, equipamentos ou execução de obra pública.

Na PPP, a implantação da infraestrutura necessária para a prestação do serviço contratado pela Administração dependerá de iniciativas de financiamento do setor privado e a remuneração do particular será fixada com base em padrões de performance e será devida somente quando o serviço estiver à disposição do Estado ou dos usuários.

Atualmente, diante da falta de recursos públicos, e do maior preparo da iniciativa privada para a execução de certas tarefas, já que esta tem uma gestão mais eficiente, está sendo cada vez mais utilizado o instituto da parceria público-privada.

De acordo com Klijn e Teisman (2002) PPP tem sido definida como uma cooperação entre atores públicos e privados com um caráter durável na qual os atores desenvolvem produtos e /ou serviços mútuos e em que os riscos, custos e benefícios são divididos.

As Parcerias Público-Privadas (PPPs) entram na cena das reformas adotadas pelo governo brasileiro na busca por maior atratividade para o setor privado em setores carentes de investimentos públicos.

A origem das PPPs tem suas raízes no instituto inglês denominado Private Finance Inicative- PFI. E, esse modelo de parceria, além de ter sido originalmente concebido na Inglaterra, vem sendo uma prática utilizada com sucesso em vários países, entre os quais Austrália, Canadá, Portugal, Chile e Irlanda. Esta foi uma alternativa positiva para superar a escassez, cada vez maior, de recursos orçamentários governamentais.

As PPPs tornaram-se, assim, uma via moderna para enfrentar o grande desafio de suplantar o déficit de projetos estruturadores em áreas essenciais como transporte, energia, saneamento e saúde.

Para Peci e Sobral (2007) as PPPs são apresentadas como a nova estratégia de recuperação de capacidade de investimento público, numa retórica que destaca a sua bem-sucedida adoção na arena internacional. Entre os países mais referenciados dessa retórica, destaca-se o Reino Unido, país responsável pela concepção e pela adoção original dessa estratégia.

A participação privada no financiamento de obras e serviços públicos pode envolver vários arranjos institucionais, aumentando gradativamente sua participação, partindo dos contratos de prestação de serviço de curto prazo, licitações, terceirizações, concessões e, por fim, alcançando o grau máximo de participação, as privatizações, no caso da alienação total dos ativos.

No Brasil, após um ano de tramitação legislativa e intenso debate público propiciado por Governo, parlamentares e pela sociedade em geral, a Lei das Parcerias Público-Privadas - PPP – foi sancionada em 30 de dezembro de 2004 (Lei nº 11.079).

O quadro legal das PPPs é consolidado por meio da Lei nº 11.079/04, que especifica normas gerais para essa nova forma de contrato administrativo de concessão, a ser celebrado entre o poder público e a iniciativa privada.

O texto da Lei incorporou conceitos aplaudidos pela experiência internacional e garante que as parcerias público-privadas sejam um instrumento efetivo na viabilização de projetos fundamentais ao crescimento do país e sejam balizadas na atuação transparente da Administração Pública e nas regras de responsabilidade fiscal.

Antes da instituição da Lei n° 11.079/2004, o termo PPP's era utilizado dentro do direito brasileiro propriamente dito de maneira ampla, que era tratado de maneira unilateral por sofrer influências estrangeiras, gerando certa desorganização entre os tratados que eram estabelecidos entre entes privados e públicos, antes da promulgação desta Lei. Mais tarde, após o instituto da Lei, as PPP's tiveram mais amparo jurídico em suas concessões dos serviços públicos, antes regidas pela Lei n° 8.987/95 (ANJOS 2019).

A PPP é um contrato firmado pela Administração Pública, de médio e longo prazo de 5 a 35 anos- cujo valor não seja inferior a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), sendo vedados os contratos que tenham por único objeto o fornecimento de mão-de-obra, equipamentos ou execução de obra pública.

Existem duas modalidades de PPP: a concessão administrativa e concessão patrocinada. Algumas características são comuns a ambas: a) a contraprestação do poder público ao parceiro privado, que não existe na concessão tradicional; b) a repartição de riscos, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior e teoria da imprevisão; c) o compartilhamento com a Administração Pública dos ganhos do parceiro privado, decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; d) as garantias prestadas pelo poder público ao

parceiro privado e ao financiador do projeto; e) a obrigatoriedade de constituição de sociedade de propósitos específicos; f) possibilidade de aplicação de penalidades pelo parceiro privado ao parceiro público (que só é aceitável quando se tratar de multa ressarcitória, já que o particular não pode aplicar pena ao poder público, que é o titular único do poder sancionário; g) a limitação de prazo de duração do contrato, que não pode ser inferior a 5 anos, nem superior a 35 anos, incluindo eventual prorrogação; h) a exigência de observância da Lei de Responsabilidade Fiscal; i) algumas normas específicas quanto ao procedimento da licitação, que derrogam parcialmente a Lei 8.666/93 e a 8.987/95, especialmente a possibilidade, com caráter discricionário de previsão no edital da concorrência, da utilização dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive arbitragem, classificação de propostas técnicas antes da fase de habilitação, forma de apresentação das propostas econômicas, critérios de julgamento, saneamento de falhas, possibilidade de lances em viva voz.

A relação que se estabelece nas PPP envolve múltiplos parceiros, com interesses diversos na realização do projeto em causa. Além disso, dentre as características das PPP, distinguem-se a longa duração da relação entre os parceiros e a partilha de riscos entre eles. Assim, as PPP são associações entre os parceiros público e privado, em que as partes trabalham em conjunto, para benefício mútuo, segundo regras previamente estabelecidas.

DECRETO 414 DE 9 DE SETEMBRO DE 2010

A Resolução Normativa nº 414, de 09 de setembro de 2010, da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica e suas atualizações posteriores têm por objetivo estabelecer condições gerais de fornecimento de energia elétrica aos consumidores brasileiros pelas distribuidoras de energia que operam neste País.

Determinando inclusive, em seu Capítulo XVII, Seção III, Artigo nº 218, que a distribuidora deve transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço – AIS à "pessoa jurídica de direito público competente", ou seja, as prefeituras (BRASIL 2013).

§ 1º A transferência à pessoa jurídica de direito público competente deve ser realizada sem ônus, observados os procedimentos técnicos e contábeis para a transferência estabelecidos em resolução específica. (Redação dada pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012).

§ 2º Até que as instalações de iluminação pública sejam transferidas, devem ser observadas as seguintes condições: (Redação dada pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012).

I - O ponto de entrega se situará no bulbo da lâmpada; (Incluído pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012).

II – A distribuidora é responsável apenas pela execução e custeio dos serviços de operação e manutenção; e (Incluído pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012).

III - A tarifa aplicável ao fornecimento de energia elétrica para iluminação pública é a tarifa B4b. (Incluído pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012).

§3º A distribuidora deve atender às solicitações da pessoa jurídica de direito público competente quanto ao estabelecimento de cronograma para transferência dos ativos, desde que observado o prazo limite de 31 de dezembro de 2014. (Redação dada pela REN ANEEL 587, de 10.12.2013).

§ 4º Salvo hipótese prevista no § 3o, a distribuidora deve observar os seguintes prazos máximos: (Redação dada pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012).

I – até 14 de março de 2011: elaboração de plano de repasse às pessoas jurídicas de direito público competente dos ativos referidos no caput e das minutas dos aditivos aos respectivos contratos de fornecimento de energia elétrica em vigor; (Incluído pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012).

II – até 1º de julho de 2012: encaminhamento da proposta da distribuidora à pessoa jurídica de direito público competente, com as respectivas minutas dos termos contratuais a serem firmados e com relatório detalhando o AIS, por município, e apresentando, se for o caso, o relatório que demonstre e comprove a constituição desses ativos com os Recursos Vinculados à Obrigações Vinculadas ao Serviço Público (Obrigações Especiais); (Incluído pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012) 134.

III – até 1º de março de 2013: encaminhamento à ANEEL do relatório conclusivo do resultado das negociações, por município, e o seu cronograma de implementação; (Incluído pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012).

IV – até 1º de agosto de 2014: encaminhamento à ANEEL do relatório de acompanhamento da transferência de ativos, objeto das negociações, por município; (Redação dada pela REN ANEEL 587, de 10.12.2013).

V – 31 de dezembro de 2014: conclusão da transferência dos ativos; e. (Redação dada pela REN ANEEL 587, de 10.12.2013).

VI – até 1º de março de 2015: encaminhamento à ANEEL do relatório final de transferência dos ativos, por município. (Redação dada pela REN ANEEL 587, de 10.12.2013).

§ 5º A partir da transferência dos ativos ou do vencimento do prazo definido no inciso V do § 4°, em cada município, aplica-se integralmente o disposto na Seção X do Capítulo II, não ensejando quaisquer pleitos compensatórios relacionados ao equilíbrio econômico-financeiro, sem prejuízo das sanções cabíveis caso a transferência não tenha se realizado por motivos de responsabilidade da distribuidora. (Redação dada pela REN ANEEL 479, de 03.04.2012)

§ 6º A distribuidora deve encaminhar a ANEEL, como parte da solicitação de anuência de transferência dos ativos de iluminação pública, por município, o termo de responsabilidade em que declara que o sistema de iluminação pública está em condições de operação e em conformidade com as normas e padrões disponibilizados pela distribuidora e pelos órgãos oficiais competentes, observado também o disposto no Contrato de Fornecimento de Energia Elétrica acordado entre a distribuidora e o Poder Público Municipal, conforme Anexo da Resolução Normativa nº 587, de 10 de dezembro de 2013. (Redação dada pela REN ANEEL 587, de 10.12.2013)

§ 7º A distribuidora deve atender às solicitações da pessoa jurídica de direito público competente acerca da entrega dos dados sobre o sistema de iluminação pública. (Incluído pela REN ANEEL 587, de 10.12.2013)

Com relação aos custos envolvidos, observe-se que o artigo 218 da Resolução Normativa n° 414/2010 determina a transferência de ativos e o fim da tarifa regulada para manutenção de iluminação pública (extingue-se a Tarifa 134b) tão logo consumada esta transferência, o artigo 21 da mesma resolução apresenta comando aparentemente em sentido inverso:

> Art. 21. A elaboração de projeto, a implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública são de responsabilidade do ente municipal ou de quem tenha recebido deste a delegação para prestar tais serviços.
>
> §1° A distribuidora pode prestar os serviços descritos no caput mediante celebração de contrato especifico para tal fim, ficando a pessoa jurídica de direito público responsável pelas despesas decorrentes.
>
> §2° A responsabilidade de que trata o caput inclui todos os custos referentes à ampliação da capacidade ou reforma de subestações, alimentadores e linhas já existentes. Quando necessárias ao atendimento das instalações de iluminação pública, observado o disposto nos §§ 1° a 4° do art. 43.

Ressalta a disposição de a ANEEL incentivar as Distribuidoras a fazerem os mais diversos tipos de serviços extras concessão, denominados de serviços acessórios. Dentre as atividades acessórias foi incluída a elaboração de projeto, implantação, expansão, operação e manutenção das instalações de iluminação pública.

CONCLUSÃO

A Resolução Normativa nº 414/2010 pode ser considerada um novo marco na legislação brasileira já que ela atualiza e consolida os direitos e deveres dos usuários de energia elétrica. O novo regulamento, além de promover a revisão da Resolução nº. 456/2000 consolida diversos outros regulamentos esparsos em um único instrumento normativo, os direitos e deveres dos consumidores de energia elétrica de maneira didática e intuitiva.

Após a Resolução nº 414 da ANELL, as prefeituras tornaram-se responsáveis pela gestão de seus ativos de iluminação pública. Diante desta situação, muitos municípios optaram pela Parceria Público Privada (PPP), alternativa que terceiriza a responsabilidade a empresa privada. Por meio do artigo 218 da Resolução Normativa nº 414 em 31 de dezembro de 2014 findou o prazo estabelecido pela ANELL para que as distribuidoras de energia elétrica transferissem os ativos de iluminação pública às prefeituras municipais.

A PPP é uma modalidade de contrato a ser desenvolvida em paralelo aos contratos de concessão já existentes, permitindo um amplo leque de atividades que incluem principalmente projetos de infraestrutura.

Em sentido mais amplo, representa o trabalho conjunto dos setores público e privado, em cooperação, para oferecer infraestrutura e serviços à população alcançada pelo empreendimento.

Pode ser uma alternativa para viabilizar investimentos, frente a uma escassez de recursos gerada pela necessidade de contenção de gastos públicos, em confronto com a crescente demanda pela oferta de serviços de boa qualidade, como contrapartida à pesada carga de impostos a que o contribuinte brasileiro é obrigado a arcar, devido a tais circunstancias é inevitável o processo regulatório para o equilíbrio das ações pré-estabelecidas.

Com a parceria entre o público e o privado, quem tem a ganhar é a sociedade que vem passada por transformações drásticas e alheias a sua própria vontade. Com essa união público-privada, a Administração Pública passa a garantir a execução com qualidade de serviços públicos necessários a sociedade. O Poder Público tem obrigação de fiscalizar os serviços e a realização de obras, minimizando, dessa forma, o risco do déficit público. Adotando com responsabilidade e controle, as PPPs trazem bons resultados para o desenvolvimento interno, fornecendo serviços públicos de qualidade, atendendo as necessidades imperiosas da sociedade.

As transformações do setor elétrico brasileiro são verdadeiros desafios para os gestores das concessionárias de energia elétricas, tendo que cumprir as leis e as resoluções normativas estabelecidas, com competitividade e qualidade nos serviços prestados para seus consumidores.

Consoante o presente estudo monográfico, concluímos que a responsabilização dos municípios pelos ativos de iluminação pública é justificada pelo artigo 30 da constituição federal que estabelece a competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local combinado com artigo 21 da RN n 414 /2010 que discorre sobre responsabilidade do ente municipal em prestar tais serviços.

Diante do exposto, concluímos que o respectivo município deverá realizar licitação da parceria público privada para concessão administrativa dos serviços de iluminação pública do município, tendo como objetivo a implantação, instalação, recuperação, modernização, melhoramento, eficientização e a manutenção da rede municipal de iluminação pública.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Resolução Normativa n. 414, de 9 de setembro de 2010. Estabelece as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica de forma atualizada e consolidada. Disponível em: Acesso em: 25 out. 2020.

ANJOS, Marcelo Lima. O Mecanismo de Gestão e Regulação nas Parcerias Público Privados – PPP's: Ações Necessárias. Humanidades & tecnologia em Revista (FINAM) – ISSN: 1809-1628, Ano XIII, vol.19 – Ago-Dez 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos. As parcerias público-privadas – PPPs no direito positivo brasileiro. In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. XVII, p. 51-90. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição**. Revista de Direito Administrativo 241, Renovar FGV, Julho/Setembro 2005.

BRASIL. **Agência Nacional de Energia Elétrica. Participação Pública**: audiências e consultas públicas: conselhos de consumidores. Brasília, DF: ANEEL. 2013. Disponível em: http://www.aneel.gov.br/biblioteca/downloads/caderno-tematico-participação-publica.pdf. Acesso em 25 out. 2020.

Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**, 23ª. ed., Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2010.

GONZALES, Andres Garcia. **Parceria Público-Privada**: Apontamentos Gerais. Disponível em Acesso em 25 de outubro de 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24ª.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MUKAI, Toshio; MUKAI, Sylvio Toshiro et al. **Parcerias Público-Privadas**: comentários à Lei Federal nº. 11.079, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa

PECI, Alketa; SOBRAL, Filipe. **Parcerias Público Privadas**: análise comparativa das experiências britânica e brasileira. Cadernos EBAPE. BR, vol. 5, n2, Jun 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, 7ª. ed, Saraiva, 2009 São Paulo.

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Contratos de Parcerias Público-Privadas. Disponível em Acesso em 25 de outubro de 2020.

A Conscientização e Prevenção dos Riscos Estéticos e Jurídicos Envolvidos em Cirurgias Plásticas

Amanda Ribeiro de Almeida

Lara Guimarães Piacenti

Milena Monteiro Gabriel

Willian Cordeiro Pereira

Jefferson Aparecido Dias

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A responsabilidade civil consiste em um "dever" de responsabilizar quem tenha provocado um dano, que se estende à todas as relações interpessoais, sejam estas relações estabelecidas no trabalho, na escola, em um centro religioso e – frise-se – em uma relação médico-paciente.

Neste diapasão, ressalta-se que a responsabilidade aqui demonstrada apoiar-se-á na relação construída entre o médico e o seu paciente, analisando-se situações de forma integrada, na qual apontará atitudes as quais poderão resultar em uma futura responsabilização, bem como, as explicitando a fim de prévia prevenção.

À derradeira, faz-se necessário emergir a fim de findar este ponto a definição de responsabilidade civil ensinada por Maria Helena Diniz:

> A aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causados a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (DINIZ, 2004, p.7).

Que, em breves palavras, consegue demonstrar que qualquer infortúnio que resulte em um incômodo ou que gere alguma repercussão, afetando, consideravelmente um sujeito, o seu equilíbrio emocional e social deve ser sujeitado as regras instituídas no ordenamento jurídico, a fim de justificadamente tentar alcançar reparação suficientemente satisfatória que supra qualquer atividade lesiva enfrentada.

Tem-se que ter em mente que ao médico enquanto profissional liberal, tem a sua responsabilidade por danos causados no exercício da sua profissão atestado através da verificação da culpa das três modalidades pré-estabelecidas, quais sejam, imprudência, negligência e culpa. Tal assertiva retira-se do que prevê o art. 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor[1] e do art. 951 do Código Civil Brasileiro[2].

[1] **Art. 14.** O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. **§ 4º** A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

[2] **Art. 951.** O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Assim, o tratamento jurídico dado ao profissional liberal, especificamente ao médico, no caso, é diverso, uma vez que fatores externos e alheios a atividade médica irão influenciar a materialização do contrato, pois, o resultado não vai depender somente da competência ou expertise do profissional.

Diferentemente de um contrato de empreitada ou outro qualquer, no contrato médico a responsabilização total pela cura do paciente é inviável, uma vez que, como mencionado acima, há fatores externos que influenciam no resultado, e o maior exemplo disso é o organismo do paciente, visto que cada um pode reagir ao procedimento ou tratamento de maneira diferenciada, o que de fato pode interferir no resultado.

Desta forma, ainda que haja outros fatores além da excelência empregada pelo médico – visto ser a sua obrigação de meio e não de resultado – ele deve demonstrar que durante todo o procedimento ou tratamento houve a correta aplicação dos métodos técnicos e profissionais utilizáveis, devendo inclusive, se for o caso, demonstrar por qual razão houve a impossibilidade de concluir algum procedimento, ainda que tenha empregado esforços para realizá-lo.

Entretanto, ainda que haja essa obrigação por parte do profissional, deve-se ter o que a legislação consumerista prevê, uma vez que atribui ao lesado o ônus de provar que o profissional – por ação ou omissão – distanciou-se da conduta que seria comum ao mesmo, cabendo ao Juiz analisar os fatores de ligação entre a conduta médica e o fato danoso, a fim de atribuir ao causador do dano a indenização cabível.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CIRURGIÃO PLÁSTICO ESTÉTICO

Em breves palavras tem-se a cirurgia plástica como especialidade na medicina após o ocorrido na Primeira Guerra mundial, visto a quantidade de feridos e o ódio impregnado nos episódios passados. Inicialmente o objeto desta especialidade era a recuperação funcional do corpo dos feridos buscando um resultado satisfatório aos atingidos.

Entretanto, correlato a este fato, existem convicções mais conservadoristas a respeito do tema, onde a submissão a um procedimento estético sem uma necessidade real, era vista como uma prática duvidosa, chegando a certo tempo ser considerada como ilícita, estando fora do âmbito médico, sendo considerada ilícita tanto eticamente quanto legalmente (FRANÇA, 2014, P.415).

Contudo, tal perspectiva não prosperou, e na atualidade – ainda mais neste tempo em que estamos vivendo – o procedimento estético é visto como algo possível de equilibrar uma insatisfação da psique humana.

Vejamos as palavras de Caio Mário, que traz considerações sobre as técnicas estéticas na sociedade moderna:

> No meio-dia da vida, homens e mulheres sentindo os primeiros sintomas externos da degeneração dos tecidos, procuram, por vaidade ou por necessidade de melhorar a aparência, a cirurgia estética como meio de obtê-lo. [...] Dentro de tais conceitos, é de se admitir a realização da cirurgia plástica como atividade normal e acontecimento quotidiano. Desta forma, afasta-se totalmente, a idéia de iliceidade, de que constitui ela, em si mesma, fundamento da responsabilidade civil. É uma atividade lícita e uma especialidade médica como outra qualquer (PEREIRA, 2018, p. 208).

Assim, não existe mais a figura marginalizada desta seara da medicina, restando configurada não só como uma especialidade como as outras, mas uma que também detêm sua feição curativa – levando-se em consideração não só as patologias do corpo, mas também as da mente.

Todo este aparato, relevância e importância das cirurgias plásticas – como acima mencionado – traz aos cirurgiões desta especialidade responsabilidade civil um pouco mais específica, desatrelando-se da visão geral do instituto.

No que tange ao erro médico, a cirurgia plástica é detentora de uma posição diferenciada, pois trata-se de um tipo que está ligada ao juízo de valor e consecutivamente ligada com o resultado, mesmo que haja em todo e qualquer procedimento cirúrgico o risco.

Neste ponto, necessárias se fazem as palavras de Carlos Roberto Gonçalves que nos ensina sobre a indenização devida pelo Cirurgião:

> [..] se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constitui a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe o direito a pretensão indenizatória. Da cirurgia malsucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado. (GONÇALVES, 2019, p.269).

Entretanto, não se trata de algo imune a prevenção e ao cuidado do médico – que como mencionado – deve explicar ao paciente toda a sua situação, bem como os riscos iminentes da cirurgia ou procedimento.

Ocorre que a discussão no campo da responsabilidade civil do cirurgião plástico estético é vasta e doutrina e jurisprudência permeiam estes vários âmbitos,

tendo como ponto crucial o objeto da prestação contratual, sendo certo de que em uma cirurgia embelezadora, a relevância sem dúvida recaíra no resultado satisfatório ao paciente, respaldado no fato de o cirurgião assumir o ônus de entregar o resultado estético incialmente prometido.

Sendo assim, a análise deve ser realizada caso a caso, levando em consideração tudo o que foi acertado entre as partes, visto ser o ponto de partida contratual a primeira conversa entre o médio e o paciente.

DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E DA OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Apesar da vastidão do tema – conforme mencionado – tem-se uma corrente majoritária sob a qual, embora atribua às obrigações contraídas pelos cirurgiões plásticos estéticos natureza de resultado, entente que permanece subjetiva suas responsabilidades por eventuais erros médicos cometidos.

Isso, em linhas gerais, representa, que apesar da objetividade depositada na responsabilidade do cirurgião a este ainda cabe a inversão do ônus probatório, devendo para tanto mostrar-se alheio ao resultado inesperado tido pelo paciente. Neste sentido vejamos (BRASIL, 2012):

> DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SUPERVENIÊNCIA DE PROCESSO ALÉRGICO. CASO FORTUITO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. [..]
>
> 2. Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico. [..].

Este posicionamento apresentado no REsp 985.888/SP, conduzido o acórdão pela relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, é o ponto chave para a defesa da permanência da responsabilidade civil subjetiva nestes casos, subvertendo a comprovação fática e dando ao cirurgião, apesar da relação contratual estabelecida, a chance de comprovar-se alheio ao ocorrido.

Entende-se, então, que a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico nas cirurgias estéticas não reparadoras é de resultado, exceto quando o resultado não prosperar por caso fortuito ou força maior, ou quando não garantir ao paciente um resultado certo e determinado.

DO TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO (TCLE)

Uma cirurgia estética quase sempre se inicia com o paciente no consultório, momento em que se explicam os benefícios e os riscos do procedimento que será realizado. Neste sentido, faz- se necessária a utilização do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), também conhecido como o Termo de Consentimento Informado (TCI).

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina (CFM) e os Conselhos Regionais não têm resoluções normatizando o TCLE. Porém, em pareceres oficiais, admitem que o uso do TCLE é ético e legal e pode ser aplicado na rotina médica assistencial.

A Recomendação do CFM nº 1/2016 dispõe sobre o processo de obtenção do TCLE na assistência médica, nos termos da Lei nº 3.268/1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045/1958, e da Lei nº 11.000/2004, e recomenda que nas decisões sobre assistência à saúde dos pacientes, os médicos devem levar em consideração o documento a partir de 2016.

De acordo com o CFM: "O TCLE consiste no ato de decisão, concordância e aprovação do paciente ou de seu representante, após a necessária informação e explicações, sob a responsabilidade do médico, a respeito dos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos que lhe são indicados." As informações e os esclarecimentos do médico, na obtenção do consentimento do paciente, são fundamentais para que o processo ocorra livre de influência ou vício.

Em outras palavras, cabe ao médico informar os detalhes de sua condição física, opções de tratamento e possíveis complicações, colhendo a assinatura do paciente ou de seu representante legal no TCLE, o que garante que ele entendeu o procedimento e concordou com sua realização. Além disso, caso o paciente desista da cirurgia, o TCLE poderá ser revogado, também por escrito.

Amparado no princípio da beneficência e do privilégio terapêutico, o médico pode agir sem a obtenção do consentimento do paciente nas situações excepcionais, de acordo com o artigo 22 do Capítulo IV sobre Direitos Humanos do Código de Ética Médica (CEM) que deixa claro que: "É vedado ao médico deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte."

No mesmo Capítulo, o artigo 24 reforça a autonomia de decisão do paciente, ao vedar ao médico "deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo".

Além disso, o artigo 34 veda ao médico "deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar danos, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal".

Assim, a informação ao paciente não é ato meramente burocrático, mas uma etapa da relação médico-paciente que leva em consideração os aspectos humanísticos envolvidos no processo.

São elementos do consentimento livre e esclarecido os termos iniciais, os informativos, a compreensão da informação e a capacidade para consentir. O último elemento só estará presente se houver esclarecimentos iniciais e informativos e a compreensão da informação por parte do paciente.

Se o consentimento ocorrer por escrito, pode ser sugerido ao paciente que leia respectivo termo de consentimento livre e esclarecido com calma e que, se quiser, discuta com seu cônjuge, parceiro, familiares e amigos, fazendo anotações sobre suas dúvidas, receios ou incertezas, voltando a conversar com seu médico, a fim de ser suficientemente informado e esclarecido.

No Reino Unido, é recomendado ao paciente refletir sobre o procedimento por pelo menos duas semanas, que seria o tempo entre a primeira consulta e a segunda consulta antes do procedimento, sendo que o paciente deve ter ao menos duas consultas pré-operatórias.

A suspeita de que as indicações do profissional de saúde são influenciadas por incentivos financeiros pode minar o processo de consentimento e comprometer a confiança, tanto na informação como na própria relação médico-paciente.

Durante a consulta, o médico deve repetir as últimas palavras ditas pelo paciente para manter o contato e o incentivar a continuar falando, pois demonstra o real interesse do profissional pelos seus sentimentos e dúvidas. Neste ponto, vale ressaltar que o médico deve agendar um tempo considerável para cada consulta, para não encerrar a consulta antes de que todas as dúvidas sejam esclarecidas.

O consentimento livre e esclarecido, direito do paciente e dever do médico, tem várias funções, como cumprir o papel primordial de respeitar os princípios da autonomia, da liberdade de escolha, da dignidade e do respeito ao paciente e da igualdade, na medida em que, previamente a qualquer procedimento diagnóstico e/ou terapêutico que lhe seja indicado, o paciente será cientificado do que se trata, o porquê da recomendação ou como será realizado.

A informação deve ser suficiente, clara, ampla e esclarecedora, de forma que o paciente tenha condições de decidir se consentirá ou não. Além disso, o consentimento serve para efetivar estreita relação de colaboração e de participação entre médico e paciente e definir os parâmetros de atuação do médico.

DAS RECOMENDAÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA SOBRE A ELABORAÇÃO DO TCLE

São necessárias orientações éticas complementares sobre a obtenção do consentimento em situações especiais como emergências, recusa, possibilidade de transtornos psicológicos oriundos da informação, preexistência de transtornos mentais e riscos para a saúde pública. Porém, há insuficiência de orientações sobre quando obter o consentimento e sobre a forma de sua documentação.

Por esta razão, o CFM elaborou algumas recomendações para a obtenção do consentimento livre e esclarecido dos pacientes. A primeira é o esclarecimento claro, pertinente e suficiente sobre justificativas, objetivos e resultados esperados, benefícios, riscos, efeitos colaterais, complicações, duração, cuidados e outros aspectos específicos inerentes à execução, o qual tem o objetivo de obter o consentimento livre e a decisão segura do paciente para a realização de procedimentos médicos.

A forma verbal é a normalmente utilizada para obtenção de consentimento para a maioria dos procedimentos realizados, devendo o fato ser registrado em prontuário. Contudo, recomenda-se a elaboração escrita (TCLE), especialmente em procedimentos mais complexos, como a cirurgia plástica.

A redação do documento deve ser feita em linguagem clara, que permita ao paciente entender o procedimento e suas consequências, na medida de sua compreensão.

Os termos científicos, quando necessários, precisam ser acompanhados de seu significado, em linguagem acessível.

Em relação ao tamanho da letra, recomenda-se que seja pelo menos 12, com a finalidade de incentivar a leitura e a compreensão. Vale ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor impõe, para certos tipos de contrato, “redação 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” (art. 54, § 3º).

Sobre o tipo de letra, o CMF sugere-se o uso de Times New Roman, Arial ou outras de formato similar, que deixem o documento com fácil visualização. Observe-se, ainda, que a fonte 12 é a mínima, nada impedindo que o profissional imprima o documento com corpo superior.

Nesse sentido, aconselha-se que o consentimento livre e esclarecido seja impresso, não manuscrito, e cuja linguagem seja a menos técnica possível. Sugere-se que o documento contenha espaços em branco para serem preenchidos pelo paciente no momento da leitura, ou alternativas para assinalar, favorecendo e comprovando sua participação no processo. Depois de assinado pelo paciente, tais espaços em branco e/ou alternativas, quando não preenchidos, deverão ser invalidados.

É necessário, pois, que o médico tome conhecimento e lembre-se dessa orientação, sob pena de constituir-se prática abusiva no preenchimento do consentimento livre e esclarecido, podendo, assim, ser invalidado o documento para efeitos de eventual necessidade de se fazer prova.

A língua utilizada pelo médico para informar o paciente e esclarecê-lo, oralmente ou por escrito, deve ser a pátria, evitando-se palavras estrangeiras. A linguagem deve ser clara, precisa, objetiva e acessível, ou seja, não se admite o uso de palavras ou expressões técnicas fora do alcance da compreensão do leigo.

O documento precisa conter, em seu teor, informações particulares específicas do procedimento que será realizado, seus objetivos, riscos, benefícios, sua duração e suas alternativas, entre outras. Dessa forma, recomenda-se a redação de um documento para cada procedimento, contendo o teor específico das informações a serem oferecidas.

Assim, o termo de consentimento livre e esclarecido deve, obrigatoriamente, conter:

a) Justificativa, objetivos e descrição sucinta, clara e objetiva, em linguagem acessível, do procedimento recomendado ao paciente;

b) Duração e descrição dos possíveis desconfortos no curso do procedimento;

c) Benefícios esperados, riscos, métodos alternativos e eventuais consequências da não realização do procedimento;

d) Cuidados que o paciente deve adotar após o procedimento;

e) Declaração do paciente de que está devidamente informado e esclarecido acerca do procedimento, com sua assinatura;

f) Declaração de que o paciente é livre para não consentir com o procedimento, sem qualquer penalização ou sem prejuízo a seu cuidado;

g) Declaração do médico de que explicou, de forma clara, todo o procedimento;

h) Nome completo do paciente e do médico, assim como, quando couber, de membros de sua equipe, seu endereço e contato telefônico, para que possa ser facilmente localizado pelo paciente;

i) Assinatura ou identificação por impressão datiloscópica do paciente ou de seu representante legal e assinatura do médico;

j) Duas vias, ficando uma com o paciente e outra arquivada no prontuário médico.

Como observado, foi necessária a expedição de uma recomendação do CFM para que os médicos instaurassem o hábito de utilizar este documento, com o objetivo de proporcionar aos médicos maior segurança e evitar ações indenizatórias.

A dificuldade está na definição de quais seriam as informações relevantes, que logicamente variam para cada situação clínica e para cada paciente. Uma solução seria informar ao paciente tudo o que ele considerar necessário para que possa tomar sua própria decisão.

Pensamos que, para incentivar o uso do TCLE escrito e respeitando todas as recomendações do CFM, deve existir modelo do TCLE específico para cada especialista médico. Por esta razão, elaboramos um modelo TCLE específico para cirurgiões plásticos estéticos, que contém espaços para ser adaptado de acordo com cada paciente e procedimento cirúrgico.

No modelo de TCLE usamos a letra Times New Roman, tamanho 14, com informações importantes em negrito, contendo artigos do CEM e do CDC com a finalidade de lembrar tanto o médico quanto o paciente dos seus deveres.

DA IMPORTÂNCIA DO USO DO TCLE PARA EVITAR AÇÕES INDENIZATÓRIAS

Embora o Código Civil, Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Código de Ética Médica (CEM) preconizem que se prestem todas as informações aos pacientes previamente ao início dos tratamentos, muitos médicos ainda negligenciam a segurança obtida com a simples aplicação do TCI, devidamente assinado por ambos.

Apesar de o CEM não deixar claro se o TCI deve ser colhido e assinado pelo paciente ou se basta obtê-lo verbalmente, inúmeros acórdãos e sentenças proferidos não deixam dúvidas de que o que não está escrito não existe. A prova material de que as informações foram prestadas, em documento adequado, em circunstâncias corretas e assinado pelas partes tem sido exigida e recomendada aos médicos.

Existem algumas posições na área da saúde de que o TCLE não é uma garantia de que o paciente foi adequadamente esclarecido, pois acreditam que sua adoção na rotina assistencial tornaria a ação médica uma atividade burocrática, bem diferente da visão hipocrática, que vê a atenção médica como uma relação de confiança, em que a relação médico-paciente é o pilar fundamental para a adequada prática médica.

Porém, o advogado do médico ou qualquer outro profissional da área jurídica recomendaria o seu uso, pois é um documento que pode de fato garantir que foi informado ao paciente as complicações, riscos e opções de tratamento antes de realizar a cirurgia plástica estética, demonstrando que o paciente estava ciente e entendeu essas informações. É, contudo, uma maneira de juntar provas para elaborar a defesa do médico em caso de possível ação indenizatória.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros é no sentido de reconhecer o dever do médico de informar o paciente, podendo a informação ser registrada em um termo formal ou no prontuário médico, documento reconhecido como fundamental na formalização dos atos médicos comunicados ao paciente e bem descritos quando praticados. Assim caminha a jurisprudência:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. PRECEDENTES DO STJ. ALEGAÇÃO DE QUE A CIRURGIA PLÁSTICA NÃO TEVE O RESULTADO ESPERADO. PELO CONTRÁRIO, TERIA OCASIONADO DANO ESTÉTICO. INOCORRÊNCIA. LAUDO PERICIAL MÉDICO, ENTRETANTO, QUE ATESTOU QUE AUSÊNCIA DE DANO ESTÉTICO PROVENIENTE DE ATUAÇÃO CULPOSA DOS PROFISSIONAIS MÉDICOS. DANOS SOFRIDOS SEM NEXO COM A CIRURGIA. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO REALIZADO ADEQUADAMENTE, E O ALEGADO INSUCESSO DEVE SER ATRIBUÍDO A CONDIÇÕES FÍSICAS PRÓPRIAS DA PACIENTE. **DEVER DE INFORMAÇÃO, ADEMAIS, ATENDIDO. "TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO" ASSINADO PELA AUTORA, ESPECÍFICO PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA EM QUESTÃO, COM EXPLICAÇÕES DETALHADAS SOBRE A POSSIBILIDADE DE EVENTUAIS COMPLICAÇÕES. CAUTELA E SEGURANÇA DA CIRURGIÃ PLÁSTICA QUE BEM INFORMA A PACIENTE DOS RISCOS DE INTERVENÇÃO ESTÉTICA.** SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (SÃO PAULO, 2020).
>
> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – Erro médico – Cirurgia plástica estética – Obrigação de resultado – Nexo causal entre a cirurgia e a cicatriz apresentada pelo paciente – Rés que não se desincumbiram do ônus de demonstrar a razão do resultado parcialmente insatisfatório da cirurgia – Laudo pericial que atesta a ausência de simetria entre as cicatrizes e questiona o acerto da própria técnica escolhida pela médica à vista das circunstancias do caso concreto –

> **Termo de consentimento do paciente elaborado em termos genéricos que não satisfaz os deveres de informação e de esclarecimento sobre as peculiaridades e a técnica eleita naquela cirurgia específica** - Resultado parcialmente insatisfatório – Dever de indenizar o paciente - Redução dos danos materiais, que não podem abranger a totalidade dos valores pagos pelo paciente, uma vez que o resultado foi parcialmente alcançado – Termo inicial dos juros moratórios corretamente fixado a partir da citação, pois se trata de ilícito contratual – Ação procedente – Recurso das corrés provido em parte. (SÃO PAULO, 2017).

Observa-se que de acordo com as jurisprudências supra citadas, o TCLE deve ser detalhado para servir como defesa do médico, não sendo aceito termos genéricos na sua elaboração.

Doncatto, em 2012, realizou análise retrospectiva em 100 acórdãos dos Tribunais de Justiça de 5 estados brasileiros, referentes ao período de julho de 2010 a agosto de 2012, em casos envolvendo cirurgias plásticas estéticas, excluindo os casos de cirurgias plásticas reparadoras. Foram considerados os 20 últimos acórdãos de cada estado, abrangendo um total de cerca de 3.427 cirurgiões plásticos em atividade, quando se avaliou as causas mais frequentes das ações e os principais elementos probatórios que levaram à condenação ou absolvição dos casos. O autor observou que nos casos de processo médico, além de perícia favorável, o adequado uso do termo de consentimento foram os aspectos mais relevantes nos casos em que houve absolvição.

Assim, o Termo de Consentimento Esclarecido representa uma segurança para o cirurgião plástico e para o paciente, pois iguala e consolida a relação de confiança e transparência entre ambos, cumprindo ao médico a obrigação de informar o paciente e a este declarar que compreendeu, bem como que aceita se submeter ao tratamento proposto, permitindo ao médico segurança legal, a menos que o termo tenha sido obtido de forma irregular.

Além disso, o médico deve seguir com o procedimento que foi combinado no pré-operatório com o paciente, somente tomando outro rumo em situação de força maior – situação que também deve ser explicada durante a consulta antes da cirurgia.

No que concerne o ponto de vista do paciente, uma pesquisa sobre a sua segurança em cirurgia plástica publicada na Revista Brasileira de Cirurgia Plástica de 2020 revelou que:

> Os países que mais publicaram sobre o assunto foram os Estados Unidos e o Brasil. A preocupação mais frequentemente encontrada foi a segurança relacionada à formação do residente de cirurgia plástica. Também ferramentas como o checklist têm sido usadas para a melhoria da segurança. Outra preocupação que exige mais estudos seria se os finais de semana apresentam maiores complicações em relação às cirurgias realizadas durante a semana. Porém, parece ter fundamentos mais sólidos na segurança do paciente o prontuário médico bem formulado, assim como o termo de consentimento informado (TCI). A consulta pré-anestésica também parece favorecer a segurança do paciente. E, por fim, o uso do WhatsApp que parece ser uma ferramenta segura e que incrementa o atendimento da equipe médica. (SAUCEDO; RIBEIRO; MULLER; COELHO,2020).

Diante dessa conclusão, podemos afirmar que o TCLE tem elevada importância tanto para ser usado como prova documental em defesa do médico, quanto para a segurança do paciente, pois fortalece a relação médico-paciente, sendo o TCLE muitas vezes o catalisador tanto para um resultado desejado, como para um resultado catastrófico. Em outras palavras, é um documento que pode favorecer ambas as partes, sendo imprescindível o seu uso na prática.

DO USO DE CHECKLIST NA CONSULTA PRÉ-OPERATÓRIA

Na pesquisa supracitada foi mencionado o uso de um checklist para verificar os fatores de segurança durante a cirurgia plástica no pré, intra e pós operatório. Seria ideal um checklist também no momento de informações e esclarecimentos ao paciente, o que economizaria tempo durante a consulta pois o paciente poderia levar o checklist para casa para poder refletir e vir com as suas dúvidas prontas para serem respondidas pelo cirurgião.

A finalidade do checklist seria manter um padrão no momento dos esclarecimentos e informações, para que o médico não esqueça de nenhum fator importante que poderia prejudicá-lo futuramente.

Se compararmos o Brasil com a Inglaterra, país em que procedimentos estéticos não são incentivados e nem bem vistos, podemos concluir que são dois extremos, e que talvez um equilíbrio entre os dois seria o ideal. Vale a pena se inspirar no país em que o primeiro TCLE foi elaborado em 1767.

Na Inglaterra, antes de realizar qualquer procedimento, o paciente passa por uma consulta de praxe, como no Brasil, em que o paciente é examinado e informado sobre o procedimento. Porém, antes da consulta, o paciente pode imprimir e levar um checklist disponível no site da Associação Britânica

de Cirurgiões Plásticos Estéticos (British Association of Aesthetic Plastic Surgeons - BAAPS), em que há perguntas que devem ser feitas ao cirurgião, além de recomendações de como aproveitar a consulta ao máximo. Ademais, existe um espaço no final do checklist para que o paciente possa anotar perguntas que ele queira fazer ao cirurgião na próxima consulta antes do procedimento.

A diferença é que isso é somente uma recomendação dada aos médicos pelo CFM no Brasil, enquanto na Inglaterra foi colocado em prática, pois foram criados checklists e formulários com as recomendações que são disponíveis para os médicos e pacientes e podem ser impressos para levar na consulta. Isso faz com que a probabilidade dos pacientes e médicos seguirem as recomendações pelos conselhos e associações aumente.

Este checklist foi criada pela Associação Britânica de Cirurgiões Plásticos Estéticos com a finalidade de fazer o paciente refletir para tirar todas as suas dúvidas e ter a certeza de que esse procedimento estético é a melhor opção, pois muitas vezes existem outros procedimentos estéticos que não envolvem a cirurgia e talvez sejam melhores, pois esta é um procedimento muito evasivo.

A finalidade não é fazer o paciente desistir da cirurgia, mas fazê-lo tomar a melhor decisão para evitar resultados indesejados e procedimentos desnecessários que possam incentivar indenizações contra o profissional da saúde. Em outras palavras, o cirurgião não deve realizar procedimentos em que ele sabe que pode piorar a aparência do paciente ou prejudicar a sua saúde.

Vale observar que uma das recomendações no checklist é de verificar a capacidade do profissional, pedindo para que ele mencione as suas qualificações e mostre fotos de pacientes antes e depois dos procedimentos. Essa também é uma recomendação da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP).

Por esta razão, adaptamos e traduzimos o checklist para que possa servir como sugestão para os médicos-cirurgiões plásticos brasileiros usarem com seus pacientes na primeira consulta. Esta é uma prática que pode beneficiar ambos os lados, melhorando a relação médico-paciente, pois o médico pode assim ter um paciente mais ciente e bem informado sobre o procedimento com menos chances de se revoltar contra ele alegando falta de informações sobre o procedimento ou resultados, e o paciente pode se sentir mais confiante e seguro. Essa prática poderá facilitar o trabalho do médico no momento dos esclarecimentos, para que não seja esquecida nenhuma informação importante.

DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CIRÚRGICOS

A formulação do contrato deve apresentar linguagem didática, e, no caso de utilização de termo técnico, ele deverá vir acompanhado de seu respectivo significado, elucidando para o leitor de forma clara o conteúdo do contrato. Nesse sentido, existe também a observância da letra no tamanho 12, sendo este o tamanho mínimo, podendo ser utilizadas fontes maiores, conforme disposição legal no art. 54 § 3º do CDC. Além de todos esses meios, recomenda-se destacar em "negrito ou sublinhado" as partes de maior relevância.

Sendo assim, o consentimento por parte do contratante deve ser formalizado de forma "impressa", evitando ao máximo o uso de linguagens técnicas neste momento. Pode o médico ler o contrato em voz alta para o paciente buscando sanar eventuais dúvidas, podendo ainda o mesmo ser levando pelo paciente para uma releitura e análise com um advogado de confiança.

Por esse motivo, comumente utiliza-se o TCLE, documento que apresenta linguagem de fácil compressão, informações claras e ostensivas de todo o trâmite do processo, apesar de ser recomendada, também a utilização do contrato.

DO MODELO DE CONTRATO

O modelo de contrato de prestação de serviços cirúrgicos tem como base o contrato de adesão e modelos genéricos de contratos de prestação de serviços analisados. No contrato elaborado usamos a letra Times New Roman, tamanho 14, com informações importantes em negrito e em caixa alta, assim como foi feito no modelo do TCLE.

No que se refere às cláusulas obrigatórias e essencias do contrato, temos primeiramente a qualificação das partes, sendo o contratado (prestador de serviços) e o contratante (tomador de serviços). Importante destacar que nessa etapa é preciso inserir todos os dados necessários para identificar e individualizar as partes, especialmente os dados de contato do consultório do médico-cirurgião plástico, pois demonstra que o paciente obtém todos os dados deste para contato.

Após qualificar as partes, deve ser inserido o objeto do contrato, que deve trazer minuciosamente o serviço prestado com o máximo de clareza possível, inclusive com uma breve explicação do procedimento.

As obrigações do contratante e do contatado devem ser mencionadas, com a indicação dos deveres de ambas as partes.

Em seguida, deve ser incluída a cláusula do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Embora os pontos mais importantes já estejam inclusos no documento, deve ser mencionado novamente no contrato em resumo, pois o contrato de prestação de serviços deve incluir tudo sobre o procedimento.

Não poderia ficar de fora do contrato a cláusula da responsabilidade civil do médico-cirurgião plástico e as suas obrigações. É importante incluir essa cláusula pelo fato de que os pacientes não sabem dessa informação jurídica.

Por fim, deve ser incluído no contrato o valor do serviço do cirurgião com a finalidade de assegurar o seu pagamento e todos os subsídios necessários para nortear a prestação, com o prazo e forma de pagamento.

DO FOLHETO

Diante o exposto, pensamos que estas informações sobre os direitos e deveres do médico e do paciente, no que concerne às cirurgias plásticas estéticas, devem ser simplificadas e resumidas para que os pacientes e médicos leigos de conhecimento jurídico possam compreender as informações, com a finalidade de aumentar a conscientização de ambas as partes.

O folheto foi inspirado nos folhetos do Serviço Nacional de Saúde (National Health Service - NHS) da Inglaterra, sistema de saúde público como supramencionado, que faz muito uso de folhetos/panfletos no seu sistema e tem obtido muito êxito no sentido de conscientizar a população.

É evidente que faz parte da cultura brasileira a falta do hábito de leitura, o que foi levado em consideração no momento da elaboração do folheto. Por esta razão, as informações devem ser bem resumidas e simplificadas para o incentivo da leitura do folheto, que deve ser exposto em salas de espera de hospitais e possivelmente em clínicas de médicos-cirurgiões plásticos.

O folheto poderia respeitar tanto as cores padrões usadas pelo SUS, como também poderia usar as cores da bandeira nacional. Porém, pensamos em utilizar a cor azul que é associada à paz e tranquilidade, razão pela qual é usada no interior de muitos hospitais com o intuito de tranquilizar os pacientes.

Em relação aos deveres do médico, o folheto inclui informações iniciais sobre a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico, sendo um resumo do que foi tratado no início do projeto, como também o dever de informação que é tratado no TCLE, com um breve resumo do que é este documento.

Em relação aos deveres do paciente, o folheto ressalta a importância da consciência do paciente sobre o procedimento que são as reflexões inspiradas no checklist elaborado.

CONCLUSÃO

Podemos concluir que o modelo de TCLE, o modelo de contrato de prestação de serviços cirúrgicos, o checklist e o folheto poderão contribuir para a conscientização dos pacientes e a prevenção de ações indenizatórias contra os médicos-cirurgiões plásticos, se todos forem colocados na prática.

Ademais, basta que os cirurgiões plásticos estéticos saibam das recomendações do CFM e as coloquem em prática, e que, acima de tudo tenham paciência no momento das suas consultas com os seus pacientes, para que tudo seja esclarecido da forma recomendada. É imprescindível que os médicos façam o uso escrito e detalhado do TCLE, conforme as jurisprudências supracitadas.

O ideal, também, seria fazer o uso do checklist entre a primeira e segunda consultas pré-operatórias, para garantir a segurança e o consentimento verdadeiro do paciente. O contrato complementa todo esse processo, conscientizando ainda mais as partes dos riscos e deveres jurídicos da contratação do serviço.

Finalmente, concluímos este projeto com a certeza de que contribuímos um pouco mais para a conscientização dos riscos estéticos e jurídicos envolvidos em cirurgias plásticas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) 985.888/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Orgão Julgador: Quarta Turma. Data do Julgamento: 16/02/2012. Data da Publicação/Fonte: DJe 13/03/2012.

CASAROLLI, Vitor Hugo Alonso. Aspectos contratuais da cirurgia plástica estética – Jus. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50123/aspectos-contratuais-da-cirurgia- plastica-estetica>. Acesso em: 08/10/2020.

DONCATTO, Léo Francisco. Uso do termo de consentimento informado em cirurgia plástica estética. Rev. Bras. Cir. Plást. v. 27, ano 3, São Paulo, jul-set 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-51752012000300003&lng=pt&nrm=iso&tlng=en. Acesso em: 20/09/2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Código de Ética Médica (CEM). Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 26/04/2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Recomendação CFM nº 1/2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: 26/04/2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil. v. 4 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GUIDI, Clarissa Rocha. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade civil do médico em cirurgias plásticas estéticas – Âmbito Jurídico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-159/a-aplicacao-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-na-responsabilidade-civil-do-medico-em-cirurgias- plasticas-esteticas/>. Acesso em: 08/10/2020.

MARQUES FILHO, José. Termo de consentimento livre e esclarecido na prática reumatológica. Rev. Bras. Reumatologia, São Paulo, 2011. Disponível em:<https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S048250042011000200007&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 17/08/2020.

MODELO TCLE: Disponível em:<https://portal.cfm.org.br/epweb/anexo3.pdf>. Acesso em: 15/10/2020.

MODELO DE CONTRATO: Disponível em: <https://passeidireito.com/arquivo/57382898/contrato-de-prestacao-de-servico-termo- de-consentimento-e-esclarecimento-manual>. Acesso em 23/10/2020.

MODELO DE CHECKLIST: Disponível em: < https://baaps.org.uk/_userfiles/pages/files/thinking_about_having_cosmetic_surgery_1. pdf>. Acesso em: 22/10/2020. Disponível em: < https://baaps.org.uk/_userfiles/pages/files/checklist_for_consultation_with_your_surgeo n_1.pdf >. Acesso em 22/10/2020.

MODELO DE FOLHETO: Disponível em: < https://www.england.nhs.uk/nhsidentity/examples/nhs-patient-information-leaflets/ >. Acesso em 26/10/2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Responsabilidade Civil. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SAUCEDO, Otto Huasckar Muchinski. RIBERIO, Elaine Rossi. MULLER, Juliane Centeno. COELHO, Izabel Cristina Meister Martins. Segurança do paciente em cirurgia plástica: revisão sistemática. Rev. Bras. Cir. Plást. 2020. Disponível em: http://rbcp.org.br/details/2751/pt-BR/seguranca-do-paciente-em-cirurgia-plastica--revisao-sistematica. Acesso em: 20/09/2020."

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1092110-70.2015.8.26.0100. Relator Desembargador Francisco Loureiro. Data do Julgamento: 31/10/2017. Data da Publicação: 01/11/2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1044317-70.2017.8.26.0002. Relator Desembargador Vito Guglielmi. Data do Julgamento: 27/07/2020. Data da Publicação: 27/07/2020.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO MÉDICO E BIOÉTICA. Código Corporativo de Conduta Ética – ANADEM. Disponível em: <https://anadem.org.br/site/wp-content/uploads/2019/09/ANADEM-CDGde- Conduta.pdf>. Acesso em: 16.04.2020.

SOCIEDADE INTERNACIONAL DE CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA (International Society of Aesthetic Plastic Surgery – ISAPS) - Global Survey 2018 Press Release in Portuguese. Disponível em: <https://www.isaps.org/wpcontent/uploads/2019/12/ISAPS-Global-Survey2018-Press-ReleasePortuguese.pdf>. Acesso em: 10.04.2020.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE CIRURGIA PLÁSTICA (SBCP). Segurança do Paciente – Segurança e Riscos. Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/seguranca-do-paciente/seguranca-eriscos/>. Acesso em: 10/04/2020.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil, Volume Único. São Paulo; Método. 5ª edição revisada, atualizada e ampliada.

THE WORLD BANK. International Debt Statistics 2020. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32382/9781464814617.pdf>. Acesso em: 05/10/2020.

ANEXOS

A TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Considerando os artigos 6º, inciso III e 39, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor, que garantem ao paciente a plena informação sobre seu estado de saúde, eu (INCLUIR), portador (a) da cédula de identidade RG nº (INCLUIR), inscrito (a) no CPF sob o nº (INCLUIR), neste ato representado (a) por (INCLUIR, SE FOR O CASO), portador (a) da cédula de identidade RG nº (INCLUIR), inscrito(a) no CPF sob o nº (INCLUIR), acompanhado (a) do (da) meu (minha) representante legal (INCLUIR), OAB/ nº (INCLUIR), declaro para todos os fins legais e de direito que dou plena autorização ao (à) médico (a) Dr. (a) (INCLUIR), inscrito (a) no CRM/UF sob o nº (INCLUIR), com clínica profissional localizada na Rua (INCLUIR), nº (INCLUIR), Bairro (INCLUIR), na cidade de (INCLUIR), telefone, endereço eletrônico (INCLUIR), para realizar o (os) procedimento (s) cirúrgico (s) designado (s) " (INCLUIR)", podendo o referido profissional valer-se do auxílio de outros profissionais de saúde.

Declaro, que o (a) referido (a) médico (a), atendendo ao disposto nos artigos 22 e 34 do Código de Ética Médica, prestou informações detalhadas sobre o diagnóstico e sobre o procedimento ora autorizado, especificamente as que se seguem:

Fui informado (a) de que o procedimento envolve (descrição detalhada explicando os termos técnicos). (INCLUIR)

Estou ciente de que os possíveis riscos e complicações cirúrgicas são (INCLUIR)

Declaro que a minha saúde física e mental é (INCLUIR) e o meu histórico prejudicial pode afetar a cirurgia da seguinte maneira: (INCLUIR), conforme informado e esclarecido pelo (pela) médico (a).

Fui informado (a) de que o procedimento terá a duração de (INCLUIR) horas, o que pode ser alterado durante o procedimento se ocorrer alguma complicação acima informada.

Estou ciente de que, para realizar o procedimento acima especificado, será necessária aplicação de anestesia, cujos métodos, técnicas e fármacos anestésicos serão de indicação exclusiva do médico anestesiologista.

Declaro ainda, ter lido as informações contidas no presente instrumento, as quais compreendi perfeitamente e aceitei, comprometendo-me a respeitar integralmente as instruções fornecidas pelo (a) médico (a), estando ciente de que sua não observância poderá acarretar riscos, efeitos colaterais e complicações.

Declaro, igualmente, estar ciente de que durante o procedimento pode haver complicações cirúrgicas que necessitam de reparo, que podem obrigar o (a) médico (a) a modificar as condutas inicialmente propostas, sendo que, neste caso, fica o (a) mesmo (a) autorizado (a), desde já, a tomar providências necessárias para tentar a solução dos problemas surgidos, segundo seu julgamento.

Fui informado (a) de que este termo não contém todas as complicações e riscos conhecidos ou possíveis de acontecer neste procedimento.

Finalmente, declaro ter sido informado (a) a respeito de métodos terapêuticos alternativos e estou satisfeito (a) sobre minhas dúvidas e questões, através de linguagem clara e acessível. Assim, tendo lido, entendido e aceito as explicações sobre os mais comuns riscos e complicações deste procedimento, assim como a liberalidade da autorização firmada, expresso meu pleno consentimento para sua realização.

(INCLUIR DATA)

(INCLUIR ASSINATURAS)

Você está pensando em realizar uma cirurgia plástica?

Aqui está um checklist com questões importantes que você deve se perguntar antes de decidir se irá realizar uma cirurgia plástica. Leve este checklist para a sua consulta e tire as suas dúvidas com o seu cirurgião plástico. Lembre-se de que você deve ter ao menos duas consultas pré-operatórios e é recomendado a reflexão por duas semanas.

☐ **O que eu quero mudar sobre a minha aparência e por que?**

Por exemplo, se você pensa em fazer uma rinoplastia, o que exatamente você quer mudar sobre o seu nariz? Por que está causando insegurança ou desconforto? É um procedimento que você está pensando em realizar há muito tempo ou algo fez com que você tomasse essa decisão recentemente?

☐ **A cirurgia que pretendo realizar me dará os resultados que desejo?**

Seja claro sobre o que faria o procedimento ser um sucesso para você. Isto é importante pois se decidir realizar a cirurgia, o seu cirurgião plástico pode te dizer se as suas expectativas sobre a cirurgia são realistas. O cirurgião poderá fazer uso de um simulador para o paciente ter uma noção do resultado.

☐ **Eu consigo arcar com os custos a longo prazo da cirurgia plástica?**

Você deve saber que os procedimentos estéticos são custosos, que haverá despesas com a internação e auxílio hospitalar além do valor da cirurgia. Você deve estar preparado para arcar com despesas de medicamentos, manutenções e complicações do procedimento.

☐ **Eu considerei os riscos da cirurgia?**

É importante que o seu cirurgião esclareça todos os riscos e complicações da cirurgia antes de realizar o procedimento para que não haja insegurança. Isso será feito através do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE).

☐ **Quanto tempo preciso ficar afastado do trabalho para a minha recuperação pós cirurgia?**

Essa questão varia conforme o procedimento escolhido e deve ser tratado com o cirurgião durante a consulta. Verifica se você terá a liberdade de poder ficar afastado do trabalho para a melhor recuperação possível, pois muitos casos de má cicatrização é devido ao pós operatório não cumprido conforme as orientações do cirurgião.

☐ **O que eu quero mudar sobre a minha aparência e por que?**

Faça uma pesquisa sobre o procedimento cirúrgico que irá realizar. É possível que exista outras opções que não envolvam a cirurgia plástica e que podem te dar os mesmos resultados.

☐ **Estou com a expectativa de que a cirurgia irá mudar a minha vida como também a minha aparência?**

Pense sobre a sua qualidade de vida e se terá uma melhora com o resultado da cirurgia. Se você está se sentindo inseguro sobre os seus relacionamentos amorosos, familiares ou com os colegas de trabalho, mudar a sua aparência não deve ser a resposta.

☐ **Eu me sinto seguro em realizar o procedimento desejado com o cirurgião escolhido?**

Conheça o cirurgião que irá realizar o seu procedimento e verifique se o médico é cadastrado no Conselho Federal de Medicina e é um especialista membro da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP). Você poderá pedir ao cirurgião para falar sobre as suas qualificações e experiências, e poderá pedir para ver fotografias de 'antes' e 'depois' das cirurgias realizadas pelo cirurgião.

☐ **Eu estaria disposto a realizar outra cirurgia para reparar o resultado inicial se houver complicações cirurgicas?**

Toda cirurgia pode haver complicações. Considere como você iria lidar com isso se a cirurgia não ocorresse conforme o esperado. O procedimento inicial pode precisar de reparo ou correções.

☐ **Agora é o melhor momento para realizar a cirurgia?**

Considere além da sua situação financeira. Há coisas acontecendo na sua vida neste momento que podem afetar negativamente a sua recuperação? Se não for o melhor momento, considere remarcar a cirurgia para o período de férias.

ESTE É UM ESPAÇO PARA AS SUAS ANOTAÇÕES E DÚVIDAS.

NUNCA SE SINTA PRESSIONADO A DAR O SEU CONSENTIMENTO!

H

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – CIRURGIAS PLÁSTICAS

DEVIDO A OBRIGATORIEDADE INSTITUÍDA PELO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, FORMALIZAMOS A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE ASSOCIANDO O CONSENTIMENTO ESCLARECIDO E INFORMADO NA PERSONALIZAÇÃO DE UM CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. AO ASSINAR O CONTRATO, O CONTRATANTE ASSUME QUE TEVE TEMPO HÁBIL PARA LER E ESTUDAR OS ITENS DO CONTRATO E SOLICITAR INFORMAÇÕES OU SOLICITAR UMA SEGUNDA OPINIÃO SOBRE SEU CASO OU SOBRE ESTE CONTRATO.

Considerando os artigos 6º, inciso III e 39, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor, que garantem ao paciente a plena informação sobre seu estado de saúde, eu, CONTRATANTE _____, brasileiro (a), portador (a) da Cédula de Identidade RG nº _____ e inscrito (a) no CPF/MF sob nº _____, residente e domiciliado (a) na Rua _____, nº _____, Bairro _____, CEP _____, na cidade de _____/UF, e o (a) CONTRATADO (A) _____, brasileiro(a), _____, inscrito(a) no CRM/UF sob nº _____, portador (a) da Cédula de Identidade RG nº _____, inscrito (a) no CPF/MF sob nº _____, com consultório profissional localizado na Rua _____, nº _____, Bairro _____, CEP _____, na cidade de _____/UF, telefone _____, endereço eletrônico _____.

Pelo presente instrumento particular de contrato de prestação de serviços de assistência médica e cirurgia plástica e na melhor forma de direito, de um lado doravante denominada CONTRATANTE, e de outro lado, o CONTRATADO, resolvem de comum acordo celebrar o presente Contrato de Prestação de Serviços Médicos em Cirurgia Plástica, que se regerá pelas seguintes cláusulas e condições:

1. CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO DO CONTRATO

1.1. O CONTRATADO, na condição de MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO, caracterizado como prestador de serviços da área da saúde, membro da Sociedade

Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP), habilitado no Conselho Federal e Regional de Medicina, para realização de todos os procedimentos que sua especialização compreende, propõe-se na prestação de serviço do procedimento denominado _____ com a finalidade de obtenção de resultado estético.

1.2. O procedimento envolve (descrição técnica).

2. CLÁUSULA SEGUNDA – DOS DEVERES DAS PARTES

2.1. São deveres do (a) CONTRATANTE:

a) Informar o (a) CONTRATADO (A) sobre suas condições de saúde física e mental, uso de medicamentos, hábitos, entre outros, não lhe omitindo qualquer informação.

b) Respeitar as orientações pré, intra e pós operatórias e prescrições médicas oferecidas pelo (a) CONTRATADO (A).

2.2. São deveres do CONTRATADO (A):

a) Agir com o máximo de zelo e respeito, utilizando o melhor de sua capacidade profissional na atenção à saúde do (a) CONTRATANTE, atuando com prudência, diligência e perícia.

b) Guardar sigilo e respeito das informações pessoais de que detenha conhecimento sobre a CONTRATANTE, com exceção dos casos previstos em lei.

c) Cumprir o presente CONTRATO, valendo-se das práticas cientificamente reconhecidas, respeitados a legislação vigente e os preceitos éticos.

d) Realizar ao menos duas consultas pré-operatórias com a finalidade de esclarecer todas as dúvidas do (da) CONTRATANTE, explicando o procedimento e suas complicações, com a finalidade de obter o seu consentimento e garantir a segurança do paciente, além de ter tempo suficiente para realizar qualquer simulação dos efeitos da cirurgia plástica estética.

3. CLÁUSULA TERCEIRA – DO CONSENTIMENTO DO CONTRATANTE

3.1. O (a) CONTRATANTE deve receber os esclarecimentos apresentados diante de suas dúvidas e dar o seu consentimento ao (a) CONTRATADO (A) através do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido assinado antes do presente CONTRATO.

3.2. O (a) CONTRATANTE deve ter a ciência de que todo procedimento médico envolve riscos, estando sujeito a eventuais complicações e/ou alterações no estado de saúde, tendo que, possivelmente serem reparados com outros procedimentos para corrigir a complicação estética.

3.3. O (a) CONTRATADO (A), deve atender ao disposto nos artigos 22 e 34 do Código de Ética Médica, prestando informações detalhadas sobre o diagnóstico e sobre o procedimento ora autorizado.

3.4. O (a) CONTRATANTE deve ler as informações contidas no presente instrumento, que deve ser compreendido perfeitamente e aceito, compromissando-se a respeitar integralmente as instruções fornecidas pelo (a) CONTRATADO (A), estando ciente de que sua não observância poderá acarretar riscos, efeitos colaterais e complicações.

4. CLÁUSULA QUARTA – DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO- CIRURGIÃO PLÁSTICO ESTÉTICO CONTRATADO

4.1. O (a) CONTRATANTE deve levar em consideração que fatores externos e alheios à atividade médica poderão influenciar a materialização do contrato, como o seu organismo por exemplo, pois o resultado não vai depender somente da competência ou expertise do (da) CONTRATADO (A), visto que cada um pode reagir ao procedimento ou tratamento de maneira diferenciada, o que de fato pode interferir no esperado.

4.2. Ainda que haja outros fatores além da excelência empregada pelo (pela) CONTRATADO (A), deve o mesmo demonstrar que durante todo o procedimento ou tratamento houve a correta aplicação dos métodos técnicos e profissionais utilizáveis, devendo inclusive, se for o caso demonstrar por qual razão houve a impossibilidade de concluir algum procedimento, ainda que tenha empregado esforços para realizá-lo.

4.3. A responsabilidade civil do médico cirurgião plástico nas cirurgias estéticas não reparadoras é de resultado, exceto quando o resultado não prosperar por caso fortuito ou força maior, ou quando não garantir ao paciente um resultado certo e determinado.

4.4. Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se aplica a responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional provar o contrário dos fatos alegados de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico.

5. CLÁUSULA QUINTA – DAS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO

5.1. O (a) CONTRATANTE se compromete a remunerar o (a) CONTRATADO (A) o valor de R$ _____ (...) para a realização do procedimento descrito na CLÁUSULA PRIMEIRA no prazo de dias.

5.2. A forma de pagamento será parcelada em _____ vezes, parcelas que deverão ser pagas nas seguintes datas: _____.

5.3. O pagamento será depositado na conta bancária do (da) CONTRATADO (A), sendo o Banco _____, Agência _____, Conta Corrente nº _____.

Assim, por estarem justos e contratados, assinam o presente CONTRATO que é complementado pelo TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO anexo, contendo informações (descrição do procedimento; possíveis riscos e complicações; histórico prejudicial e duração do procedimento e cuidado pós operatório), em duas vias de igual teor e forma.

Cidade/UF, _____ de _____ de 20 _____ .

_____ CONTRATADO

_____ CONTRATANTE

_____

REPRESENTANTE LEGAL
Nome:
RG nº:
OAB/UF nº:

Não estou satisfeito com o resultado, e agora?

QUANDO O MÉDICO DEVERÁ ME INDENIZAR

Qualquer cirurgia plástica que resulte em um incômodo ou que gere alguma repercussão afetando consideravelmente o equilíbrio emocional e social do paciente, sujeita ao médico às regras do ordenamento jurídico, afim de reparar o dano causado, havendo imprudência, negligencia e culpa.

QUANDO O MÉDICO NAO DEVERÁ ME INDENIZAR

Não cabe ao médico responsabilização total sobre o procedimento realizado, pois ainda que o mesmo informe sobre os riscos e realiza aplicações dos métodos técnicos corretos, existem fatores externos que influenciam no resultado, como exemplo, o organismo de cada paciente.

COMUNICAÇÃO ENTRE PACIENTES E PROFISSIONAIS DA SAÙDE

Informações necessarias

Diagnóstico

Prognóstico

Riscos e Complicações

Objetivos do Tratamento

Cirurgia Plástica Estética

Você conhece os riscos estéticos e jurídicos envolvidos nesse procedimento?

ACOMPANHE ESTE FOLHETO E SAIBA MAIS SOBRE O ASSUNTO!

Pensando em fazer uma cirurgia plástica?

Antes de decidir, responda essas questões importantes.

- O que quero mudar na minha aparência e porque ?
- Eu me sinto seguro em realizar o procedimento com o médico escolhido?
- Eu considerei os risco da cirurgia?
- Agora é o melhor momento para realizar a cirurgia?
- Agora é o melhor momento para realizar a cirurgia?

Se você pensa em fazer uma rinoplastia, o que exatamente você quer mudar sobre o seu nariz? Por que está causando insegurança ou desconforto? É um procedimento que você está pensando em realizar há muito tempo ou algo fez com que você tomasse essa decisão recentemente?

Passos para uma cirurgia segura

1. Busque o melhor profissional para realiza-lá.
2. Escolha o momento certo.
3. Conheça os produtos, em caso de proteses.
4. Seja sincero nas consultas.
5. Cuide do seu pré-cirurgico.
6. Siga as orientações para o dia da cirurgia.
7. Repouso na recuperação do pós-cirurgico.

NUNCA SE SINTA PRESSIONADO EM DAR O SEU CONSENTIMENTO.

Termo de Consentimento

O Termo de Consentimento Esclarecido representa uma segurança para o cirurgião plástico e para o paciente e consolida a relação de confiança e transparência entre ambos, aos médicos fica a obrigação de informar e ao paciente em declarar que compreendeu e que aceita se submeter ao prodecimento.

Esse documento é fundamental para assegurar que todas as informações foram fornecidas e que a pessoa está ciente sobre os riscos do procedimeto, o que significa uma garantia maior, caso haja problemas no futuro.

Obrigado.

Parceria Público-Privada e a Legitimidade Processual na Ação Civil Pública

Anna Beatriz Pedroso dos Santos

Rogério Marinho de Paula Lima

Ricardo Pinha Alonso

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é tentar encontrar solução jurídica viável para caso hipotético de Parceria Público-Privada envolvendo a União e determinada empresa ferroviária, beneficiária da concessão. Antes que a referida empresa começasse a operar, a área cedida foi invadida por centenas de famílias, ensejando, deste modo, ajuizamento de Ação Civil Pública pelo Ministério Público, requerendo que tanto o Poder Público quanto a concessionária fossem condenados à retirada das pessoas da área ocupada.

O primeiro capítulo se destina a expor o problema e suas possíveis consequências legais, apresentando os entes envolvidos na lide e suas devidas pretensões, bem como os institutos jurídicos que serão tratados com maior profundidade ao longo do trabalho.

O segundo capítulo trata exclusivamente da Parceria Público-Privada, no tocante ao seu conceito legal e doutrinário, além do estudo das duas modalidades possíveis neste tipo de concessão, com ênfase na modalidade patrocinada, escolhida para o presente estudo de caso.

O terceiro capítulo aborda, de forma breve, o conceito de Poder de Polícia e sua relação com a Parceria Público-Privada, uma vez que a própria lei que rege essa modalidade de concessão proíbe expressamente que o Poder de Polícia seja exercido pelo parceiro privado, ficando o seu uso, quando necessário, exclusivamente a cargo do parceiro público.

O quarto capítulo discute o princípio da dignidade da pessoa humana e sua importância para o ordenamento jurídico pátrio, além de discorrer brevemente a respeito dos direitos sociais à moradia e à assistência aos desamparados, ambos garantidos pela Constituição Federal em seu artigo 6º. Tais temas apresentam relação com o caso em tela, eis que a efetivação de tais direitos deve ser garantida pelo Poder Público.

O quinto capítulo diz respeito à Ação Civil Pública, conceituando-a dentro do ordenamento jurídico e esclarecendo em quais situações deve ser utilizada, além de elencar os legitimados a ajuizá-la.

Por fim, o sexto capítulo ocupa-se da ilegitimidade passiva no Direito Processual Civil e sua relação com o tema do trabalho.

ANÁLISE DE CASO HIPOTÉTICO ENVOLVENDO PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Será analisado, neste primeiro capítulo, caso hipotético envolvendo parceria público privada entre a União e determinada empresa ferroviária, na modalidade patrocinada. No caso em tela, centenas de famílias invadiram a faixa de domínio da ferrovia onde a empresa concessionária operava, ensejando Ação Civil Pública na qual o Ministério Público requereu a condenação tanto do Poder Público quanto do parceiro privado à obrigação de retirar as famílias da área concedida. Cabe salientar que a supracitada área é contígua ao território de determinado município.

A espécie de concessão escolhida foi a Parceria Público-Privada, regulada pela Lei nº 11.079/04, na modalidade patrocinada, concedendo a União, além do serviço público em questão (transporte ferroviário), a área necessária para que a empresa pudesse realizar suas atividades.

O pedido do Ministério Público fundou-se sobre o inciso VI, artigo 1º da Lei 7.347/85. Ou seja, entendeu o *parquet* que a atividade da empresa concessionária causava danos à ordem urbanística, eis que, como já foi dito, o bem invadido, apesar de integrar o patrimônio da União, encontra-se próximo a área municipal.

Como a legislação é omissa quanto ao conceito de "ordem urbanística", utilizaremos a definição de Paulo Affonso Leme Machado, que a classifica como "o conjunto de normas de ordem pública e de interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança, do equilíbrio ambiental e do bem-estar dos cidadãos". (MACHADO, 2003, p. 368-369).

Deste modo, temos que o município também integra a relação jurídica e que, portanto, há ao menos quatro forças conflitantes na situação mencionada, quais sejam: A União (poder concedente), a empresa concessionária, o Município e, por fim, a coletividade (representada pela figura do Ministério Público, em defesa das famílias que ocuparam a faixa de domínio).

A situação também envolve questões sensíveis ao Direito Constitucional, tais como a dignidade da pessoa humana, o direito social à moradia e à assistência aos desamparados, visto que envolve a retirada de famílias sem moradia da área disputada.

Posto o problema, discutiremos, ao longo deste trabalho, as implicações jurídicas geradas pelas relações estabelecidas, bem como as possibilidades que cabem à empresa ferroviária no que se refere à defesa de seus interesses frente aos outros entes envolvidos.

A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E SUAS MODALIDADES

A parceria público-privada, regulamentada pela Lei 11.079/04, é, segundo a própria definição legal, contrato administrativo de concessão, admitindo-se, também em consonância com a redação da lei, duas modalidades, sendo estas a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Partindo-se da supracitada definição, se faz necessário, preliminarmente, categorizar as Parcerias Público--Privadas dentro do Direito Administrativo.

Em primeiro lugar, há que se estabelecer a definição de contrato administrativo. Para a ampla maioria da doutrina administrativista brasileira, os contratos administrativos se diferem dos contratos da administração, eis os últimos abrangem todos os contratos firmados pela Administração Pública, independente do regime adotado (público ou privado) enquanto que os primeiros se referem aos contratos que a Administração "celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público". (DI PIETRO, 2020, p. 562).

No que se refere à natureza dos contratos administrativos, há forte divergência doutrinária, eis que parte dos autores entendem que não há sequer como se falar em contrato, haja vista a relação de verticalidade existente entre o ente público e o privado, inexistindo, portanto, a observância de alguns princípios como a autonomia da vontade, a igualdade entre as partes e a força obrigatória das convenções. Uma segunda corrente afirma que, estando presente a Administração, o contrato é administrativo por definição, não importando se o regime é público ou privado. Por fim, a terceira corrente, que, diga-se, é a majoritária no país, vê o contrato administrativo como espécie do gênero contrato, sendo dotado de características próprias.

Feitas estas breves considerações, analisemos a Parceria Público-Privada e suas duas modalidades admitidas em lei. De acordo com Di Pietro (2020, p. 647)

> As parcerias público-privadas foram instituídas, como modalidades de contratos administrativos, pela Lei nº 11.079, de 30-12-04, com alterações posteriores. Até a promulgação dessa lei, quando a Constituição se referia à concessão (arts. 21, XI e XII, 25, § 2º, 175 e 223), tinha-se que entender que a referência era à concessão de serviço público. Após a instituição do regime legal das parcerias público-privadas, embora a Constituição continue a falar em concessão apenas, tem-se que incluir sob a égide dos referidos dispositivos constitucionais a concessão patrocinada, que é definida em lei como concessão de serviço público, ainda que sujeita a regime jurídico um pouco diverso; com efeito, os

> serviços previstos no artigo 21, XI e XII, e no artigo 25, § 2º, admitindo cobrança de tarifa dos usuários, podem ser prestados sob a forma de concessão de serviço público comum ou sob a forma de concessão patrocinada, a critério do Poder Público.

O referido instituto é regulamentado, como já foi dito, pela Lei 11.079/04. É classificada doutrinariamente como tipo de concessão especial, visto que a supracitada lei faz distinção entre a PPP e a "concessão comum" em seu artigo 2º, § 3º, que assim dispõe:

> Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. (BRASIL, 2020).

Ou seja, a diferença fundamental entre as duas formas de concessão (concessão comum e Parceria Público-Privada) é a contraprestação pecuniária feita pela Administração em favor do particular.

Quanto às duas modalidades de Parceria Público-Privada, podemos observar que sua definição depende da forma como a contraprestação pecuniária é feita. Na concessão patrocinada, a referida contraprestação é feita com o objetivo de complementar o valor das tarifas pagas pelo usuário à concessionária. Já na modalidade administrativa, em que a própria Administração Pública é usuária direta ou indireta do serviço e, portanto, não há que se falar em pagamento de tarifas pelo usuário, a contraprestação pecuniária corresponde ao valor integral recebido pelo parceiro privado. O capítulo III da Lei 11.079/04 estabelece as formas pelas quais o Poder Público pode garantir a contraprestação pecuniária ao parceiro privado.

A parceria público-privada é precedida de licitação na modalidade de concorrência, conforme o artigo 10º da Lei 11.079/04, estando a licitação sujeita a um rol de condições elencadas no mesmo artigo, como se vê abaixo:

> I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:
>
> a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;
>
> b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

§ 1º A comprovação referida nas alíneas b e c do inciso I do caput deste artigo conterá as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, observadas as normas gerais para consolidação das contas públicas, sem prejuízo do exame de compatibilidade das despesas com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

§ 2º Sempre que a assinatura do contrato ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, deverá ser precedida da atualização dos estudos e demonstrações a que se referem os incisos I a IV do caput deste artigo.

§ 3º As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.

§ 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica. (BRASIL, 2020).

O rol de parágrafos e incisos elencados trata apenas do que diz respeito à licitação das Parcerias Público-Privadas. Contudo, a Lei trata de outros aspectos em sua redação. Como exemplo, podemos citar o Capítulo III, que dispõe sobre as garantias (ou seja, os meios pelos quais a Administração Pública pode garantir a contraprestação pecuniária ao particular) e o Capítulo VI, que trata das disposições aplicáveis à União.

A INDELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA NA PARCERIA PÚBLICO PRIVADA

Segundo Spitzcovsky (2020, p. 242) "Poder de polícia é definido como aquele de que dispõe a Administração para condicionar, restringir, limitar e frenar atividades e direitos de particulares para a preservação dos interesses da coletividade."

O ordenamento jurídico brasileiro também traz o conceito de Poder de Polícia insculpido no artigo 78 do Código Tributário Nacional, abaixo transcrito:

> Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.
>
> Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (BRASIL, 2020).

A partir das definições acima, infere-se, portanto, que o Poder de Polícia só pode ser exercido pela Administração Pública e, ainda assim, apenas dentro dos limites estabelecidos pela lei aplicável.

No que tange ao caso estudado no presente trabalho, temos ainda a vedação expressa do uso do Poder de Polícia pelo particular na concessão através de Parceria Público-Privada. Tal vedação se encontra no inciso III, art. 4º da Lei 11.079/04, conforme se observa a seguir:

> Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:
>
> [...]
>
> III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; (BRASIL, 2020).

Conclui-se, portanto, que o Poder de Polícia pode sofrer limitações ao seu exercício, porém, este exercício é sempre feito pela Administração, nunca pelo particular.

Tendo em vista estes breves apontamentos, trataremos, no próximo capítulo, de alguns direitos consagrados pela Constituição Federal que, consequentemente, poderiam ensejar a restrição do uso do Poder de Polícia, ainda que feito pelo Poder Público, com vistas a garantir a efetivação de alguns princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, visto que, no caso em tela, há que se levar em consideração as centenas de famílias que buscaram abrigo no local designado para as atividades exercidas pela ferroviária.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS À MORADIA E À ASSISTÊNCIA AOS DESAMPARADOS

No presente capítulo falaremos, brevemente, sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos à moradia e à assistência aos desamparados. O primeiro, consagrado no inciso III, art. 1º da Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, merece certo destaque. De acordo com Alexandre de Moraes (2020, p. 79), a dignidade da pessoa humana:

> Concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Temos, a partir desta definição, que o referido princípio é o que dá coesão a todo o sistema jurídico pátrio, abrangendo diversos ramos do direito, do direito civil ao direito penal, do direito trabalhista ao tributário.

Assim sendo, impossível não vislumbrar os direitos sociais à moradia e à assistência aos desamparados, ambos insculpidos no artigo 6º da Constituição Federal Brasileira, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, eis que este é o Norte pelo qual todos os outros direitos e princípios devem se guiar. O direito à moradia também se encontra dentro do escopo dos Direitos Humanos, funcionando como meio para que se possa alcançar os demais direitos, como o direito à educação, à saúde, entre outros, sendo, portanto, o alicerce sobre o qual outros direitos podem se estabelecer.

O direito à assistência aos desamparados consta do texto originário da Constituição Federal de 1988, enquanto que o direito à moradia foi inserido pela Emenda Constitucional nº 26/2000, vejamos:

> 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;
>
> X – combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos. (BRASIL, 2020).

Destina-se aos desamparados a assistência como preservação dos direitos sociais atribuídos à assistência social propriamente dita. Entende-se por desamparado o indivíduo que não recebe frequentemente ou até mesmo ininterruptamente quantia em dinheiro capaz de prover as suas necessidades básicas de sobrevivência. Dessa forma, entende-se que o desamparado carece de proteção e caberá ao Estado exclusivamente a garantia dessa assistência, uma vez que a Constituição aborda e proclama a proteção a estes. Consequentemente, considera-se um direito fundamental, visto que aqui não se exige uma possível contraprestação do indivíduo considerado como vulnerável

O direito à moradia engloba a garantia de algumas necessidades básicas, porém de suma importância para o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade. Dentre estas necessidades, podemos citar o abastecimento de água potável, o saneamento básico e o acesso ao gás de cozinha, à energia elétrica e aos serviços de coleta de lixo. Além disso, a moradia deve ser instalada em lugares que possam proporcionar oportunidades de desenvolvimento econômico e social, de tal forma que sua localização deve condescender com um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Como compete ao Estado garantir tais direitos, posto que se tratam de direitos sociais, resta clara a responsabilidade do Poder Público, tanto a nível federal quanto a nível municipal, de oferecer amparo às famílias que ocuparam a faixa de domínio da ferrovia em busca de abrigo e melhores condições de vida.

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Ação Civil Pública pode ser movida pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios, pelas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista ou associações constituídas a pelo menos um ano. Estes entes são devidamente autorizados pela Constituição Federal, bem como pela Lei nº 7.347/85, especificamente em seu artigo 5º e na Lei 8.078/90, vejamos:

> Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
>
> I - o Ministério Público;
>
> II - a Defensoria Pública;
>
> III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
>
> IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
>
> V - a associação;
>
> Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente
>
> I - o Ministério Público,
>
> II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
>
> III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;
>
> IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. (BRASIL, 2020).

A Ação Civil Pública pode ser conceituada como o instrumento constitucional destinado à proteção dos direitos difusos e coletivos, tratando-se, portanto, de espécie de controle exercido pela sociedade a fim de fiscalizar e punir ações que impactem a sociedade de forma nociva, intentando, deste modo, a fixação da responsabilidade e, consequentemente, a reparação de possíveis danos causados. Danos estes causados não somente ao meio ambiente, mas também ao consumidor enquanto figurar nas relações de consumo, assim como a bens e direitos de valor histórico, artístico, turístico, estético ou paisagístico.

Arnaldo Rizzardo (2014, p. 16) assim define a importância da Ação Civil Pública:

> Nas suas finalidades básicas, o Estado, na órbita do Poder Público, por meio do ordenamento jurídico procura dar o caminho para restaurar a ordem social, eliminar as injustiças, resolver os conflitos de interesses, evitar condutas desagregadoras do equilíbrio ou da justiça social, propiciar a paz entre as pessoas e conduzir a ordem jurídica justa.

A sua legitimidade ativa é concorrente e autônoma, visto que os legitimados pela Constituição podem interpor a ação isoladamente ou como litisconsortes. Todavia, ainda que seja uma ação formal, o Ministério Público, por sua vez, não detém legitimidade exclusiva, de modo que a Constituição Federal assegura o amplo acesso à justiça.

O polo passivo será ocupado pelo respectivo causador do dano, de tal forma que pode figurar como legitimado passivo qualquer indivíduo que venha a provocar danos aos interesses protegidos constitucionalmente.

A ILEGITIMIDADE PASSIVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A redação do artigo 337, XI, do Código de Processo Civil, estabelece que o réu deve, na contestação, alegar ausência de legitimidade ou de interesse processual antes de discutir o mérito. Como o texto do referido artigo não especifica se a alegação de ausência de legitimidade diz respeito à legitimidade ativa ou passiva, infere-se que a expressão abarca ambas. Assim sendo, analisaremos, de forma breve, a ilegitimidade passiva no direito processual civil, eis que a Lei 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, estabelece, em seu artigo 19 que, aplica-se o Código de Processo Civil à Ação Civil Pública, salvo nos casos em que tal aplicação acabe por contrariar as disposições da própria Lei 7.347/85.

Para que um processo seja legítimo, devem ser observadas as chamadas condições da ação, que conforme o entendimento doutrinário são as seguintes: a) legitimidade ad causam; b) interesse processual; c) possibilidade jurídica do pedido. Por não apresentar relação com o presente estudo, abdicaremos de tecer comentários sobre dois últimos itens, nos atendo apenas ao primeiro. Nas palavras de Bueno (2020, p. 594)

> Mesmo sem ter conservado a nomenclatura tradicional "condições da ação" – que, no art. 301, X, do CPC de 1973, ensejava a nomenclatura "carência da ação",

> proscrita pelo CPC de 2015 –, a legitimidade e o interesse são [...] inerentes ao exercício do direito de ação e compatibilizam-se com o "modelo constitucional do direito processual civil". São, por isso mesmo, mínimos indispensáveis ao exercício do direito de ação.

A legitimidade *ad causam* se refere tanto à legitimidade para propor a ação (legitimidade ativa) quando para figurar no polo passivo da relação jurídica (legitimidade passiva). Como dito anteriormente, o Código de Processo Civil indica as medidas que deverão ser tomadas pelo réu caso este entenda não ser parte legítima da lide. Além do supracitado artigo 337, XI, do CPC, temos ainda os dois artigos subsequentes, abaixo transcritos:

> Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.
>
> Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará os honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8º .
>
> Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.
>
> § 1º O autor, ao aceitar a indicação, procederá, no prazo de 15 (quinze) dias, à alteração da petição inicial para a substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do art. 338 .
>
> § 2º No prazo de 15 (quinze) dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu. (BRASIL, 2020)

Assim sendo, temos que não basta ao réu a simples alegação da ausência de legitimidade passiva caso o mesmo tenha conhecimento a respeito da identidade de quem deveria figurar no polo passivo da ação. Neste caso, cabe ao réu indicar quem quer que detenha a legitimidade para responder à ação.

As possibilidades acima demonstradas fazem parte do rol de inovações trazidas pelo CPC/15, conforme leciona Bueno (2020, p. 594)

> Sobre a alegação de ilegitimidade passiva, o CPC de 2015 inovou substancialmente (e não apenas do ponto de vista formal) ao transformar o que o CPC de 1973 conhecia como uma das modalidades de intervenção de terceiro (a nomeação à autoria) em medida que busca o saneamento do processo e seu prosseguimento, ainda que em face de outrem ou, até mesmo, em litisconsorte passivo com o réu.

Outra mudança significativa trazida pelo novo CPC diz respeito à possibilidade do próprio autor, quando tomar conhecimento da alegação de ilegitimidade passiva na contestação, e sem a prévia concordância do réu, alterar a petição inicial a fim de substituí-lo. Assim explica Donizetti (2016, p. 545-546),

> O CPC/2015 não trata da nomeação como uma espécie de intervenção de terceiro, mas ainda possibilita que o réu indique o sujeito passivo da relação discutida em juízo, e que o autor, caso aceite a indicação, altere a petição inicial para substituir o réu ou incluir, como litisconsorte passivo, a pessoa indicada.
>
> Diferentemente do que estava previsto no CPC/1973, a nova legislação também possibilita o autor, após tomar conhecimento das alegações formalizadas na contestação, alterar a petição inicial para substituir o réu. (...)
>
> A grande novidade promovida pelo CPC/2015 se refere à desnecessidade de aceitação por parte do nomeado. É que, de acordo com o texto de 1973, somente se houver aceitação do nomeado o processo poderá prosseguir em seu desfavor. Na prática, o instituto tem pouca utilidade, afinal, é difícil imaginar que alguém tenha vontade de ser réu. O CPC/2015 corrige esse deslize e possibilita a alteração do polo passivo mediante aceitação por parte do autor.

Ante ao que foi discutido neste capítulo, chegamos à conclusão de que, no caso hipotético abordado por este trabalho, cabe à empresa concessionária alegar ser parte ilegítima da Ação Civil Pública e, consequentemente, apontar a União (eis que se trata do poder concedente) como única parte legitimada a figurar no polo passivo da referida Ação.

CONCLUSÃO

Buscou-se, com o trabalho desenvolvido, estabelecer a existência ou a não existência da responsabilidade da empresa concessionária frente à Ação Civil Pública contra ela ajuizada. Para alcançar este objetivo, diversos conceitos de diferentes ramos do Direito foram analisados segundo a ótica legal e doutrinária.

Concluiu-se, ante tudo o que foi estudado, que inexiste responsabilidade da empresa, eis que segundo o artigo 4º, inciso III da Lei 11.079/04, que trata da Parceria Público-Privada, somente o Poder Público pode fazer uso do Poder de Polícia, sendo, portanto, impossível à concessionária concretizar a pretensão do Ministério Público no tocante à retirada das famílias que invadiram a área cedida pela União.

Por se tratar de tema sensível, eis que envolve centenas de famílias desamparadas, foram discutidos alguns temas relativos aos Direitos Humanos e ao Direito Constitucional, especificamente o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos sociais à moradia e à assistência aos desamparados. Como a garantia destes dois últimos cabe ao Estado, entendeu-se que o parceiro privado nada pode fazer a respeito.

Por fim, examinou-se a Ação Civil Pública, do ponto de vista de sua importância jurídica e social e o instituto da ilegitimidade passiva no Direito Processual Civil pátrio. Deste exame, concluiu-se que a solução mais adequada para a empresa concessionária é a alegação de ausência de legitimidade passiva, nos termos do artigo 337 do Código de Processo Civil, e a consequente indicação da União como a única legitimada à condição de ré.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Vade Mecum Tradicional. 29. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

A Rotulagem de Alimentos Geneticamente Modificados: Regulamentação, Direitos Constitucionais e do Consumidor

Bruna Maraccini de Almeida

Fabiana Gomes de Alcantara

Jussara Batista da Silva

Laís Dama Corrêa

Sandro Marcos Godoy

INTRODUÇÃO

A presente monografia traz os direitos acerca da rotulagem dos Organismos Geneticamente Modificados (OGM), popularmente denominados como "transgênicos".

Tal tema foi exposto de forma contextual, desde seu significado biológico, quanto o legal, trazendo arrazoados os elementares pontos relacionados ao Direito Constitucional e Direito do Consumidor.

Imperioso dizer que o assunto é de extrema importância para a sociedade, tendo em vista, os danos que seu consumo pode trazer para a saúde e, seu cultivo para o meio ambiente.

Ademais, a regulamentação obrigatória dos rótulos alimentares serve para proteger os consumidores de comprarem e, consequentemente, consumirem um alimento do qual não conhecem a origem e suas informações nutricionais.

Importante relatar que as elucidações aqui expostas têm como pretensão encorajar os consumidores a se atentarem aos seus direitos esculpidos em nossa legislação, especialmente para que os compradores passem a reivindicar o seu direito de escolha de hora da compra.

Nessa monografia foi empregado o método dedutivo, do qual se traduz em realizar um raciocínio que parte do geral para o particular, com base em premissas para que se chegue a uma conclusão lógica.

Para tanto, foram utilizados livros doutrinários; estudos e artigos acadêmicos; a legislação e a jurisprudência, no intuito de analisar o que vêm sendo decidido sobre o tema nas Instâncias Superiores.

Destarte, esta monografia foi feita para deixar perceptíveis os direitos do consumidor e, consequentemente o dever do fornecedor, a respeito dos alimentos transgênicos.

ALIMENTOS GENETICAMENTE MODIFICADOS

Os alimentos geneticamente modificados, assim são denominados pois em sua composição contem organismos desenvolvidos por técnicas de engenharia genética, que promovem a modificação do DNA natural, onde é feita transferência de genes de um determinado organismo para um outro. Esse procedimento pode dar-se entre animais, vegetais e ainda entre animais e vegetais.

Ainda, é necessário deslindar sobre o que se tem por "alimentos geneticamente modificados", nos termos da Lei 11.105/2005, que trata do assunto.

Tal lei preleciona sobre as normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre o cultivo, a manipulação, o transporte, a produção, a comercialização, o consumo, a construção, a transferência, armazenamento, a pesquisa, a liberação no meio ambiente, a importação e exportação, bem como sobre o descarte de OGM e seus derivados, conforme elucida o artigo 1º, "caput".

Importante informar, que para efeitos da lei, nos termos do artigo 3º, inciso I, trata-se de organismo toda entidade biológica capaz de reproduzir ou transferir material genético, inclusive vírus e outras classes que venham a ser conhecidas.

Sendo que, entende-se por organismo geneticamente modificado aquele cujo material genético tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética, não se incluindo o resultante de técnicas que impliquem a introdução direta, num organismo, de material hereditário, desde que não envolvam a utilização de moléculas de ADN/ARN recombinante ou OGM, inclusive fecundação in vitro, conjugação, transdução, transformação, indução poliplóide e qualquer outro processo natural.

Assim, tem-se por derivado de OGM o produto obtido de organismo geneticamente modificado e que não possua capacidade autônoma de replicação ou que não contenha forma viável de OGM, não se incluindo a substância pura, quimicamente definida, obtida por meio de processos biológicos e que não contenha OGM, proteína heteróloga ou ADN recombinante.

Contudo, é importante relatar que tal lei não se aplica quando a modificação genética for obtida por meio das seguintes técnicas, desde que não impliquem a utilização de OGM como receptor ou doador: formação e utilização de células somáticas de hibridoma animal; fusão celular, inclusive a de protoplasma, de células vegetais, que possa ser produzida mediante métodos tradicionais de cultivo; auto clonagem de organismos não-patogênicos que se processe de maneira natural ou mutagênese.

O processo de legalização dos OGM no Brasil iniciou em 1995, com a Lei 8.974/1995, que tinha por objetivo estabelecer normas de segurança e de fiscalização dos organismos geneticamente modificados; além de criar a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), responsável por analisar a segurança dos OGM no Brasil e emitir pareceres acerca de pedidos de comercialização de OGM.

Entretanto, não foi até o ano de 1998 que a CTNBio emitiu parecer favorável a pedido da empresa internacional Monsanto sobre a comercialização da soja da variedade RoundUp Ready.

Contudo, em razão de liminar concedida ao Instituto de Defesa do Consumidor (Idec) em ação contra a União para proibir o plantio de soja transgênica enquanto não houvessem regulamentadas a comercialização e realização de estudos de impacto ambiental, a empresa não pode iniciar o plantio. Ainda neste ano, foi registrado o primeiro caso de plantio clandestino de soja transgênica no Brasil, no estado do Rio Grande do Sul.

Não foi até o ano de 2003, com o advento da Lei 10.688 de 13 de junho de 2003 que a comercialização da soja transgênica foi autorizada no Brasil, em razão de um plantio ilegal no Rio Grande do Sul com com a soja RoundUp Ready, da Monsanto.

Atualmente, conforme a CTNBio disponibilizou em seu site oficial, em 15 de outubro de 2020, existe uma grande variedade de plantas transgênicas aprovadas para comercialização no Brasil, referentes às culturas transgênicas em solo nacional de soja, algodão, feijão, cana-de-açúcar, eucalipto e milho.

Imperioso dizer que os a contaminação de alimentos, provenientes da introdução de variedades genericamente modificadas, podem ocasionar em conflitos entre agricultores e empresas e entre os próprios agricultores.

Necessário dizer ainda que, o cruzamento diversidades transgênicas cultivadas constantemente lateralmente a convencional, é capaz de ocasionar alterações na natureza do produto, podendo vindo a resultar em prejuízos econômicos e biológicos.

Deste modo, os agricultores não disporão de variedades transgênicas como uma optação extra, tendo em vista que, na produção agrícola conterá as transgênicas e as convencionais contaminadas com o transgene.

Destarte, nesse caso, supre-se o direito de escolha do devedor, haja vista, que não haverá vários nichos no mercado, havendo apenas um.

Esse tipo de tecnologia foi implantado em nosso país com a fundamentação de que haveria uma considerável melhora na produção agrícola, ou seja, esta aumentaria consideravelmente, além de uma suposta solução para a escassez de alimentos.

No entanto, a modificação genética de tais alimentos pode causar diversos danos, nas mais diferentes áreas, incluindo: saúde pública; meio ambiente e também na própria agricultura.

Considerando que o Brasil é um dos grandes produtores agrícolas na exportação de alimentos, o não estudo correto e a falta de desenvolvimento sustentável podem, inclusive, trazer problemas econômicos para o país, comprometendo o mercado em geral.

Concernente à saúde, os alimentos transgênicos podem causar alergias, resistência a alguns tipos de medicamentos entre outros problemas relacionados a imunidade, por exemplo.

No que tange ao meio ambiente, os danos são de proporções mais graves, visto que a transgenia da plantação pode levar a uma evolução das pragas e ervas daninhas, naturais de qualquer plantio, ou seja, as pragas já existentes têm uma grande probabilidade de se tornarem mais fortes o que acarretaria em uso mais abundante de fungicidas e pesticidas, levando a uma maior degradação do meio ambiente em um período mais curto de tempo.

Por fim, há o fato de que as empresas fornecedoras das sementes transgênicas são também as responsáveis pela fabricação dos herbicidas utilizados para manter a eficácia do plantio. São empresas de biotecnologia, como é o exemplo da Monsanto, com sede nos Estados Unidos da América, que protegem seus produtos por patentes e vedem de forma conjunta suas sementes e herbicidas.

Ademais, iremos discorrer acerca dessas e outras questões ao longo desta pesquisa.

RASTREABILIDADE

Acerca do procedimento técnico realizado para que se possa saber a origem e quantidade do organismo modificado, assim denominado rastreabilidade, a Instrução Normativa Interministerial n° 01/2004, complementar ao Decreto 4.680/2003, elucida no item 1.1.1 de seu anexo que:

> A verificação do limite do OGM no produto será efetuada com base na quantificação do Ácido[7] – ADN inserido ou da proteína resultante da modificação genética ou, ainda, de outras substâncias oriundas da modificação genética, por métodos de amostragem e de análise reconhecidos pelos órgãos competentes.

De maneira a facilitar a rastreabilidade, a referida Instrução Normativa também trouxe expresso nos itens 3.1.2 e 3.3, sucessivamente, que o nome científico da espécie doadora do gene utilizado para realizar a modificação expressiva no OGM

deverá ser informado no rótulo do produto, devendo também constar do documento fiscal deste acerca da sua transgenia em todas etapas da cadeia produtiva.

Contudo, o problema que reside sobre a rastreabilidade quando relacionado aos produtos do gênero alimentício destinado ao consumo humano e animal, reside no processo de produção de tais alimentos, que são processados industrialmente por demasiadas vezes em diferentes etapas.

Em razão da existência de diversos processos fabris na fabricação do produto final, as características analisadas para determinar a origem e quantificação percentual de OGM se perdem com o ultra processamento do alimento, o que resulta em óbices na análise laboratorial para a identificação e a precisa informação se aquele produto contém ou não componentes dessa natureza, e em quais quantidades; tornando a rastreabilidade praticamente impossível se não houver uma iniciativa da própria empresa em declarar tal informação sem que seja provocada por decisão no judiciário.

Neste sentido, leciona Flavio Finardi Filho:

> A metodologia da PCR requer a presença de quantidades expressivas de DNA íntegro para o desenvolvimento adequado das reações. Possui limitações de emprego em alimentos e matérias-primas submetidas a processamento térmico intenso, no qual o DNA apresenta-se degradado, ou que tenham passado por processos de purificação [...] Portanto, o processamento reduz a eficiência das provas de detecção de OGM, mas estas podem ser constatadas nas matérias-primas originais, mantendo assim a capacidade de rastreabilidade, caso seja necessária sua identificação. (In: FILHO, 2012, p. 127)

Portanto, somente por análise laboratorial seria possível a constatação da presença ou não de um OGM em um produto alimentício disponibilizado comercialmente, sendo então de expressa importância a rastreabilidade e rotulagem independentemente da porcentagem transgênica na composição, como maneira de garantir os direitos do consumidor quanto à sua liberdade de escolha, informação, saúde e os relativos à coletividade, como o da preservação ambiental, do qual iremos discorrer em breve.

Ademais, como sugerido por Flavio Filho e disposto no item 3.3 do anexo da Instrução Normativa Interministerial n° 01/2004 já mencionado acima, uma forma de garantir a rastreabilidade seria realizar a análise laboratorial diretamente na matéria prima utilizada para produzir o alimento transgênico, sendo garantido que a constatação da transgenia constaria do documento fiscal durante todas as etapas de produção do alimento.

DIREITOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988, promulgada democraticamente, tem como um de seus objetivos a construção de uma sociedade livre e democrática, pautada no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, entre outros direitos e garantias fundamentais.

A nossa Constituição é um guia para nossa sociedade, com base nela nos organizamos política e socialmente, onde se tutela com mais vigor a proteção do bem comum, e dos direitos das coletividades como um todo.

A partir do movimento constitucionalista, passou-se a garantir as liberdades, onde posteriormente surge os direitos fundamentais com uma Carta Magna de caráter mais asseverado no que diz respeito a essas questões.

DO DIREITO À LIBERDADE

A Carta Magna traz, no artigo 5º, XIV, o direito de liberdade à informação, sendo um direito fundamental, em interpretação ampla ao ser aplicada aos consumidores.

> 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:
>
> XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Tal artigo é proveniente do princípio da transparência que diz que a informação deve ser cognoscível e disponível a sociedade.

O direto a liberdade, garantido pela nossa Constituição em seu artigo 5°, "caput", é um dos direitos fundamentais garantidos à pessoa humana, como meio de uma vida digna e igualitária.

A liberdade, em si é uma forma de garantir a participação ativa do indivíduo na sociedade democrática em que vivemos. Esse é o direito que regula entre outras coisas a obtenção e também a dissimilação das informações.

A liberdade é guarnecida e estimulada pelo Estado democrático de Direito, implantando medidas que assegurem igualdade entre todas as pessoas, a democracia também é o meio de soluções conflituosas entre diversas pretensões que são nada menos do que uma consequência do direito à liberdade.

DO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde, por sua importância tem seu espaço garantido na tutela constitucional, estando disposto nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal de 1988. De acordo com o "caput" do artigo 196 da CF de 88, "a saúde é direito de todos e dever do Estado", que deve ser garantido por meio de políticas públicas entre outros esforços do Poder Público para que se faça valer a determinação constituição, garantido saúde a toda a população.

Sabe-se também que a saúde é um direito social assegurado a todos e um dever do Estado esculpido no caput do artigo 6º da Constituição Federal.

> 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.

Trata-se de um direito individual e ao mesmo tempo coletivo, assegurado por políticas sociais e econômicas, e com isso o Estado deve promover de forma ostensiva a recuperação, proteção e promoção da saúde.

Deve também haver esforços para fazer cumprir as ações preventivas elencada no artigo 198, inciso II da Constituição Federal, pois esta demostra-se como prioridade na área da saúde.

A principal vantagem apontada para o uso de organismos geneticamente modificados reside em estes serem resistentes a pestes e herbicidas, o que resultaria em safras mais produtivas, por não serem prejudicadas por pragas, insetos ou outros agentes biológicos que possam prejudicar a produção.

Sobre isto, Nobrega elucida que:

> As proteínas que conferem resistência ao glufosinato de amônio e ao glifosato, herbicidas mais seguros que a maioria em uso pelos agricultores, e os genes correspondentes têm sido os mais usados para obter soja, milho ou algodão resistentes aos respectivos herbicidas. (In: NOBREGA, 2012, p. 291)

Entretanto, em razão da resistência dos OGM ao uso de herbicidas, o efeito gerado na produção agrícola tem sido o aumento de uso de agrotóxicos nas plantações, conforme apontou estudo realizado por pesquisadores brasileiros acerca do uso de agrotóxicos entre os anos 2000 e 2012, após aprovação do uso de Organismos Geneticamente Modificados no Brasil.

Tal estudo revelou que, ao contrário do esperado, o padrão de uso de agrotóxicos nas produções agrícolas aumentou em 1,6 vezes após a introdução dos OGM, contudo, esse aumento não condiz com o aumento da produtividade ou da população (Tabela 1).

Tabela 1. Crescimento cumulativo (Δ) e taxa de crescimento anual composto (TCAC) do uso de agrotóxicos, produtividade agrícola e população do Brasil entre 2000 e 2012.

Indicadores	2000	2012	Δ	TCAC
Uso total de agrotóxicos (t)	313.824	823.226	162,32%	8,37%
Uso total de agrotóxicos per capita (kg/habitantes)	1,89	4,24	124,67%	6,98%
Uso total de agrotóxicos por área (kg/ha)	6,09	15,97	90,31%	8,37%
Produtividade (kg/ha)	9,70	14,62	50,71%	3,48%
População brasileira (habitantes)	166.112.518	193.946.886	16,76%	1,30%

Fonte: ALMEIDA, Vicente E. Soares de. *et al*. **Uso de sementes geneticamente modificadas e agrotóxicos no Brasil: cultivando perigos**. *In*: Ciência & Saúde Coletiva. Associação Brasileira de Saúde Coletiva, 2017, Rio de Janeiro. p. 3333-3339. Disponível em: https://www.scielosp.org/article/csc/2017.v22n10/3333-3339/pt/#

Como pode-se notar, enquanto a taxa anual do total do uso de agrotóxicos por habitante aumentou 6,98%, a taxa de produtividade anual subiu apenas 3,48%, durante todo período analisado, o que evidencia que o uso de agrotóxicos não estaria ligado com o aumento da produção.

Ocorre que há argumentos na comunidade científica de que o uso de alimentos transgênicos pode não fazer bem para a saúde, relatando que que tais alimentos cooperam para o aumento de alergias e demais problemas de saúde.

Dizem ainda que auxiliam para a diminuição de alimentos tradicionais, aumentando mais ainda os riscos à saúde; além de que a modificação genética provocaria reação na cadeia e, por conseguinte, ocasiona em resistência, trazendo grandes danos, citando, à título de exemplo: esterilidade, alteração na formação de órgãos, doenças hematológicas e cânceres.

Ainda, apesar de não haver consenso entre pesquisadores na área científica, estudos recentes têm ligado o uso de herbicidas ao desenvolvimento de câncer em pessoas diretamente expostas ao uso, como trabalhadores rurais.

Exemplificando a questão, podemos mencionar um estudo publicado em fevereiro de 2019 por um grupo de pesquisadores americanos na área de biotecnologia, acerca do uso de glifosato, atualmente o agrotóxico mais usado no mundo – e no Brasil –, desenvolvido pela empresa multinacional Monsanto.

Em pesquisa realizada em 2019 por pesquisadores na área da saúde – e coordenada por Luoping Zhang, PhD em Toxicologia Bioquímica e professora adjunta de toxicologia na Escola de Saúde Pública da Universidade da Califórnia, nos Estados Unidos, desde 1992 – em que foram usados grupos com maior exposição aos herbicidas a base de glifosato, os pesquisadores chegaram à conclusão que os grupos com maior exposição à substância possuíam 41% (quarenta e um por cento) a mais de riscos de desenvolver um Linfoma Não Hodgkin, um câncer que tem origem no sistema linfático.

Contudo, a Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos (EPA), órgão federal de proteção ao meio ambiente e saúde humana, publicou em janeiro de 2020 uma decisão refutando o referido estudo, em razão da publicidade que este atingiu na mídia, alegando que:

> A EPA avaliou minuciosamente potenciais riscos à saúde humana associados à exposição ao glifosato e determinou que não existem riscos à saúde humana provenientes dos usos registrados atualmente e que o glifosato provavelmente não é carcinogênico a humanos. (EPA, 2020, p. 10, tradução nossa)

Ainda, de acordo com pesquisas do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, a ingestão de produtos elaborados a base de OGMs pode levar a um quadro de resistência aos medicamentos antibióticos, com a perda ou redução de sua eficácia, visto que quando da elaboração do produto geneticamente modificado é inserido bactérias resistentes ao tipo medicamentoso aqui mencionado. O que representa demasiadamente riscos à saúde pública.

Apesar deste impasse, a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 6°, *caput*, a saúde como um dos direitos fundamentais e sociais sob sua proteção, como evidenciado também no *caput* do artigo 196, ao declarar que "a saúde é direito de todos e dever do Estado".

Nessa exegese, não poderia o Estado pôr à frente do direito de proteção à saúde da coletividade – e assim se correlacionando ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao passo que a proteção à saúde promoveria uma vida digna – os ideais de desenvolvimento econômico sob alegações de vantagens na produção de alimentos transgênicos, quando a consequência seria expor a saúde de trabalhadores rurais a um composto químico relacionado ao desenvolvimento de câncer.

DA SUSTENTABILIDADE

A sustentabilidade é conhecida pela capacidade de um ecossistema atender às necessidades de uma população que nela vive, sendo assim, os tratamentos dos recursos ambientais naturais passam pelo atributo da mesma. Mediante a sua grande abrangência no que tange o meio ambiente, há grande necessidade de preservação do mesmo já que sua deterioração traz consequências, como por exemplo, a diminuição da capacidade econômica do país levando a perda de qualidade de vida das próximas gerações.

Em meio, a abrangência da sustentabilidade ambiental, traz a atenção à importância da proteção do meio ambiente, sendo assim, também do direito ambiental que tem como objetivo garantir a preservação e melhorias de elementos físicos e, ou químicos que lhe torna possível, em função de uma qualidade de vida melhor.

Com a produção dos alimentos geneticamente modificados foram levantadas questões em relação aos impactos que os mesmos podem causar a saúde de seus consumidores, da mesma forma tem-se levantado questões em relação ao impacto ambiental que estes também trazem, muito embora seu uso tenha apoio de uma maioria absoluta da comunidade.

Através do princípio da equivalência substancial tem sido autorizado que estas plantas geneticamente modificadas sejam cultivadas com fins comerciais, sem nem mesmo passar por análises longas em quantidade e qualidade adequadas, para serem consideradas seguras e realmente saudáveis.

Com a produção destes alimentos há riscos ambientais de forma direta sobre o solo, a água e aos seres vivos e de forma indireta há o risco de transferência horizontal, também conhecida como transferência lateral, que, trata-se da transferência do DNA de uma determinada espécie para outra por meios ainda não conhecidos por completo.

Desta forma, há ameaças ambientais tanto nas propriedades do alimento transgênico, por haver efeitos colaterais mediante a inclusão de um genótipo novo, quanto na sua transferência em outras espécies por expô-las a agentes tóxicos.

Diante do fato de que, o Brasil possui diversas espécies de plantas de natureza transgênica, bem como apresenta muitas regiões com grande variabilidade genética no cultivo, isso torna mais difícil a avaliação correta dos riscos em potencial.

Sustentabilidade na Produção dos Alimentos

Para que seja adotada a produção de alimentos transgênicos há dois princípios utilizados, o princípio da equivalência e o da precaução.

O princípio da equivalência é uma posição defendida pelos que são totalmente a favor da produção dos OGM's, pela qual o alimento transgênico é, de modo substancial, idêntico ao alimento convencional.

Já o princípio da precaução trata-se da exigência em relação a prevenção de riscos que podem vir a serem causados. Esta prevenção é feita através de rígidas normas de produção e utilização dos OGM's, incluindo a rotulagem para que haja total transparência com o consumidor, expondo a informação necessária.

Todavia, há outras formas de atingir a produtividade sem trazer riscos à saúde e ao meio ambiente. Segundo Altier, não haverá redução dos agrotóxicos ou benefícios para a população no uso da tecnologia dos transgênicos. Para ele, o enfoque deveria ser para uma agricultura sustentável, baseada na agroecologia, com preocupação ambiental, segurança alimentar e melhoria da renda dos agricultores, principalmente dos agricultores familiares, para quem os transgênicos nada teriam a oferecer. (ALTIERI, 2004, p. 260).

A sustentabilidade na agricultura traz discussões mediante as implicações socioeconômicas trazidas para a humanidade, mas, como citado por Graziano da Silva:

a importância maior do movimento por uma agricultura sustentável não está na sua 'produção da produção', mas na 'produção de uma nova concepção' de desenvolvimento econômico (SILVA, 2003, p. 05).

Após a sustentabilidade tornar-se diretamente ligada a existência da humanidade em longo prazo e a utilização dos recursos da natureza de forma conscientizada, o desenvolvimento sustentável se sobrepôs ao crescimento econômico.

DO MEIO AMBIENTE

A nossa Constituição Federal, tem destaque internacional quando o assunto é proteção ao meio ambiente, tendo ela oferecido uma boa parcela da tutela constitucional, a essa questão tão importante, e que merece esforços do mundo todo.

O direito a um meio ambiente saudável e preservado, tem relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois todos nós dependemos de um ambiente equilibrado para que possamos sobreviver.

Com a percepção do da relevância social do meio ambiente, esse patrimônio como já foi dito acima, passou a receber um tratamento especial, e depois da tutela constitucional, passou também a ser protegido no âmbito infraconstitucional também.

Em seu artigo 23 a nossa Carta Magna trata dos entes responsáveis pela preservação e proteção de nosso bem maior, o meio ambiente, e logo em seguida no artigo 24 atribui as competências para a legislatura pertinentes as questões ambientais. Por fim, temos o artigo 225 da CF de 1988, que preleciona a preocupação que os cidadãos devem ter, e assim não só se posicionarem como detentores do direito, mas sim como defensores desse bem comum.

> Art. 225. 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.

Desta forma, identificamos que o direito ambiental é transindividual, ou seja, é de responsabilidade da comunidade como um todo e não somente de um indivíduo; cabe a todos cuidar, preservar e defender o meio ambiente pelo qual desfrutamos.

Significativo dizer que o dever da preservação, que decorre do direito em debate, é do Estado e da sociedade, tendo em vista que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo. Dentro deste item abordado, nota-se que para que este direito seja assegurado, o Poder Público deve "preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético", conforme cita-se no inciso II deste mesmo artigo. Entende-se que é necessária, para o bem e efetividade do direito ambiental, também, cuidar do patrimônio genético de seus alimentos, plantios, solos e em casos, como dos alimentos geneticamente modificados, deve haver fiscalização severa deste material já que este direito não é exclusivo de alguns e sim de todos.

Contudo, é importante relatar, que os transgênicos apresentam malefícios ao meio ambiente, colocando em risco seu equilíbrio.

Um dos malefícios é de que na manipulação da comutação dos organismos, acabam por serem desprezadas no meio ambiente, se não for realizado de forma correta, pode se ajuntar a outro organismo, prejudicando assim o meio ambiente.

Um dos malefícios se encontra nas plantas transgênicas, que quando a plantação em grande escala, pode ocasionar em disseminação de transgenes, consequentemente trazendo efeitos sobre os componentes da biodiversidade, podendo ser irreversíveis, sendo decorrentes das propriedades específicas de cada transgene.

A implantação de uma diversidade transgênica em um grupo de plantas pode promover numerosos sequelas indesejáveis, citando, à título de exemplos: a transformação na dinâmica populacional ou, ainda a supressão de espécies não domesticadas; a exposição de espécies a novos patógenos ou agentes tóxicos; a parada na reciclagem de nutrientes e energia; a formação de super plantas daninhas ou superpragas e poluição genética.

Como riscos ao meio ambiente, pode-se ocorrer eliminação de espécies animais e microrganismos do ecossistema, contaminação de espécies naturais através da troca de pólen com plantas transgênicas, geração de um vírus novo causando doenças para os vegetais, para os animais e até mesmo para pessoas, bactérias infecciosas e genes resistentes a antibióticos.

Temos ainda o risco de contaminação do solo por pesticida já que no Brasil o uso de agrotóxicos e o cultivo dos alimentos transgênicos andam juntos. Desde 2010, o Brasil é o país com maior uso de agrotóxicos com média de mais de cinco quilos para cada brasileiro por ano e, junto ao crescimento da produção dos alimentos transgênicos, houve um grande crescimento no uso de pesticidas.

A Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) foi criada com o intuito de regulamentar os incisos II e V do artigo 225 da CF de 1988, estabelecendo assim normas para o uso da engenharia genética e a forma de liberação dos organismos geneticamente modificados no meio ambiente.

De acordo com Guerrante:

> A engenharia genética consiste num conjunto de técnicas que visam transferir genes de uma espécie para outra, alterando-se assim, estrutura genética desta, porém não se sabe ao certo quais são todas as consequências que podem surgir com o uso dos OGM's. Alguns riscos passaram por análises, mas ainda assim há necessidade de pesquisas minuciosas a este respeito. (GUERRANTE, 2003, p. 02).

Nesse viés, uma das formas de proteção do meio ambiente é a realização de estudos acerca dos impactos ambientais, causados pela transgenia e a evolução da engenharia genética, o que atualmente é realizado pela Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), tudo em conformidade com a Resolução n° 01/86 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONOMA). A resolução em questão, atribui competência para a CTNBio elaborar o parecer prévio e conclusivo, que tem a finalidade de autorizar ou não a liberação do transgênico.

A disseminação dos OGMs e sua utilização na agricultura, alimentação e saúde ainda é um assunto polêmico, visto que se coloca em risco a saúde e o meio ambiente, duas ceraras de muita importância para o Estado brasileiro.

DIREITOS DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor, criado em 1990 como meio de regulamentar as relações consumeristas – em especial para proteger o consumidor como parte hipossuficiente desta relação –, traz em suas normas diversas disposições constitucionais, das quais serão abordadas ao decorrer desta monografia, tendo especial destaque o preceituado acerca dos princípios da liberdade e do direito à informação.

O Código tem como um de seus princípios o da vulnerabilidade, diante do fato de que o consumidor é a parte mais fraca da relação de consumo e, se encontra elucido no inciso I do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor.

> 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

Tal princípio tem relação com a rotulagem de alimentos, afinal, o consumidor é mais frágil tecnicamente, haja vista não possuir acesso os processos de produtividade da mercadoria, isto é, ele desconhece a fabricação do produto que por ele será consumido.

DO DIREITO À INFORMAÇÃO

A nossa Constituição Federal assegura ao consumidor o direito à informação clara e precisa, elencando ainda esse direito no rol de Direitos e Garantias Fundamentais. Nota-se tamanha importância do direito à informação para com o consumidor.

Tal medida é válida para entre outras coisas, assegurar a dignidade da pessoa humana, visto que é um direito do consumidor saber o que ele consome e, assim, poder escolher os produtos sabendo de sua composição e riscos oferecidos a sua saúde entre outros aspectos.

A informação adequada e clara é o direito prelecionado no artigo 6°, inc. III, do Código de Direito do Consumidor, adicionado pela Lei 12.741/2012, fazendo consequentemente surgir o dever do fornecedor de informar.

Assim dispõe o referido artigo:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> [...]
>
> 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;

Sendo assim, quando um produto apresentar algum componente nocivo a saúde do consumidor é de responsabilidade do fornecedor alertar sobre essa possibilidade. Com as devidas informações, cabe ao consumidor decidir se quer ou não aquele produto, tendo em vista a possibilidade de danos a sua saúde.

Tal artigo dispõe sobre os direitos básicos, ou seja, os direitos tidos como sustentáculos do sistema de resguardo trazido no ordenamento jurídico consumerista. Esses direitos são primordiais para atuar frente à vantagem técnica que possui o fornecedor.

O direito prelecionado no inciso III endossa exatamente o direito básico à informação clara e adequada acerca dos produtos e serviços, efetivando a translucidez no mercado consumerista.

O direito da informação adequada e clara em testilha provém da vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, levando o legislador a impor uma proteção necessária no mercado de consumo.

Sobre o assunto, leciona Fabrício Bolzan:

> [...] o dever do fornecedor de informar é um dos deveres anexos, laterais ou secundários da relação de consumo. É desse sujeito da relação tal dever, pois se presume ser ele o expert, o detentor do monopólio dos meios produtivos. Assim, se por um lado é dever do fornecedor informar, por outro é direito básico o do consumidor ser informado, mesmo porque este é sujeito vulnerável da relação jurídica de consumo. (BOLZAN, 2014, p. 176)

O dever da informação assegura a transparência da relação de consumo, atuando diretamente na liberdade de escolha, haja vista que, com a informação, o consumidor poderia escolher o produto ou serviço que melhor lhe atender, evitando o consumo adquiridos de maneira equivocada, diante da falta de informação.

Ao falar no direito à informação, é imperioso relatar que este também se encontra ligado ao princípio da transparência previsto no artigo 4º, IV do CDC. Tem-se por este princípio o de que o fornecedor tem o dever de dar ao consumidor total e antecipado conhecimento a respeito dos produtos e serviços ofertados.

Deste modo, cabe ao fornecedor, parte forte da relação de consumo, dispor as informações indispensáveis sobre a mercadoria, tendo em vista que é a pessoa que conhece a linha de produção, bem como os recursos materiais e humanos empregados nela.

Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada. Diante disso, o comando do art. 6º, III, do CDC, somente estará sendo efetivamente cumprido quando a informação for prestada ao consumidor de forma adequada, assim entendida como aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor. (STJ – 3ª Turma – Resp 1.144.840/SP – Rel. Min. Nancy Andrighi – julgado em 20.03.2012)

O artigo 31, caput, do Código de Defesa do Consumidor preceitua ainda que as informações deverão ser corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa, no tocante as suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados.

> Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Além disso, a informação não deve ser prestada de qualquer maneira, deve ser verdadeira, suficientemente clara e de fácil entendimento, não bastando apenas a simples disposição da informação. O consumidor deve entender de pronto o que está dentro da embalagem, sem entrelinhas. Deste modo, as informações devem ser sem a utilização de termos vagos, que possam ocasionar em dúvidas, em letras de fácil visibilidade, isto é, o consumidor deve ser capaz de ler e assimilar, sem dificuldades.

Diante da premissa do direito à informação do consumidor, temos a tramitação do Projeto de Lei n° 34/2015, que tem o intuito de retirar o símbolo responsável por identificar mais facilmente os produtos de origem transgênica dos demais produtos.

Tal atitude fere claramente o direito à informação, tendo em vista que para identificar esses produtos nas prateleiras dos estabelecimentos, o consumidor deverá demandar de um pouco mais de tempo e atenção. Isso porque o símbolo identificador com a letra T será substituído pela frase "contem transgênico"; e produtos de origem animal, que quando de sua criação foram alimentados com rações de origem modificadas, não receberão mais a rotulagem o identificando como possível alimento transgênico.

Claramente estamos diante de uma violação do direito a informação, visto que com a mudança na legislação, o consumidor deverá encontrar mais dificuldades para identificar tais produtos, podendo consumir um alimento de origem desconhecida e que lhe ofereça riscos.

Conclui-se que a informação é o ponto crucial na relação de consumo, logo por ser o consumidor a parte mais frágil da relação, a ele deve ser prestada toda e qualquer informação. Isso demonstra-se como a medida mais justa e plausível levando em consideração a saúde e o respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Outrossim, o direito à informação demonstra-se como uma ferramenta para a proteção da vida, saúde pública e segurança.

DO DIREITO À LIBERDADE DE ESCOLHA

Como um dos princípios fundamentais da República, a liberdade aparece nos primeiros artigos da Constituição Federal de 1988: no artigo 1°, inc. IV na forma

da livre iniciativa, no artigo 3°, inc. I como objetivo na construção da sociedade brasileira e no caput do artigo 5°, como garantia fundamental inviolável a todos.

Assim, consequentemente, conclui-se pela proteção da liberdade do consumidor em suas relações, em especial a liberdade de escolha, da qual, quando ao tocante da rotulagem de produtos disponíveis para consumo que contenham alimentos transgênicos, para que haja a manutenção deste direito:

> [...] o Estado deverá intervir quer na produção, quer na distribuição de produtos e serviços, não só para garantir essa liberdade como para regular aqueles bens que, essenciais às pessoas, elas não possam adquirir por falta de capacidade de escolha. (NUNES, 2015, p. 85).

Ainda, o artigo 6º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor preleciona sobre o direito de liberdade de escolha como sendo um dos direitos básicos garantidos pela norma: "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, **asseguradas a liberdade de escolha** e a igualdade nas contratações; [...]. (grifo nosso)"

Tal liberdade esculpida no inciso é de que o consumidor não pode ser coagido a mercar determinado produto, ou seja, o comprador deve possuir integral liberdade para deliberar sobre qual produto deseja consumir.

Nada mais é do que o direito do consumidor, ao ter conhecimento de que o alimento é transgênico, de deliberar se quer ou não adquirir o produto.

A rotulagem, nesse aspecto, mostra-se essencial para auxiliar o consumidor efetuar seu direito de escolha, visto que por meio dela é possível obter as principais informações do produto, garantindo assim um grau maior de segurança para a população em modo geral.

Neste diapasão, leciona Elenilza Vieira (2016):

> Essa questão de rotulagem na identificação de embalagens dos transgênicos é um ponto que merece bastante destaque, para que o consumidor possa visualizar e determinar se adquire ou não aquele produto, também, é uma forma de exigir o cumprimento do CDC ao qual determina que as informações sejam seguras e precisas

Portanto, é certo afirmar que a rotulagem dos alimentos transgênicos nada mais é apenas puro exercício do direito do consumidor ao permitir que este analise se deseja obter, e consumir, o produto sob aquelas características e qualquer tipo de omissão, como a desobrigação da rotulagem de transgênicos, seria direta violação ao direito de liberdade de escolha.

ROTULAGEM DOS ALIMENTOS GENETICAMENTE MODIFICADOS

A rotulagem dos alimentos transgênicos, dá-se pela importância de fazer cumprir o direito à informação garantido ao consumidor, por nossa Constituição Federal, em seu rol de direitos e garantias fundamentais.

Além de garantir um direito protegido pela Constituição, a rotulagem garante transparência e o direito de escolha ao consumidor, uma vez que a transgenia dos alimentos causa riscos a saúde e ao meio ambiente. Com base nas informações prestadas no rotulo, o consumidor poderá decidir com segurança se o produto que pretende levar para seu consumo é seguro para sua saúde.

No que concerne à rotulagem, tem-se a obrigatoriedade de conter em seus rótulos, os alimentos e ingredientes alimentares que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados ou derivados, designados ao consumo humano ou animal.

Assim é a dicção do artigo 40 da lei em testilha: "Art. 40. Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento."

Ainda, a rotulagem obrigatória, deve informar aos consumidores além da presença de OGM, a qualidade do produto, informações estas que devem ser taxadas em lei próprias para exigir a contraprestação dessas informações aos consumidores, por parte da indústria alimentícia.

LEGISLAÇÃO ESTADUAL E FEDERAL

No ano de 2005, em substituição à Lei 8.974/1995 e Lei n° 10.688 de 2003, foi publicada a Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) que estabeleceu, dentre outras coisas, as normas de segurança e fiscalização de todas atividades envolvendo Organismos Geneticamente Modificados e derivados, reestruturou a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) e criou Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS) e a Política Nacional de Biossegurança (PNB)

Com a publicação da Lei de Biossegurança houve a revogação da Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, que antes também regulamentava sobre as normas de segurança e fiscalização dos OGM, como uma tentativa de unificar a legislação em âmbito nacional.

Como se vê da redação do artigo 40 da Lei 11.105/2005, este também trouxe disposição acerca da rotulagem, ao dizer que "Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento. "

Apesar de anterior à Lei de Biossegurança, o Decreto nº 4.680/2003, que regulamenta o direito à informação no que é pertinente aos alimentos e ingredientes alimentares que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, destinados ao consumo humano ou animal, foi considerado por esta e ainda está em vigência. Este é o decreto que trouxe como critério de rotulagem de alimentos transgênicos, no artigo 2º, "caput", que na comercialização de tais alimentos somente se estes contassem com a presença acima do limite de um por cento do produto, então deveria constar da informação no rótulo.

Imperioso informar ainda que, tem o Estado de São Paulo a Lei 14.274 de 16 de dezembro de 2010 dispondo sobre a rotulagem quando, na comercialização de produtos designados a consumação humana ou animal, ou empregados na agricultura, é necessária a existência de informação exposta para os consumidores no tocante a sua origem for verificada a presença de organismo transgênico em proporção igual ou superior ao limite de 1%, com a seguinte classificação: "transgênico".

Para uma maior comodidade aos consumidores e em respeito a seu direito a informação, os produtos comercializados a granel, também devem conter tal informação. Nesse caso ela estará disposta nos rótulos das embalagens e dos recipientes onde estiver contido os produtos transgênicos.

O dispositivo estadual ainda preleciona, no § 2º do artigo 1º, que o consumidor precisará ser avisado sobre a espécie doadora do gene "[...] no local reservado para a identificação dos ingredientes. "

A lei ainda dispõe que, as informações prestadas devem ser visíveis, facilitando assim a compreensão de sua composição, procedência e origem, bem como se é derivado de organismos transgênico ou não.

Ainda de acordo com a Lei 14.274/2010, os estabelecimentos que comercializar produtos de origem transgênica, devem ter local próprio e específico para estes produtos não podendo eles serem acondicionados em meio a produtos de origem não transgênica, para evitar confusão por parte dos consumidores. E, se houver a falta da informação no rotulo do produto, indicando a transgenia do

mesmo, a situação seria passível de medida cautelar ocasionando a apreensão do produto e a suspensão da venda.

A lei em testilha difere da lei federal no tocante a proporção para a obrigatoriedade em rótulos.

Enquanto o diploma federal determina a rotulagem de produtos que contenham organismo geneticamente modificado superior a 1%, à norma paulista elucida a necessidade do rótulo se conter igual ou superior a 1%.

Vejamos:

> **Artigo 1º** - Na comercialização de produtos destinados ao consumo humano ou animal, ou ainda utilizados na agricultura, é obrigatória a presença de informação visível para os consumidores a respeito de sua origem e procedência quando for constatada a presença de organismo transgênico em proporção igual ou superior ao limite de 1% (um por cento), com a seguinte classificação: "transgênico".
>
> **§ 1º** - Nos produtos embalados ou vendidos a granel, ou ainda "in natura", nos rótulos das embalagens ou dos recipientes em que estão contidos deverá constar, em destaque, no painel principal e em conjunto com o símbolo definido pelo Ministério da Justiça (T), uma das seguintes expressões:
> **I** -"(nome do produto) transgênico";
> **II** - "contém (nome do ingrediente ou ingredientes) transgênico(s)";
> **III** - "produto produzido a partir de (nome do produto) transgênico".

Diante dessa divergência, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 4.619 em face do Estado de São Paulo, sob a argumentação de que a norma estadual, acima comentada, seria inconstitucional, tendo em vista que exorbitaria a sua competência para preceituar sobre produção e consumo e proteção e defesa da saúde, ao instituir regras de exigência de rotulagem, alicerçado de limites e parâmetros próprios.

Contudo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, julgar improcedente a ADI.

NORMAS SOBRE A ROTULAGEM

O Decreto nº 4.680/2003 regulamenta o direito à informação no que concerne aos alimentos e ingredientes alimentares que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, destinados ao consumo humano ou animal. Elucida no artigo 2º, "caput" que a comercialização de tais alimentos, que contarem com a presença acima do limite de um por cento do produto, deverá ser o consumidor informado da natureza transgênica desse produto.

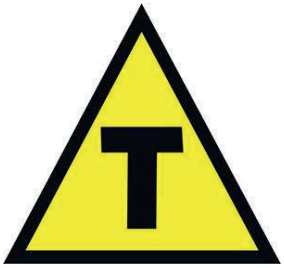
Já o § 1º do artigo em testilha preleciona que o recipiente utilizado para conter tais produtos ou o rótulo da embalagem deve constar, em destaque, no painel principal e em conjunto com o símbolo a ser definido mediante ato do Ministério da Justiça.

Nos termos acima, ficou estabelecido, através da Portaria nº 2.658/2003 do Ministério da Justiça, que o símbolo seria composto de um triângulo equilátero, tendo suas bordas em cor preta, comportando dentro a letra T, também em preto e deverá ser baseada na família de tipos Frutiger bold em caixa alta. O padrão do símbolo, em caso de impresso de policromia, deverá ser com a cor do fundo interno do triângulo amarela e com as bodas em preto.

É importante relatar que em caso de impressão em preto e branco, o fundo do triângulo deverá ser branco com as bordas em preto. No que tange as dimensões o símbolo deverá ocupar uma área de, no mínimo, 0,4% da área do painel principal, não podendo ser inferior a 10,82531mm2 (ou triângulo com laterais equivalentes a 5mm).

Tais disposições acerca do símbolo a ser utilizado para representar a presença de transgênicos resultou na imagem abaixo:

Figura 01 – Símbolo atribuído para identificação de alimentos transgênicos



Fonte: Portaria n° 2.658, de 22 de dezembro de 2003 do Ministério da Justiça

Vale-se dizer que da embalagem, o rótulo deverá constar uma das seguintes expressões, dependendo do caso: " (nome do produto) transgênico", "contém (nome do ingrediente ou ingredientes) transgênico (s) " ou "produto produzido a partir de (nome do produto) transgênico".

Por fim, na Instrução Normativa Interministerial n° 01/2004 os Ministros da Casa Civil, da Justiça, da Saúde e da Agricultura, Pecuária e Abastecimento ficaram estabelecidos os procedimentos complementares ao Decreto 4.680/2003 quanto à

rotulagem dos alimentos e ingredientes comercializados para consumo humano e animal, deixando de forma expressa no item 3.1.1 de seu anexo que os produtos alimentícios com presença de OGM superior a 1% do produto deverão apresentar em destaque acerca desta informação em conjunto com o símbolo que ficou definido pela Portaria nº 2.658/2003 pelo Ministro de Estado da Justiça para identificação de produtos transgênicos.

JURISPRUDÊNCIA

Apesar do tema não ter expressa notoriedade na área jurídica, após a publicação da Lei de Biossegurança pôde se notar que, particularmente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem se manifestado de maneira favorável à rotulagem dos transgênicos, inclusive independentemente da quantidade presente nos produtos disponíveis à comercialização, alegando violação do direito à informação quando da ausência na embalagem.

Neste sentido, tem-se a posição jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÓLEO DE SOJA. PRODUTO PRODUZIDO A PARTIR DE ORGANISMO GENETICAMENTE MODIFICADO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO NO RÓTULO DA MERCADORIA. DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR VIOLADO. OBRIGAÇÃO DE INSERIR SÍMBOLO E A EXPRESSÃO "CONTÉM SOJA TRANSGÊNICA" OU "PRODUTO PRODUZIDO A PARTIR DE SOJA TRANSGÊNICA" NO RÓTULO DA EMBALAGEM DOS ÓLEOS DE SOJA. VALOR DA MULTA COMINATÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. Recurso interposto contra a sentença que julgou procedente "ação civil pública" proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de Bunge Alimentos S/A e Cargill Agrícola S/A, para determinar que as empresas promovam a inserção, nos rótulos de soja por elas produzidos, de símbolo definido na Portaria n. 2.658/2003 do Ministério da Justiça, em conjunto com as expressões "contém soja transgênica" ou "produto produzido a partir de soja transgênica". Na hipótese de descumprimento da obrigação de fazer imposta, no prazo a ser estabelecido na fase de execução a sentença, impõe às rés a multa de R$ 10.000,00 para cada dia de atraso, no adimplemento da prestação. 2. Cerceamento de defesa não caracterizado. 3. Hipótese em que as rés argumentam cumprir o Decreto n. 4.680/03, que regulamenta a Lei 11.105/05, e determina a informação relativa ao OGM nos rótulos do produto comercializado, somente quando sua quantidade superar 1% de sua composição. A restrição relativa à comunicação da existência de OGM, independentemente de sua quantidade, nos óleos vegetais discutidos, viola o direito de informação, assegurado na CF e no CDC, o que não pode ser admitido. Obrigação de rotulagem corretamente determinada pela r. sentença. 4. Multa diária fixada corretamente, visando compelir ao cumprimento da

> obrigação de fazer estipulada. Valor arbitrado que se afigura razoável e deve ser mantido. Recurso do autor e das rés não provido. 5. Recursos não providos. (TJSP; Apelação Cível 0218243-58.2007.8.26.0100; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/08/2015; Data de Registro: 28/09/2015)

Ainda, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entende que a rotulagem deve ser obrigatória apenas quando o percentual for igual ou ultrapassar a barreira de 1% de organismos geneticamente modificados em cada produto, não cabendo a rotulagem sob percentual inferior a este.

Veja, o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> APELAÇÃO. Ação Civil Pública. Necessidade de alteração na rotulagem do biscoito "Nono", produzido pela requerida. Sentença de parcial procedência. Pleito de reforma da requerida. Cabimento. Obrigação de informação sobre a presença de OGM apenas quando ultrapassar o patamar de 1% do produto. Aplicação, na espécie, do Decreto n. 4.680/2003, que regulamenta o direito de informação assegurado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). Ausência de disposição legal em sentido contrário. Observância do princípio da legalidade, previsto no art. 5o, II, da Constituição Federal. Produtos fabricados pela ré, ainda que com a presença de OGM, que reclamam informação a respeito apenas quando o percentual ultrapassar o limite de 1% do produto e não, conforme pretendido pelo autor, qualquer que seja o percentual de OGM. Improcedência da ação reconhecida, sem a imposição do ônus da sucumbência ao autor vencido (art. 18, Lei n. 7.347/85). Sentença alterada. Recurso a que se dá provimento. (TJSP, Apelação no 0153475-50.2012.8.26.0100, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Rubens Queiróz Gomes, j.28.06.2017).

Portanto, os fornecedores estão obrigados a fornecer em seus rótulos as informações pertinentes aos transgênicos a partir do percentual de 1%, sendo disposição legal do artigo 1°, "caput" da Lei n° 14.274 de 16 de dezembro de 2010, não estando obrigados a fornecer a informação quando o produto comportar um percentual menor do que o disposto na lei.

Ainda, recentemente, foi movida Ação Civil Pública pelo Ministério Público do Estado de São Paulo com fins de que fosse imposto à empresa PepsiCo do Brasil Ltda. o dever de fornecer informações corretas, claras, precisas e de forma ostensiva no rótulo dos produtos que comercializa sobre a presença de ingredientes provenientes de Organismos Geneticamente Modificados (OGM) ou quaisquer derivados destes.

A discussão entre as partes deu origem à Apelação Cível n° 0165363-16.2012.8.26.0100 da Comarca de São Paulo, em que se refere ao impasse do qual o

Ministério Público exige que a informação conste no rótulo independentemente da quantidade de OGM presente no produto, enquanto a empresa PepsiCo sustenta que apenas deveria ser declarado se a presença de OGM ultrapasse 1% da composição total do produto.

Destarte, no acórdão proferido em 26 de junho de 2018, fica expresso que apesar da Lei n° 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) evidenciar em seu artigo 40 que, como norma de segurança e de fiscalização das atividades relacionadas aos OGM e derivados, seria um dever prestar informações a respeito de alimentos ou ingredientes destinados ao consumo humano e animal que contenham OGM – ou sejam produzidos a partir destes – condicionou este dever a um regulamento para que fosse posto em atividade.

O Decreto n° 5.591/2005, publicado apenas alguns meses após a própria Lei de Biossegurança, regulamenta dispositivos desta acerca do cultivo, produção, manipulação, exportação, armazenamento, pesquisa, comercialização, consumo, descarte no meio ambiente, etc. de OGM como medida de segurança e de fiscalização, assim como previsto na lei que regulamenta.

Apesar do Decreto n° 5.591/2005 dispor acerca de vários assuntos pertinentes aos OGMs, deixou de maneira expressa que existiria o dever de informar sobre a presença ou fabricação a partir de OGM no rótulo de produtos destinados ao consumo humano e animal, contudo, como se evidencia através do artigo 91 da norma, estabeleceu que este dever caberia a um decreto específico:

> Art. 91. Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM e seus derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, **na forma de decreto específico**. (grifo nosso)

Contudo, tal decreto é inexistente e não foi editado até o presente momento.

Como forma de suprir essa lacuna legal, ao julgar a presente apelação e, por consequência, a referida ação civil pública, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo alegou que apesar de não haver um decreto específico sobre o tema, ainda estaria em vigor o Decreto 4.680/2003.

Tal decreto, publicado antes da Lei de Biossegurança, regulamenta o direito à informação, disposto na Lei no 8.078/1990 (Código do Consumidor), quando da presença de OGM em alimentos e ingredientes destinados ao consumo humano e animal.

O Tribunal entendeu que o Decreto 4.680/2003, apesar de ser anterior à Lei de Biossegurança, teria sido por esta recepcionado e, portanto, estaria em vigor, visto que estaria em consonância com o disposto no artigo 40 da referida lei, como se vê: "Art. 40. Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento."

Outrossim, perante a 10a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, o presente Tribunal negou provimento ao recurso e a ação civil pública foi julgada improcedente, visto que o artigo 2°, *caput*, do Decreto 4.680/2003, supostamente responsável por estabelecer as diretrizes sobre a rotulagem de alimentos e ingredientes OGM, na falta de decreto especifico, preleciona que, para a rotulagem de produtos alimentícios contendo OGM ou seus derivados ser obrigatória, estes teriam que exceder o limite de 1% da composição do produto, caso contrário seria uma mera facultatividade para a empresa declarar a presença ou produção a partir de um alimento transgênico.

> Art. 2o Na comercialização de alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, com presença acima do limite de um por cento do produto, o consumidor deverá ser informado da natureza transgênica desse produto

Convém destacar, entretanto, que o parágrafo 4° do artigo acima mencionado salienta sobre a possibilidade de redução do percentual de 1% para outro valor a ser definido através de decisão da CTNBio, portanto não seria um critério imutável.

A Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) é um dos órgãos colegiados de caráter consultivo e deliberativo para assessorar o Governo Federal no estabelecimento de normas de segurança e pareceres para autorização de atividades com uso de OGM para fins de pesquisa ou comercial. Para tanto, o órgão procede mediante análise de riscos à saúde humana, aos vegetais, animais e ao meio ambiente como um todo.

Portanto, é seguro afirmar que qualquer alteração acerca do percentual da obrigatoriedade na discriminação acerca de alimentos transgênicos seria feita baseada em uma análise minuciosa do impacto negativo que a sua ausência poderia causar em todos seres.

CONCLUSÃO

Através desta pesquisa foi possível apurar que em pesquisa recente foi apontado que o uso de herbicidas a base de glifosato, o mais utilizado no planeta – e no Brasil –, estaria ligado a maiores chances de se desenvolver Linfomas Não-Hodgkin, um câncer que se inicia no sistema linfático humano. Ainda, a vantagem alegada pelo uso de transgênicos, acerca de diminuição de uso de agrotóxicos, estaria provada equívoca, já que o apurado no Brasil foi o aumento de seu uso desde a aprovação da livre comercialização em 2003.

Outrossim, conseguimos notar que apesar do Brasil ser um dos maiores produtores de alimentos transgênicos, a pesquisa no setor ainda é inicial e há muitas divergências acerca do que se é apurado, seja em termos de produção, seja em termos de biossegurança dos produtos obtidos a partir de alimentos transgênicos ou de impactos ambientais.

Portanto, quando questionados sobre a rastreabilidade do alimento transgênico, que facilmente perde seu material genético após passar por um ultraprocessamento ou filtragem na transformação em alguns tipos de alimentos destinados ao consumo humano e animal, fomos capazes de identificar que a lei brasileira dispõe acerca do assunto na Instrução Normativa Interministerial n° 01/2004, ao dizer sobre a constatação de transgenia ter que acompanhar o documento fiscal do alimento.

Assim, para que fosse preservada a rastreabilidade do produto a ser comercializado no final da cadeia produtiva, seria necessário que a informação constasse do documento fiscal em todas as etapas de sua fabricação, motivo pelo qual a constatação de transgenia deveria ser realizada diretamente na matéria prima do produto, e não na etapa final, como atualmente é realizada.

A sugestão levantada para que a situação se regularize seria uma alteração sobre os diplomas legais que regulamentam atualmente os Organismos Geneticamente Modificados no Brasil, a dizer, sobre a Lei 11.105/2005, o Decreto 4.680/2003 e sobre a Instrução Normativa Interministerial n° 01/2004; a fim de que se estabeleça a análise laboratorial de início, a fim de preservar a informação até a última etapa produtiva, protegendo o consumidor de uma omissão acerca da transgenia.

Por fim, a rotulagem dos alimentos transgênicos, enquanto não reformada as leis que os regulamentam, no modelo sugerido acima, ainda se faz imperiosa no Brasil para a proteção dos direitos do consumidor acerca da liberdade de escolha e informação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vicente E. Soares de. Et al. **Uso de sementes geneticamente modificadas e agrotóxicos no Brasil: cultivando perigos**. In: Ciência & Saúde Coletiva. Associação Brasileira de Saúde Coletiva, 2017, Rio de Janeiro. P. 3333-3339. Disponível em: https://www.scielosp.org/article/csc/2017.v22n10/3333-3339/pt/#. Acesso em: 10 jul. 2020

ALTIERI; Miguel. **Biotecnologia agrícola: mitos, riscos ambientais e alternativas**. Petrópolis: Vozes, 2004.

ANTUNES; Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BIOTECNOLOGIA, transgênicos e biossegurança. Editores técnicos: Fábio Gelape Faleiro, Solange Rocha Monteiro de Andrade. In: AMÂNCIO, Mônica Cibele. **Aspectos legais da pesquisa com transgênicos no Brasil**. Planaltina, DF: Embrapa Cerrados, 2009. Cap. 6. p. 90-108. Disponível em: https://www.alice.cnptia.embrapa.br/bitstream/doc/571813/1/faleiro02.pdf. Acesso em: 08 ago. 2020

BOLZAN, Fabrício. **Direito do Consumidor Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 5 maio, 2020.

BRASIL. Decreto 4.680, de 24 de abril de 2003. **Regulamenta o direito à informação, assegurado pela Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis**. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 5 maio 2020.

BRASIL. Decreto 5.591, de 22 de novembro de 2005. **Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5591.htm. Acesso em: 5 ago. 2020.

BRASIL. Instrução Normativa Interministerial nº 1, de 1º de abril de 2004. **Regulamento Técnico sobre rotulagem de alimentos e ingredientes alimentares que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados**. Disponível em: https://www.mma.gov.br/informma/item/7516-instru%C3%A7%C3%A3o-normativa-interministerial-n%C2%BA-1,-de-1%C2%BA-de-abril-de-2004.html. Acesso em: 27 set. 2020

BRASIL. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 8 ago. 2020.

BRASIL. Lei n° 8.974, de 5 de janeiro de 1995. **Regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-8974-5-janeiro-1995-348748-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 08 ago. 2020

BRASIL. Lei n° 10.688, de 13 de junho de 2003. **Estabelece normas para a comercialização da produção de soja da safra de 2003 e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.688.html. Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. Lei n° 11.105, de 24 de março de 2005. **Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 5 maio 2020.

BRASIL. **Riscos**. Disponível em: https://www.mma.gov.br/comunicacao/item/7511-riscos.html. Acesso em: 27 set. 2020

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 4148/2008. **Altera a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=412728. Acesso em: 5 maio 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 4908/2016. **Altera a Lei nº 11.105, de 2005 (Lei de Biossegurança), no que diz respeito aos rótulos de produtos alimentares com organismos geneticamente modificados - OGM ou seus derivados**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2081397. Acesso em: 23 abril 2020.

CANOTILHO; José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CTNBio. **Plantas geneticamente modificadas aprovadas para Comercialização**. 2020. Disponível em: http://ctnbio.mctic.gov.br/liberacao-comercial/-/document_library_display/SqhWdohU4BvU/view/1684467?_110_INSTANCE_SqhWdohU4BvU_redirect=http%3A%2F%2Fctnbio.mctic.gov.br%2Fliberacao-comercial%2F-%2Fdocument_library_display%2FSqhWdohU4BvU%2Fview%2F614405%3F_110_INSTANCE_SqhWdohU4BvU_redirect%3Dhttp%253A%252F%252Fctnbio.mctic.gov.br%252Fliberacao-comercial%253Fp_p_id%253D110_INSTANCE_SqhWdohU4BvU%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dnormal%2526p_p_mode%253Dview%2526p_p_col_id%253Dcolumn-2%2526p_p_col_count%253D3#/liberacao-comercial/consultar-processo. Acesso em: 15 out. 2020.

EPA. **Glyphosate Interim Registration Review Decision**. 2020. Disponível em: https://www.epa.gov/ingredients-used-pesticide-products/interim-registration-review-decision-and-responses-public. Acesso em: 10 ago. 2020

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, José Eduardo Ramos Rodrigues. **Do regime das reservas de desenvolvimento sustentável à luz do novo sistema nacional de unidades de conservação**. 2002. Desafios Éticos da Advocacia Pública, p. 259 – 270.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; SOARES, Jessica Talita; SILVA, Marcos Gabriel. **"A morte pede passagem": uma análise do princípio da precaução, das dimensões da sustentabilidade e a relação com os organismos geneticamente**

modificados. 2019. Revista Jurídicas, vol. 16, 74-94. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7537645.pdf. Acesso em: 18 outubro 2020.

GARCIA; Denise Schmitt Siqueira. **A atividade portuária como garantidora do Princípio da sustentabilidade**. 2012. Revista Direito Econômico Socioambiental, vol. 3, 375-399. Disponível em: https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/6041/5954. Acesso em: 18 outubro 2020.

GUERRANTE, Rafaela Di Sabato.**Transgênicos**: uma visão estratégica. 1. Ed. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.

HIRATA, Mario Hiroyuki; HIRATA, Rosario Dominguez Crespo; MANCINI FILHO, Jorge. Manual de Biossegurança. In: FILHO, Flavio Finardi; COBAIASHI, Denise Mayumi; BAKES, Sinara. **Organismos geneticamente modificados na alimentação humana**. 2. Ed. Barueri: Manole, 2012. Cap.7. p.123-130.

HIRATA, Mario Hiroyuki; HIRATA, Rosario Dominguez Crespo; MANCINI FILHO, Jorge. Manual de Biossegurança. In: NOBREGA, Francisco Gorgonio da. **Objeção às plantas geneticamente modificadas**. 2. ed. Barueri: Manole, 2012. cap.18. p. 285-294.

IDEC. **Saiba o que são os alimentos transgênicos e quais os seus riscos**. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 05 de maio de 2011. Disponível em: https://idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/saiba-o-que-sao-os-alimentos-transgenicos-e-quais-os-seus-riscos. Acesso em: 10 abril 2020.

MENASCHE, Renata. **Uma cronologia a partir de recortes de jornais**. Hist. Cienc. Saúde-Manguinhos, Fundação Oswaldo Cruz. Out 2000, vol.7, no.2, p.523-540. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702000000300024. Acesso em: 10 set. 2020

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Portaria n° 2.658, de 22 de dezembro de 2003. **Definir o símbolo de que trata o art. 2º, § 1º, do Decreto 4.680, de 24 de abril de 2003, na forma do anexo à presente portaria**. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/393963/Portaria_2685_de_22_de_dezembro_de_2003.pdf

MOURA, Luís Cláudio Martins. **A Questão dos Transgênicos e a Sustentabilidade da Agricultura**. 2009. Editora da PUC Goiás, vol. 35, n. 2, p. 257-267. Disponível em: http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/estudos/article/view/1905. Acesso em: 18 outubro 2020.

NODARI, Rubens Onofre; GUERRA, Miguel Pedro. **Implicações dos transgênicos na sustentabilidade ambiental e agrícola**. 2000. História, Ciências, Saúde — Manguinhos, vol. VII, 481-491. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702000000300016. Acesso em: 18 outubro 2020.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: https://bookshelf.vitalsource.com/books/9788502616288. Acesso em: 30 abril 2020.

RIO DE JANEIRO. Lei nº 4947, de 20 de dezembro de 2006. **Dispõe sobre a impressão de aviso nas embalagens de ração animal que contenham alimentos geneticamente modificados**. Disponível em: https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/88031/lei-4947-06. Acesso em: 20 abril 2020.

SÃO PAULO. Lei n° 14.274, de 16 de dezembro de 2010. **Dispõe sobre a rotulagem de produtos transgênicos no Estado e dá outras providências**. Disponível em: http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2010/lei-14274-16.12.2010.html. Acesso em: 23 abril 2020.

SILVA, José Graziano. **Tecnologia e agricultura familiar**. Porto Alegre: UFRGS, 2003.

THOMAZ, Afrânio Carlos Moreira. **Lições de Direito do Consumidor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ULTCHAK, Alessandra Alvissus de Melo Salles. **Organismos geneticamente modificados: a legalização no Brasil e o desenvolvimento sustentável**. 2018. Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis, vol. 15, n.2, p. 125-14. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2018v15n2p125. Acesso em: 18 outubro 2020.

VIEIRA, Elenilza. **O Direito de Informação do Consumidor Sobre os Transgênicos**. Aracaju: Infographics, 2016.

ZHANG, Luoping. *et al.* **Exposure to Glyphosate-Based Herbicides and Risk for Non-Hodgkin Lymphoma: A Meta-Analysis and Supporting Evidence**. 2020. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6706269/#!po=64.7287. Acesso em: 20 ago. 2020.

Direito à Vida e Liberdade Religiosa das Testemunhas de Jeová

Danilo Corredato Amaral
Fernando Yasutaka Koga
Leonardo Zanata Franco de Almeida
Maria Eduarda Gonçalves
Rafaela Aparecida Goes Silva
Emerson Ademir Borges de Oliveira

INTRODUÇÃO

Em meados do século XIX, surgiu a religião denominada de "Testemunhas de Jeová", de doutrina cristã, a qual cresce em número de membros que refletem grande dedicação à fé, tratada como "a fé verdadeira". Segundo sua crença, é manifestamente proibida a transfusão ou doação de sangue por parte de seus membros, pois tal tratamento torná-los-iam pessoas indignas e impuras de adentrar ao reino de Deus. Alegam os religiosos que não anseiam por suicídio, mas sim por tratamentos alternativos à transfusão sanguínea, razão pela qual a ciência médica tem se empenhado na descoberta de novas técnicas de cirurgia e procedimentos, a fim de conciliar o direito à vida e à liberdade religiosa dos pacientes.

O direito de recusa ao tratamento médico alude que se deve respeitar e acatar as decisões que forem tomadas por aqueles que forem maiores, capazes e lúcidos, respeitando-se, assim, a dignidade humana do paciente e sua liberdade. Conquanto, a problemática ocorre quando o profissional de saúde se depara com um contexto no qual a transfusão de sangue é procedimento impreterível para salvaguardar a vida do paciente.

Respaldado o médico nas Resoluções expedidas pelo Conselho Federal de Medicina - CFM, as quais preveem que, em casos de iminente risco à vida, o profissional deve fundamentar-se nos procedimentos terapêuticos necessários para guardar a vida do paciente. Dessa forma, referida orientação acaba por colidir com o direito à liberdade religiosa das Testemunhas de Jeová, visto que, conforme supradito, estas se recusam à realização de transfusão sanguínea, em razão de sua fé.

A responsabilidade do profissional da saúde, em especial do médico, em casos concretos nos quais há recusa ao tratamento à base de sangue é grande, visto que, optando-se pela utilização dos meios necessários, conforme seu conhecimento técnico, para salvaguardar a vida do paciente, arriscar-se-á a responder civil, administrativa ou criminalmente, podendo, inclusive, gerar a inclusão do hospital no polo passivo da demanda.

Em suma, a elucidação acerca da correta atuação do médico, buscando eximir-se de sua responsabilização, é o foco de atuação da presente monografia. Pois, examinando-se a jurisprudência consolidada e o ordenamento jurídico pátrio, bem como a doutrina judiciária, é possível promover a segurança jurídica em meio ao cenário denotado.

PRECEITOS MÉDICO-JURÍDICOS BASILARES DA ATUAÇÃO MÉDICA

Aprioristicamente, cumpre ressaltar que o caso em tela implica em uma discussão que perdura durante anos, gerando, consequentemente, uma preocupação contínua dos profissionais da saúde no atendimento, na condução do tratamento e na realização de procedimentos em pacientes que professam a religião "Testemunhas de Jeová".

Esta religião consiste em um movimento internacional cuja doutrina baseia-se unicamente no texto bíblico, sendo sua crença apenas em Deus, cujo nome original no texto hebraico é Jeová (Iahweh). A denominação "Testemunha de Jeová" possui origem bíblica e pertence ao livro de Isaías, capítulo 43, versículo 10: *"Vós sois as minhas testemunhas, diz o Senhor, e meu servo, a quem escolhi; para que o saibais, e me creiais, e entendais que eu sou o mesmo, e que antes de mim deus nenhum se formou, e depois de mim nenhum haverá"*[1].

O livro das Religiões, cujo intento é estudar e difundir o princípio basilar de todas as religiões existentes e suas ramificações, trata acerca das Testemunhas de Jeová, dispondo sobre suas convicções:

> Não acreditam muito no poder redentor das ações humanas. A única coisa que pode trazer a salvação são os ensinamentos de sua Igreja, por isso o objetivo de todos os esforços deve ser propagá-los. Qualquer oposição que encontrem simplesmente reforça sua convicção de que estão entre os escolhidos de Deus.[2]

A religião acredita no "fim dos tempos", o qual é precedido por uma série de catástrofes naturais e sociais, razão pela qual sentem a urgência na propagação da palavra de Jeová. Esta prática é baseada no que diz o Evangelho segundo Mateus, capítulo 24, versículo 14: *"E estas boas novas do Reino serão pregadas em toda a terra habitada, em testemunho a todas as nações, e então virá o fim"*[3].

Os adeptos da religião "Testemunhas de Jeová" acreditam que, por meio da difusão da doutrina, irão obter o "Favor de Deus" para vencer o Armagedon, que

[1] NELSON, Thomas. *Bíblia Sagrada. Nova Versão Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Leitura Perfeita. 1ª Edição, 2018, p. 494.

[2] GAARDER, Jostein, HELLERN Victor, NOTAKER Henry. *O Livro das Religiões*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 232.

[3] NELSON, Thomas. *Bíblia Sagrada. Nova Versão Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Leitura Perfeita. 1ª Edição, 2018, p. 683.

simboliza a batalha final de Deus contra a humanidade considerada perversa. Além disso, sua crença consiste na existência do Reino de Deus, o qual é formado por Jesus Cristo e outras 144 mil pessoas escolhidas para habitarem em uma nova vida no céu. Os demais fiéis permanecerão na terra em uma existência eterna, como súditos do Reino dos Céus. Existirá a expulsão de Satanás, assim como todo o mal, tornando a terra o paraíso que será lar dos fiéis, onde viverão em harmonia e paz entre si.

As Testemunhas de Jeová seguem um ideal puritano, favorecendo a honestidade, higiene, temperança e generosidade. O adepto dessa religião deve abster-se do tabaco e, em tempos de guerra, não deve servir às Forças Armadas, alegando, para tanto, objeção de consciência.

No que tange à transfusão de sangue, as Testemunhas de Jeová se baseiam em preceitos religiosos e bioéticos como respaldo de recusa. Do ponto de vista religioso, acreditam que, ao receberem sangue de outro indivíduo, tornar-se-iam impuros e indignos de pertencerem ao reino dos céus, vez que, para eles, Deus é aquele que, unicamente, dá a vida. Estes religiosos fundamentam sua conduta com base no Livro Levítico, em seu capítulo 17, versículo 14: "Porquanto a vida de toda a carne é o seu sangue; por isso tenho dito aos filhos de Israel: Não comereis o sangue de nenhuma carne, porque a vida de toda a carne é o seu sangue; qualquer que o comer será extirpado"[4].

Por outro lado, ainda há os preceitos bioéticos, pois acreditam que receber sangue de outra pessoa implica em uma série de riscos à segurança de sua vida, uma vez que, na totalidade da composição sanguínea, podem existir protozoários, vírus, bactérias e inúmeros organismos que podem contaminar o receptor da hemotransfusão.

Para o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, "a religião é um complexo de princípio que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto"[5]. Dessa forma, é indispensável a análise criteriosa e humanizada deste tema, a fim de não suprimir indiscriminadamente direitos fundamentais, devendo-se analisar caso a caso.

[4] NELSON, Thomas. Bíblia Sagrada. *Nova Versão Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Leitura Perfeita. 1ª Edição, 2018, p. 87.

[5] MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*: Teoria Geral. São Paulo: Ed. Atlas, 8ª Edição, 2007, p. 119.

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.931/2009

Referindo-se à atuação médica, destaca-se que a conduta desempenhada pelo corpo médico, em quaisquer casos e aspectos clínicos, é balizada, principalmente, à luz do que regulamenta a Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 - Código de Ética Médica, aprovado pelo próprio Conselho Federal de Medicina - CFM, o qual possui o intento de reger as normas éticas a serem seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão.

O Código de Ética, em seu artigo 31, refere-se à autonomia da vontade do paciente, prevendo que é vedado ao médico "Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte"[6]. Entende-se que a manifestação da vontade de recusa pelo agente ou de seu representante legal é suficiente para que este tenha validade, desde que o paciente seja capaz e esteja em gozo de pleno discernimento e integridade físico-psíquica.

Ainda à luz do Código de Ética Médica, dispõe o seu artigo 24 que é vedado ao médico "deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo"[7]. Desta forma, os integrantes das Testemunhas de Jeová, além de ter o direito à liberdade religiosa protegido em égide constitucional, possuem a autoridade, conforme descrito no Código de Ética Médica, de limitar a conduta médica, ainda que venha a sofrer danos ao seu bem-estar.

Sob outro prisma, tem-se o dever ético juramentado pelo médico de salvar vidas e a própria autonomia profissional médica, que lhe confere o dever de lutar pela manutenção da vida humana, dispondo de todos os métodos e procedimentos possíveis e cabíveis para que haja a prolongação desta, conforme determinação descrita no mesmo Código de Ética Médica.

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.021/1980

Consoante vimos no decorrer do tópico anterior, tratando-se de situações em que não há risco iminente à vida ou, embora havendo, há outros métodos

[6] BRASIL. *Resolução CFM nº 1.931, de 24 de Setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica*. **Diário Oficial da União**. Brasília/DF: Conselho Federal da Medicina, 2009. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2009/1931>. Acesso em: 14 de abr. de 2020.

[7] BRASIL. *Resolução CFM nº 1.931, de 24 de Setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica*. **Diário Oficial da União**. Brasília/DF: Conselho Federal da Medicina, 2009. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2009/1931>. Acesso em: 14 de abr. de 2020.

terapêuticos a serem eleitos dentro do caso concreto, respeitando-se, assim, a vontade do paciente, é dever do médico proceder ao tratamento alternativo, por meio do qual, além de preservar a vida humana, não ofende a liberdade religiosa das pacientes Testemunhas de Jeová. Todavia, o embate, em verdade, existe nas situações em que o paciente se encontra em situações de emergência médica, no qual o único método eletivo viável é a transfusão de sangue.

Destarte, haja vista a necessidade de regulamentação acerca da atuação do médico nestes casos, o Conselho Federal de Medicina - CFM, por meio da Resolução CFM nº 1021/80, foi incisivo ao afirmar que a conduta do médico depende do risco iminente à vida do paciente. Ou seja, em que pese o direito de recusa ao tratamento terapêutico, caso tal recusa acarrete risco de morte, o profissional da saúde deverá, independentemente de qualquer fundamento religioso utilizado pelo paciente, realizar a transfusão sanguínea, a fim de resguardar o bem maior que garante o exercício dos demais direitos: a vida.

RESOLUÇÃO CFM Nº 2232/2019

O maior óbice nestes casos refere-se à realização do procedimento em menores impúberes, considerados vulneráveis pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, o qual estabelece o dever de proteção à vida do menor. Nesta vereda, o Conselho Federal de Medicina - CFM, através da Resolução nº 2.232/19, orientou a atuação médica em seu artigo 3º: "Em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros"[8].

Por essas sumárias razões, o Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná emitiu o seguinte parecer:

> O artigo 5º da Constituição Federal trata dos direitos e garantias fundamentais do homem e o principal deles é a vida, da qual, aliás, decorrem todos os demais. A convicção religiosa, seja qual for, não pode induzir alguém ao suicídio nem permitir que o médico, ou qualquer outro cidadão, seja cúmplice na destruição do bem maior que a natureza concedeu ao homem, que é a sua vida.[9]

[8] BRASIL. *Resolução CFM nº 2.232, de 17 de julho de 2019. Estabelece Normas Éticas Para a Recusa Terapêutica por Pacientes e Objeção de Consciência na Relação Médico-Paciente*. **Diário Oficial da União**. Brasília/DF: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-2.232-de-17-de-julho-de-2019-216318370>. Acesso em: 15 de abr. de 2020.

Referido parecer está fundamentado em perfeita consonância com o Código de Ética Médica já discriminado, o qual, atuando em respeito aos direitos e garantias fundamentais do ser humano, defere ao médico o dever de preservar a saúde de todos quantos lhe procurem e em benefício dos quais deve agir com máximo de zelo de sua capacidade profissional.

Por fim, resta claro que, levando-se em conta o dever da atuação médica com base nas Resoluções expedidas pelo Conselho Federal de Medicina – CFM, o profissional da saúde deve, em todos os casos, havendo ou não estado de consciência do paciente, desde que observado o iminente risco à vida do paciente, através do qual o tratamento terapêutico elege-se como o único meio imprescindível para a preservação da vida do paciente, praticar a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus representantes legais.

DA LIBERDADE DE CRENÇA E DIREITO À VIDA

LIBERDADE INDIVIDUAL

O direito à liberdade possui diversos aspectos: religioso, político, social, entre outros, sendo, inclusive, um dos preceitos constitucionais encabeçados no artigo 5º da Constituição da República, segundo a qual "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

Além disto, outro direito fundamental corolário do direito à liberdade individual está descrito no Artigo 5º, inciso II, da Carta Magna, o qual prevê: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". A liberdade pessoal, por si só, é um direito inerente ao ser humano de manifestar a sua vontade e não ser molestado. Sendo assim, em seu livro "Sobre a Liberdade", John Stuart Mill defende:

> Nenhuma sociedade é livre, qualquer que seja a sua forma de governo, se nela não se respeitam, em geral, essas liberdades. E nenhuma sociedade é completamente livre se nela essas liberdades não forem absolutas e sem reservas. A única liberdade que merece o nome, é a de procurar o próprio bem pelo método

[9] BRASIL. Parecer nº 1.072, de 29 de Junho de 1998. Transfusão de Sangue – *Testemunha de Jeová. Reunião Plenária nº 996*. Curitiba/PR: Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná. Relator Antônio Celso Cavalcanti de Albuquerque, 1998. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmpr/pareceres/1998/1072_1998.htm>. Acesso em: 15 de abr. de 2020.

> próprio, enquanto não tentamos desapossar os outros do que é seu, ou impedir seus esforços para obtê-lo. Cada qual é o guardião conveniente da própria saúde, quer corporal, quer mental e espiritual.[10]

Além de impor a liberdade quase que de forma irrestrita, Mill trata o direito à liberdade como fundamental ao ser humano, o qual o capacita a alcançar a ampliação do seu espírito, o levando diretamente ao alcanço de sua felicidade. Ou seja, de acordo com Mill, o indivíduo é livre para manifestar seus pensamentos, artes, convicções políticas e religiosas, sem, contudo, que essa liberdade suprima o direito e a liberdade de terceiros.

CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme se verifica do caso em análise, há, no presente caso, clara colisão de direitos fundamentais de primeira geração, quais sejam, o direito à vida e a liberdade religiosa dos integrantes da religião "Testemunhas de Jeová".

Em que pese o conflito de tais direitos fundamentais, haja vista a impossibilidade de prevalência de ambos no caso concreto, Robert Alexy disserta em sua teoria que, havendo uma colisão direta de direitos fundamentais, é possível que tais controvérsias sejam solucionadas por meio de uma fórmula, observando-se os graus de lesões a direitos e os de importância abstrata e relativa de cada princípio abrangido no caso concreto:

> As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido-, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.[11]

Para Alexy, a natureza dos princípios e direitos fundamentais se conecta com a denominada "máxima proporcionalidade", a qual está fragmentada em três partes, conforme doutrina calcada em seus conceitos:

> Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.[12]

Em suma, Alexy defende que a análise fática dos direitos e princípios dá-se em detrimento da condição de importância entre eles, bem como a necessidade de interferência do direito, em tese, dominante àquele que apresentou fatores de menor relevância, devendo a intensidade destes princípios ter como base a classificação leve, média e grave.

Nesta ótica, temos um direito fundamental salvaguardado pela Constituição Federal, a qual assegura, em seu artigo 5º, VI, que: "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias", fazendo com que o direito de crença das Testemunhas de Jeová tenha amparo constitucional, a fim de protegê-las contra atos de particulares e do próprio Estado.

No caso em epígrafe, embora o direito à liberdade religiosa e o direito à vida não se demonstrem, abstratamente, antagônicos e controversos, quando analisados estes direitos no âmbito concreto, suas visões, muitas vezes, tornam-se heterogêneas e acabam por criar conflitos que exigem a atuação do Poder Judiciário para contrabalancear estes direitos, afastando-os em determinados casos. Por um lado, tem-se a posição da medicina que busca a efetivação de técnicas para salvar a vida daqueles que necessitam, sem qualquer distinção em relação ao paciente. Por outro prisma há o direito das Testemunhas de Jeová de não serem compelidas a fazerem algo que vá de encontro aos seus preceitos religiosos.

Diante dessas considerações, ignorando-se as ponderações e interpretações das diversas teologias cristãs acerca do referido tema, compreende-se que as Testemunhas de Jeová utilizam da Bíblia como uma orientação para a vida, em busca a desviar-se de atitudes que afrontariam os mandamentos de Deus, o que, claramente, deve ser respeitado.

[12] ALEXY, Robert. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Malheiros. 5ª Edição, 2008, p. 117.

DIREITO DE RECUSA AO TRATAMENTO MÉDICO

Em relação ao direito de recusa à transfusão de sangue por parte das Testemunhas de Jeová, é imprescindível observar, com primazia, o livre arbítrio dos pacientes que seguem esta orientação, respeitando o exercício de sua liberdade religiosa, a qual é amparada em égide constitucional.

Silvio Romero Beltrão, acerca da autonomia da vontade, esclarece a importância de prestar informações ao paciente:

> O propósito da obrigação de prestar informações e esclarecer paciente é dotá-lo de autonomia para poder tomar decisões com relação aos assuntos de saúde e seu tratamento de forma consciente. Assim, para que o consentimento e a recusa sejam válidos, ele deve ser baseado na compreensão da situação que se apresenta e deve ser voluntário, pois esse direito está baseado no princípio do respeito à autonomia.[13]

Ademais, Aldir Guedes Soriano dispõe sobre a renúncia a determinados tratamentos médicos que possam acarretar danos à saúde e liberdade religiosa de pacientes Testemunhas de Jeová:

> Não obstante, os que professam a orientação das Testemunhas de Jeová não pretendem renunciar à vida, porquanto almejam continuar vivos. Assim sendo não recusam tratamento médico. Argumentam, entretanto, que se poderiam utilizar tratamentos alternativos para se evitarem as transfusões sanguíneas, que, por sinal podem acarretar inúmeras infecções, inclusive a temível AIDS. [14]

Por fim, Zelita da Silva Souza e Maria Isabel Dias Miorim de Moraes, ao tratarem acerca do tema Ética Médica e o Respeito às Crenças Religiosas, asseveram que:

> O consentimento esclarecido está na pauta das discussões sobre ética médica na atualidade e o propósito de requerer este consentimento é o de promover a autonomia do indivíduo na tomada de decisões com relação a assuntos de saúde e tratamento médico. O direito de consentir ou recusar está baseado no princípio do respeito à autonomia. Para o consentimento ser uma autorização válida, ele deve ser baseado na compreensão e ser voluntário. [15]

[13] BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Atlas, 2005. p. 115.

[14] SORIANO, Aldir Guedes. Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 118.

[15] SOUZA, Zelita da Silva; MORAES, Marian Izabel Dias Miorim de. *A Ética Médica e o Respeito às Crenças Religiosas*. **Revista Bioética**. Disponível em: <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/329/397>. Acesso em: 02 de ago. de 2020.

O direito de recusa a intervenções terapêuticas em determinados tratamentos médicos já é reconhecido pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) na Resolução CFM nº 2.232, a qual dispõe em seu artigo 1º: "A recusa terapêutica é, nos termos da legislação vigente e na forma desta Resolução, um direito do paciente a ser respeitado pelo médico, desde que esse o informe dos riscos e das consequências previsíveis de sua decisão"[16]. Diante disto, pontua-se que ao paciente é resguardado o direito de recusar tratamentos médicos, o que, apesar de exigir um relato eloquente feito por parte do médico, demonstrando os riscos e as consequências pela tal recusa, deve ser respeitado por parte deste.

Importante ressaltar que, em muitos casos, as Testemunhas de Jeová carregam consigo um documento denominado de "Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde". Estas instruções são caracterizadas como um documento de antecipação de vontade, cuja finalidade é de elucidar as pretensões religiosas do paciente quando diante de intervenções médicas e estado de inconsciência, evitando-se, assim, que venha a ter seu corpo violado, incluindo receber transfusão sanguínea sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido.

É de suma importância observar a validade do documento de antecipação, sendo que, neste aspecto, Álvaro Villaça Azevedo ilustra o seguinte:

> O documento de antecipação da vontade é um documento escrito no qual uma pessoa consigna as suas vontades quanto aos cuidados médicos que pretende ou não pretende receber se perder a capacidade de se exprimir ou se encontrar em estado de já não ser capaz de tomar ela própria uma decisão.[17]

Tratando-se dos requisitos de validade do documento em epígrafe, Àlvaro Villaça Azevedo os equipara aos determinados para os negócios jurídicos: "A Matéria está tratada a partir do artigo 104 do Código Civil 104, que estabelece os requisitos de validade do negócio jurídico, quais sejam: o agente capaz, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, a forma prescrita ou não defesa em lei." [18]

[16] BRASIL. Resolução CFM nº 2.232, de 17 de julho de 2019. Estabelece Normas Éticas Para a Recusa Terapêutica por Pacientes e Objeção de Consciência na Relação Médico-Paciente. *Diário Oficial da União.* Brasília/DF: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-2.232-de-17-de-julho-de-2019-216318370>. Acesso em: 15 de abr. de 2020.

[17] AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 33.

[18] AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 37.

Neste viés, a vontade do paciente não deve passar despercebida, ainda que em estado de inconsciência, haja vista que o profissional de saúde deve respeitar a escolha daquele que porta o documento de antecipação de vontade, sob pena de responsabilização criminal e ética:

> Assim, o documento "Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde" portado pelas Testemunhas de Jeová possui validade jurídica plena, sendo que declara as diretrizes antecipadas para tratamento de saúde que devem ser seguidas pelos médicos, bem como nomeia validamente dois procuradores para cuidarem da preservação de sua vontade expressa no mesmo documento que devem ser observadas quando da inconsciência do paciente. Assim, a não observância das diretrizes prévias do paciente constantes no documento, bem como a desconsideração do papel do procurador, sujeitará o profissional de saúde a ser responsabilizado no âmbito legal e ético.[19]

Por fim, o autor ressalta em sua obra o avanço internacional e a validação do documento de antecipação de vontade:

> Interessante notar que em diversos países, esse tipo de documento de antecipação de vontade com respeito a tratamentos de saúde é regido por lei. Os EUA, como precursores desse modelo, possuem legislação específica para disciplinar tais diretivas antecipadas do paciente mediante a qual também se concede imunidade civil e criminal aos profissionais de saúde que os respeitem, bem como estabelece sanções disciplinares em razão de eventual desrespeito à manifestação de vontade previamente documentada. Na Espanha, as *instrucciones previas* também estão legalmente previstas, abrangendo qualquer hipótese de diretiva de tratamento e nomeação de procurador para tanto.[20]

No Brasil, o Projeto de Lei nº 149, do ano de 2018, de autoria do Senador Lasier Martins (PSD/RS), dispõe, em seu artigo 3º, parágrafo 1º, sobre a aplicação e validação do Documento de Antecipação de Vontade em tratamentos de saúde:

> Art. 3º Toda pessoa maior e capaz tem o direito de declarar, de forma antecipada, a sua vontade de receber ou não receber determinados tratamentos médicos em época futura, quando se vislumbra estar em condição clínica que se enquadre na situação definida no inciso III do art. 2º e não puder, em função de sua condição de saúde, expressar autonomamente a sua vontade.

[19] AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 38.

[20] AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 33.

> § 1º A declaração especificada no caput, para ser reconhecida pelos profissionais de saúde e pelos serviços de saúde, deverá estar expressa por meio de escritura pública sem conteúdo financeiro, lavrada em Cartório competente.[21]

Sendo assim, o fato de reiteradamente este entrave avocar uma solução jurídica consolidada, foi reconhecida a repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 1212.272, cujo objetivo é o de nortear a conduta do médico e de sua equipe na condução do tratamento destes pacientes, sem que haja a posterior responsabilização indevida.

Nesta seara, referida demanda encontra-se em discussão no âmbito da Suprema Corte do Poder Judiciário brasileiro, cuja autora, professante da religião "Testemunha de Jeová", necessita realizar uma cirurgia de risco aos cuidados do Sistema Único de Saúde. Ocorre que, embora fosse o desejo da paciente de que a cirurgia fosse realizada com ministrações de terapias e técnicas previstas no SUS, diversas de transfusão de sangue, às vésperas da realização do procedimento a diretoria do hospital condicionou a realização da cirurgia à assinatura do termo de consentimento para utilização de hemoterapia, razão pela qual a paciente deixou o hospital sem a realização da cirurgia.

Desta forma, a paciente, ora autora da demanda, sustentou em sua exordial que o fato ocorrido violou princípios constitucionais, legais e as próprias orientações do Conselho Federal de Medicina - CFM, vez que o hospital lhe negou o tratamento alternativo. Evocando, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade religiosa, a paciente entende o tratamento com transfusão sanguínea como sendo degradante, restando impossível esta prática forçada em paciente adulto e em pleno gozo de suas faculdades mentais, principalmente por existirem meios alternativos de tratamento, ainda que haja risco de vida no entendimento médico.

Por outro lado, a União, respondendo solidariamente a ação em conjunto com o Sistema Único de Saúde, defendeu-se no sentido de que a cirurgia a ser realizada enseja em um procedimento complexo e de risco, razão pela qual a equipe médica deve esclarecer acerca da imprescindibilidade ou não do uso de hemoterapia.

[21] BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2018. Dispõe Sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade Sobre Tratamentos de Saúde. *Senado Federal.* Brasília/DF: 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7653063&disposition=inline#:~:text=benef%C3%ADcios%20delas%20decorrentes.-,Art.,no%20inciso%20III%20do%20art.>. Acesso em 16 de set. de 2020.

Ademais, alegou que o termo de consentimento não causa nenhum constrangimento a paciente, por outro lado, assegura o cumprimento de sua vontade, ao passo que salvaguarda a equipe médica e o hospital de eventuais responsabilizações pelas consequências ocorridas no âmbito da cirurgia. Por fim, utilizando-se do princípio da reserva do possível, pondera que o sistema de saúde dispõe de verbas destinadas a fins específicos e usadas de acordo com um plano pré-estabelecido, ainda que, para isso, algumas técnicas sejam excluídas.

Por derradeiro, cumpre ressaltar que os mesmos direitos não são aplicados com o mesmo rigor às Testemunhas de Jeová que se apresentem com grave risco à saúde e que não tenham tratamentos alternativos hábeis. Nestes casos, a jurisprudência majoritária garante ao profissional da saúde o direito de aplicar os tratamentos necessários buscando sempre zelar pelo bem estar e pela vida do paciente.

Conforme se verifica na decisão da Colenda 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferida em 20 de agosto do ano de 2019, embora a votação não tenha sido unânime, o Tribunal decidiu por autorizar a transfusão de sangue em paciente devoto à religião "Testemunha de Jeová", o qual não permitira tal tratamento. Houve risco iminente à vida do paciente e, mesmo contra sua vontade, foi realizado o procedimento, garantindo ao médico a prerrogativa da transfusão de sangue:

> APELAÇÃO CÍVEL – TUTELA DE URGÊNCIA AUTO SATISFATIVA – TRANSFUSÃO DE SANGUE – TESTEMUNHA DE JEOVÁ – DIREITOS FUNDAMENTAIS – Sentença provida a fim da realização de transfusão de sangue contra a vontade expressa da Apelante – Possibilidade – Convicção religiosa que não pode prevalecer perante a vida, bem maior tutelado pela Constituição Federal – Sentença mantida – Recurso não provido.[22]

Todavia, é imprescindível destacar que, embora a jurisprudência dominante garanta o livre exercício da medicina para salvaguardar a vida do paciente, desde que demonstrado o risco iminente à saúde e a inexistência de tratamento alternativo, no ano de 2019 foi protocolada, junto ao Supremo Tribunal Federal, a ADPF nº 627, de autoria da então Procuradora-geral da República Raquel

[22] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Civil: 1003243-34.2018.8.26.0347, Terceira Câmara de Direito Público. Apelação Cível – Tutela de urgência auto satisfativa – Transfusão de sangue – Testemunha de Jeová – Direitos fundamentais. Relator: Desembargador Marrey Uint. São Paulo: 20 de agosto de 2019. *JusBrasil.* Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/887997063/apelacao-civel-ac-10032433420188260347-sp-1003243-3420188260347/inteiro-teor-887997111?ref=juris-tabs>. Acesso em: 08 de out. de 2020.

Dodge, buscando assegurar a segurança jurídica nas relações entre paciente e os profissionais da saúde. Por meio da ação constitucional supracitada, a então Procuradora-geral da República tencionou seu pedido ratificando a necessidade de incumbir às pessoas que assentem a religião "Testemunha de Jeová" o direito de opor-se às decisões dos médicos, embora estes estejam cobertos sobre o manto das diretrizes do Conselho Federal de Medicina - CFM.

Nesse sentido, a então Procuradora-geral da República traz à baila questionamentos acerca da constitucionalidade de atos normativos, como o art. 146, §3º, inciso I, do Código Penal, e dos dispositivos do Conselho Federal da Medicina – CFM, os quais possibilitam a atuação repressiva do profissional da saúde, em qualquer hipótese, buscando salvaguardar a vida do paciente, bem como provoca indagações diante da preservação à vida, no mesmo molde em que à dignidade humana e à liberdade de consciência e crença é violada.

Por fim, vale ressaltar que o posicionamento do *Parquet* é destinado àquelas pessoas consideradas maiores e com plenas capacidades, que não venham a gerar danos à saúde pública ou a terceiros em face de sua decisão, isso porque, segundo as fundamentações delineadas pela então Procuradora-geral da República: "[...] a intervenção do Estado e a obrigatoriedade de realização de determinada conduta médica pode ser justificada quando houver (i) menores ou incapazes, (ii) risco à saúde pública ou (iiii) danos a terceiros"[23].

Logo, tendo em vista a repercussão geral reconhecida no âmbito do Recurso Extraordinário nº 1212.272 e a ADPF nº 627, as respectivas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal terão efeitos "erga omnes", ou seja, aplicável a todos os processos judiciais com matéria idêntica, sendo imprescindível, portanto, o acompanhamento do feito por parte dos hospitais particulares, a fim de orientarem seus procedimentos na disponibilização de recursos alternativos à transfusão sanguínea, evitando-se futuros processos judiciais.

DA RECUSA À INTERVENÇÃO TERAPÊUTICA DO PACIENTE INCAPAZ

Além do já exposto, vale ponderar acerca do que descreve o artigo 2º da Resolução nº 2.232/2.019: "É assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lú-

[23] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 618/DF*. Brasília/DF, 2019, p. 14. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5769402>. Acesso em: 28 de abr. de 2020.

cido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente"[24]. Conforme já delineado, o direito à recusa é acobertado pela legislação e, desta forma, deve-se respeitar e acatar as decisões tomadas por aqueles que plena capacidade, lucidez e maioridade, prevalecendo-se o princípio da liberdade religiosa e a dignidade humana do paciente.

Todavia, o conflito inicia-se quando o paciente, sendo menor e representado por seus responsáveis legais, estes não permitem a transfusão de sangue no representado, escolhendo, por muitas vezes, seguir a ideia religiosa a que são alicerceados em face da vida de seu próprio filho. Neste caso, a jurisprudência majoritária e as referidas resoluções reforçam que, em situações de risco à saúde do paciente, o médico tem o dever de realizar a transfusão sanguínea no paciente menor, independentemente de concordância por parte dos responsáveis legais, desde que não haja outro método alternativo disponível para o tratamento do menor.

Nesse diapasão, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região considerou que o direito à vida se sobrepusesse a liberdade de crença dos pais que se opuseram à transfusão de sangue em sua filha menor, com dez anos à época dos fatos:

> DIREITO À VIDA. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. DENUNCIAÇÃO DA LIDE INDEFERIDA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA E DIREITO À VIDA. IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO QUANDO HÁ RISCO DE VIDA DE MENOR. VONTADE DOS PAIS SUBSTITUÍDA PELA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL. [...] Conflito no caso concreto dois princípios fundamentais consagrados em nosso ordenamento jurídico-constitucional: de um lado o direito à vida e de outro, a liberdade de crença religiosa. A liberdade de crença abrange não apenas a liberdade de cultos, mas também a possibilidade de o indivíduo orientar-se segundo posições religiosas estabelecidas. No caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Esta é substituída pela de seus pais que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue. Os pais podem ter sua vontade substituída em prol de interesses maiores, principalmente em se tratando do próprio direito à vida. A restrição à liberdade de crença religiosa encontra amparo no princípio da proporcionalidade, porquanto ela é

[24] BRASIL. Resolução CFM nº 2.232, de 17 de julho de 2019. Estabelece Normas Éticas Para a Recusa Terapêutica por Pacientes e Objeção de Consciência na Relação Médico-Paciente. *Diário Oficial da União.* Brasília/DF: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-2.232-de-17-de-julho-de-2019-216318370>. Acesso em: 15 de abr. de 2020.

> adequada a preservar à saúde da autora: é necessária porque em face do risco de vida a transfusão de sangue torna-se exigível e, por fim ponderando-se entre vida e liberdade de crença, pesa mais o direito à vida, principalmente em se tratando da vida de filha menor impúbere. Em consequência, somente se admite a prescrição de medicamentos alternativos enquanto não houver urgência ou real perigo de morte. Logo, tendo em vista o pedido formulado na inicial, limitado ao fornecimento de medicamentos, e o princípio da congruência, deve a ação ser julgada improcedente. Contudo, ressalva-se o ponto de vista ora exposto, no que tange ao direito à vida da menor.[25]

Também para reforçar este entendimento, é imprescindível verificar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Habeas Corpus nº 268.459/SP, impetrado em favor dos genitores da vítima. No caso em tela, fazia-se necessária a realização urgente da transfusão de sangue em uma adolescente de 13 anos, a qual se encontrava em estado de saúde extremamente delicado. Contudo, embora as inúmeras tentativas dos agentes de saúde em conscientizar os pais acerca da necessidade do procedimento, estes insistiam em não autorizar a realização da transfusão de sangue para sua filha, alegando que prefeririam ver a sua progênita morta a ter que concordar com tal procedimento. Como consequência, a adolescente não resistiu e faleceu.

Nesta ótica, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu por conceder Ordem de Habeas Corpus de ofício aos pais da vítima, tendo em vista que, não havendo alternativa para o tratamento da adolescente, os profissionais da saúde eram obrigados a submetê-la à intervenção sanguínea, independentemente de concordância por parte dos responsáveis legais:

> PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL, APRESENTADA DEPOIS DA INTERPOSIÇÃO DE TODOS OS RECURSOS CABÍVEIS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. QUESTÕES DIVERSAS DAQUELAS JÁ ASSENTADAS EM ARESP E RHC POR ESTA CORTE. PATENTE ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (3) LIBERDADE RELIGIOSA. ÂMBITO DE EXERCÍCIO. BIOÉTICA E BIODIREITO: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA. RELEVÂNCIA DO

[25] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Civil: 2003.71.02.000155-6 RS. Terceira Turma, Direito à vida. Transfusão de sangue. Testemunhas de Jeová. Denunciação da lide indeferida. Legitimidade passiva da União. Liberdade de crença religiosa e direito à vida. Impossibilidade de recusa de tratamento médico quando há risco de vida de menor. Vontade dos pais substituída pela manifestação judicial. Relatora: Desembargadora Vânia Hack De Almeida. Porto Alegre/RS: 24 de outubro de 2006. **JusBrasil**. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1230141/apelacao-civel-ac-155?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 de abr. de 2020

> CONSENTIMENTO ATINENTE À SITUAÇÃO DE RISCO DE VIDA DE ADOLESCENTE. DEVER MÉDICO DE INTERVENÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 3. Na espécie, como já assinalado nos votos vencidos, proferidos na origem, em sede de recurso em sentido estrito e embargos infringentes, tem-se como decisivo, para o desate da responsabilização criminal, a aferição do relevo do consentimento dos pacientes para o advento do resultado tido como delitivo. Em verdade, como inexistem direitos absolutos em nossa ordem constitucional, de igual forma a liberdade religiosa também se sujeita ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais condicionantes valorativas. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto a manifestação de vontade, religiosamente inspirada, dos pacientes. No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepairam sobre, de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. Nesse panorama, tem-se como inócua a negativa de concordância para a providência terapêutica, agigantando-se, ademais, a omissão do hospital, que, entendendo que seria imperiosa a intervenção, deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte. Portanto, não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo levado sua filha para o hospital, mostrando que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue - pois, tal manifestação era indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida. Contudo, os médicos do hospital, crendo que se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional. 4. Ordem não conhecida, expedido habeas corpus de ofício para, reconhecida a atipicidade do comportamento irrogado, extinguir a ação penal em razão da atipicidade do comportamento irrogado aos pacientes.[26]

[26] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus (HC): 268459 SP 2013/0106116-5*. Sexta Turma. Processo Penal. Habeas Corpus. Homicídio. Impetração como sucedâneo recursal, apresentada depois da interposição de todos os recursos cabíveis. Impropriedade da via eleita. Questões diversas daquelas já assentadas em ARESP e RHC por esta corte. Patente ilegalidade. Reconhecimento. Liberdade religiosa. Âmbito de exercício. Bioética e Biodireito: Princípio da autonomia. Relevância do consentimento atinente à situação de risco de vida de adolescente. Dever médico de intervenção. Atipicidade da conduta. Reconhecimento. Ordem concedida de ofício. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Brasília/DF: 02 de Setembro de 2014. **JusBrasil**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153372740/habeas-corpus-hc-268459-sp-2013-0106116-5/relatorio-e-voto-153372754>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

Em síntese conclusiva, havendo risco à vida das Testemunhas de Jeová, quando a transfusão sanguínea mostra-se o único método possível para o resguardo de sua vida, independentemente da idade ou capacidade civil do mesmo, o médico deve exercer o tratamento adequado, podendo, inclusive, recorrer às autoridades para que estas balizem o caso concreto, visando o melhor interesse entre as partes.

RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL

É de bom alvitre evidenciar a importância da responsabilidade dos médicos e do paciente, a qual possui caráter assecuratório às partes envolvidas, visando a proteção do bem sacrificado e a responsabilidade criminal ou não do agente de saúde.

A responsabilidade civil dos agentes de saúde, bem como do hospital em que estes exercem suas funções, é regida contratualmente, garantindo ao profissional de saúde prerrogativas para exercer suas atividades com total respaldo jurídico, mesmo quando a vontade do paciente seja contrária aos preceitos médicos estabelecidos por lei.

Tratando-se da responsabilidade, Carlos Roberto Gonçalves a define da seguinte forma: 'A palavra "responsabilidade" origina-se do latim responder e, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir'.[27]

A responsabilidade civil caracteriza-se em um dever jurídico sucessivo, na qual consiste em opugnação a um interesse eminentemente particular, acarretando ao infringente o pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, decorrente da violação de um dever jurídico originário. Ademais, a responsabilidade civil apresenta duas subdivisões: responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva. Em linhas gerais, a responsabilidade civil subjetiva implica na existência dos elementos dolo ou culpa, sendo o ônus da prova de quem alega, devendo a vítima apresentar provas de que o agente causador do dano agiu com dolo (direto ou eventual) ou com culpa - imprudência, negligência ou imperícia.

Consoante esclarecimento do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves:

[27] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 07ª Edição, Volume 04, 2012, p. 37.

> Diz-se, pois, ser "subjetiva" a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova de culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa[28].

Nesse sentido, o artigo 186 do Código Civil estabelece a regra da responsabilidade civil subjetiva: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

De outro vértice, a responsabilidade objetiva é exceção no Código Civil, uma vez que esta advém da teoria do risco. A responsabilização civil objetiva caracteriza-se por não haver necessidade de demonstrar dolo ou culpa do agente causador do dano, devendo este responder diretamente pelos danos causados, em razão de haver, nestes casos, expressa presunção de culpabilidade do infrator, sendo necessário o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, conforme preconiza o artigo 927 do Código Civil:

> Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
>
> Parágrafo único - Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

No que tange à responsabilidade penal, Fernando Gomes Correia-Lima ressalva em sua obra a aplicabilidade da responsabilidade penal, vejamos:

> A responsabilidade penal caracteriza-se pela infração a uma norma de direito público, lesando o interesse da sociedade e sujeitando, o autor, a uma sanção do Estado. Na responsabilidade penal, o prejuízo social é agravo à ordem pública, suficientemente grave para provocar forte reprovação da sociedade e ser caracterizado como infração. Fere, com efeito, os sentimentos comuns e aparece como contrário aos valores morais e sociais considerados essenciais. As sanções penais consistem em penas cujas funções são, essencialmente, punitiva e repressiva. Acessoriamente, a responsabilidade penal procura a prevenção, quer pela intimidação e dissuasão, quer pela reeducação e/ou reinserção social do delinquente.[29]

[28] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* responsabilidade civil. São Paulo: Ed. Saraiva, 07ª Edição, Volume 04, 2012, p. 43.

[29] CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. Erro Médico e Responsabilidade Civil. *Conselho Federal de Medicina.* Brasília/DF: Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p. 33 Disponível em <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/erromedicoresponsabilidadecivil.pdf>. Acesso em 08 de outubro de 2020.

A responsabilidade penal distingue-se da responsabilidade civil por aquela ser de caráter público, levando em conta os interesses inerentes à segurança e ética da sociedade, bem como ser intransferível a responsabilidade pela conduta, em razão da individualização da pena prevista no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal.

RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL DO MÉDICO

Tratando-se do profissional da saúde, sua responsabilidade civil é, em regra, de meio, e não de resultado. Assim, o médico não tem obrigação de garantir ao paciente à cura, contudo, é dever do profissional agir com diligência e cuidado, utilizando-se de todos os meios necessários para garantir a saúde do paciente, devendo fornecer informações acerca de seu diagnóstico e prognóstico, os possíveis tratamentos, bem como eventuais resultados. Logo, o médico, sendo considerado um profissional liberal, responde de forma subjetiva, perfazendo, assim, a necessidade da vítima em evidenciar que o profissional agiu com dolo ou culpa.

Como sobredito, a responsabilidade civil do profissional de saúde é, em regra, de obrigação de meio, havendo, no entanto, exceção quanto aos anestesistas e aos cirurgiões plásticos, sendo que nestes casos a doutrina majoritária entende que estes profissionais devem garantir o êxito do procedimento realizado no paciente, incumbindo, neste caso, a obrigação de resultado. Nesta perspectiva, é a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA EMBELEZADORA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SÚMULA 83/STJ. POSSIBILIDADE DE O PROFISSIONAL DE SAÚDE ELIDIR SUA CULPA MEDIANTE PROVA. PERÍCIA QUE COMPROVA O NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. ANÁLISE OBSTADA PELA SÚMULA 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM RAZOABILIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. De acordo com vasta doutrina e jurisprudência, a cirurgia plástica estética é obrigação de resultado, uma vez que o objetivo do paciente é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o cirurgião a proporcionar-lhe o resultado pretendido. 2. A reforma do aresto no tocante à comprovação do nexo de causalidade entre a conduta médica e os danos experimentados pela recorrente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do complexo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7/STJ. 3. A revisão da indenização por danos morais só é possível em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ausentes tais hipóteses, incide a Súmula n. 7/STJ a impedir o conhecimento do recurso. 4. No caso vertente, verifica-se que o

> Tribunal de origem arbitra o quantum indenizatório em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), pelos danos morais que a recorrida experimentou em decorrência do erro médico produzido pelo recorrente, que além de ter contrariado as expectativas da paciente com os resultados alcançados na cirurgia íntima de natureza estética a que foi submetida, gerou-lhe prejuízos em sua saúde. 5. Agravo regimental não provido.[30]

Ademais, por se tratar de uma relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, §4º, dispõe sobre o tema:

> Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> [...]
>
> § 4° - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Como já declinado no presente trabalho, ressalta-se que, tratando-se das Testemunhas de Jeová e o atendimento médico fornecido pelo profissional da saúde, ocorre um choque entre dois direitos fundamentais, quais sejam, o direito à vida e o direito à liberdade religiosa. Assim, além de não ser exigível do profissional da saúde o conhecimento jurídico necessário para resolver esta controvérsia, a jurisprudência pátria não é pacífica acerca das consequências da atuação médica nestes casos, razão pela qual busca-se saber se o ato do médico em realizar transfusão de sangue em um enfermo Testemunha de Jeová, sem a sua anuência, gera ao profissional encargos na esfera cível ou criminal.

A priori, conforme já delineado, a liberdade de crença, embora um direito fundamental positivado no texto constitucional, não é absoluta, haja vista que a doutrina judiciária é pacífica ao afirmar que, analisando-se caso a caso e

[30] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Recurso Especial* : 3281102013/0110013-4/RS. Quarta Turma. Agravo Regimental. Ação de indenização. Danos morais e materiais. Erro médico. Cirurgia plástica embelezadora. Obrigação de resultado. Súmula 83/STJ. Possibilidade de o profissional de saúde elidir sua culpa mediante prova. Perícia que comprova o nexo de causalidade. Reexame de provas. Análise obstada pela súmula 7/STJ. Quantum indenizatório fixado com razoabilidade. Recurso a que se nega provimento. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. Brasília/DF: 25 de setembro de 2013. **JusBrasil**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24202906/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-aresp-328110-rs-2013-0110013-4-stj/inteiro-teor-24202907>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

observado a proporcionalidade e razoabilidade, é necessário contrabalancear a aplicação de direitos fundamentais conflitantes, a fim de afastar sua aplicação no caso concreto. Neste sentido lecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

> Temos plena convicção de que, no caso da realização de transfusão de sangue em pacientes que não aceitam esse tratamento, o direito à vida se sobrepõe ao direito à liberdade religiosa, uma vez que a vida é o pressuposto da aquisição de todos os outros direitos. Além disso, como já colocado, a manutenção da vida é interesse da sociedade e não só do indivíduo. Ou seja, mesmo que, intimamente, por força de seu fervor, ele se sinta violado pela transfusão feita, o interesse social na manutenção de sua vida justificaria a conduta cerceadora de sua opção religiosa[31].

Ante o exposto, tratando-se de eventual responsabilização civil do médico que cumprir com seu dever de salvar a vida de um enfermo que, em iminente risco à vida, segue rigorosamente a religião que o restringe a eventuais tratamentos médicos, não havendo, para tanto, métodos alternativos viáveis, o médico não deverá responder civilmente, isso porque as próprias Resoluções do Conselho Federal da Medicina - CFM, estas utilizadas como fundamentação de decisões judiciais nestes casos, garantem essa prerrogativa ao médico.

Em relação à responsabilização criminal do médico, a atuação médica encontra amparo no Código Penal, em seu artigo 146, § 3º, inciso I, o qual regulamenta uma excludente de ilicitude específica à atuação médica, visando a proteção da vida do paciente:

> Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:
>
> [...]
>
> §3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:
>
> I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

Por outro lado, o próprio Código Penal prevê, em seu artigo 135, o crime de "omissão de socorro": "Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, a criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida,

[31] GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil 3*. São Paulo: Ed. Saraiva, 10ª edição, 2012, p. 277.

ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública". Assim, analisando-se as disposições legais aplicáveis ao caso concreto, principalmente em relação à responsabilização criminal do médico, este deve incorrer em priorizar a vida humana, devendo, para tanto, utilizar dos métodos possíveis para a obtenção deste fim, podendo, se não o fizer, incorrer em sanções penais expressamente tipificadas.

RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL

Como regra geral, a responsabilidade civil do hospital pelos serviços prestados por seus colaboradores é objetiva, visto que, sendo o hospital um fornecedor de serviços relativos à preservação e manutenção de saúde, é responsável por eventuais danos causados a seus pacientes, conforme demonstra o artigo 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor:

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

Ademais, importante destacar que cabe ao hospital, se for o caso, o direito de regresso em face do profissional de saúde, o qual responderá, em face ao hospital, na modalidade subjetiva, nos termos do artigo 934 do Código Civil: "Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendentes seu, absoluta ou relativamente incapaz". Neste sentido, é necessário destacar a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

> Se o médico tem vínculo empregatício com o hospital, integrando a sua equipe médica, responde objetivamente a casa de saúde, como prestadora de serviços, nos termos do art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor, provada a culpa daquele. No entanto, se o profissional apenas utiliza o hospital para internar os seus pacientes particulares, responde com exclusividade pelo seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento[32].

Em síntese conclusiva, tratando-se exclusivamente da responsabilidade civil, a qual, diferentemente da responsabilidade criminal, não é revestida do princípio da individualização, é dever e direito do hospital fiscalizar a prestação dos

[32] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil 4*. São Paulo: Ed. Saraiva, 9ª Edição, 2014, p. 229.

serviços, orientando seus colaboradores na atuação médica, haja vista que, quando demandado por danos causados na atuação médica, responderá perante a vítima, independentemente de dolo ou culpa de sua parte.

DIREITO COMPARADO

O fenômeno da globalização atinge não somente o mundo político, mas também a esfera jurídica e religiosa. Em se tratando das Testemunhas de Jeová, com base na pesquisa realizada pelo JW.org – Site Oficial das Testemunhas de Jeová, em mais de 240 países e territórios existem a pregação desta fé, de maneira que nestes lugares também existem impasses quanto à temática do trabalho: direito à vida e à liberdade religiosa.

Na América do Norte, especificamente nos Estados Unidos da América (EUA), a emenda de 1.990, conhecida mundialmente como *Patient Self-Determination Act* (Ato de Auto-Determinação do Paciente), dentre outros assuntos, assegura a autonomia do paciente em decidir, no momento ou antecipadamente, qual tratamento médico quer se submeter. Em casos que o paciente esteja inconsciente, a emenda supradita garante a autonomia de escolha do enfermo através das "Diretivas Antecipadas", a qual deve ser realizada em momento anterior quando o paciente, de forma livre e consciente, declara expressamente a sua vontade em casos de inconsciência e entregue aos profissionais da saúde por pessoa legalmente responsável, curador ou outros. Por outro lado, não havendo esta ressalva, os médicos devem usar dos meios em que considerem necessários para preservar a vida do paciente diante de graves situações ou inconsciência.

Tratando-se do Canadá, o Tribunal de Recurso de Ontário (Ontario Court of Appeal 72 O.R 2d 417, 1989), decidiu em favor da paciente Testemunha de Jeová que, devido a um acidente automobilístico, fora internada e, de forma expressa, recusou transfusão sanguínea em seu tratamento. Ignorando tal decisão, o médico responsável administrou a transfusão de sangue com o fim de salvar a vida da paciente, a qual, posteriormente, se recuperou e demandou ação em face do profissional. O caso ficou conhecido como Millete vs. Schulman, por meio do qual o médico foi condenado a pagar o montante de U$ 20.000,00 (vinte mil dólares) em razão dos danos sofridos. Ou seja, a paciente não teve sua autonomia de escolha com base em preceitos religiosos respeitada, apesar de ter expressamente pré-avisado o médico, razão pela qual fez jus à indenização devida.

Em relação à legislação inerente aos países Europeus, na França, na cidade de Lille, no mês de março do ano de 2002 fora promulgada uma lei que impôs aos médicos que considerem a crença de seus pacientes durante o tratamento terapêutico. No mesmo ano, uma jovem paciente de 24 anos professante da religião "Testemunha de Jeová", em estado de parto na maternidade de Valenciennes, sofreu hemorragia e fora submetida à transfusão de sangue contra a sua vontade. Após sua melhora, ingressou na justiça e foi vitoriosa na corte francesa de Lille, a qual decretou que os médicos agiram ilegalmente, visto que a jovem, maior e capaz, exprimiu sua vontade de não ser submetida àquele tipo de tratamento médico, o que não foi acatado pelos profissionais.

Em contrapartida, ainda na França, em 1991 o Sr. Sunil de 44 anos fora hospitalizado no centro cirúrgico de West Paris, em La Garenne-Colombes com quadro de insuficiência renal aguda. Após ter sido transferido para Tenon, em Paris, onde, por meio de uma carta escrita o paciente declarou ser Testemunha de Jeová, recusando, assim, que lhe fosse administrado produtos sanguíneos, o médico, com o intuito de salvar a vida do paciente com anemia grave, administrou transfusão de sangue no mesmo que, em pouco tempo depois, veio a óbito. A esposa do falecido demandou ação contra o médico responsável pelo tratamento e perdeu na mais alta instância da França, como alude a publicação na coleção Lebon nº 198546 de 26 de outubro de 2001:

> **Résumé**: 55-03-01-02, 60-02-01-01-02-02 L'obligation pour le médecin de sauver la vie ne prévaut pas de manière générale sur celle de respecter la volonté du malade. Toutefois ne commet pas de faute de nature à engager la responsabilité du service public le médecin qui, quelle que soit son obligation de respecter la volonté de son patient fondée sur ses convictions religieuses, a choisi , compte tenu de la situation extrême dans laquelle celui-ci se trouvait, dans le seul but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état.[33]

[33] Resumo: 55-03-01-02, 60-02-01-01-02-02. A obrigação do médico de salvar vidas geralmente não prevalece sobre a de respeitar os desejos do paciente. No entanto, o médico que, qualquer que seja sua obrigação de respeitar os desejos de seu paciente com base em suas convicções religiosas, optou por não responsabilizar o serviço público, levando em consideração a situação extrema em que ele foi, com o único objetivo de tentar salvá-lo, realiza um ato essencial à sua sobrevivência e proporcional à sua condição. Conselho do Estado da França. FRANÇA. Conselho de Estado da França. *Decisão em Litígio nº 198546*. **Coleção Lebon**: 26 de Outubro de 2001. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008072785&fastReqId=71241732&fastPos=1>. Acesso em: 18 de abr. de 2020.

Com relação à Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em outubro de 1971, proferiu decisão em um julgamento instaurado em face de um casal religioso, integrantes da Evangelischer Bruderverein (Irmandade Evangélica), em que a esposa, com quadro de anemia severa, não permitiu ser submetida à transfusão de sangue, com o consentimento do seu esposo, ambos envolvidos de grande fé. Visto que a paciente se encontrou nesta situação após o nascimento do quarto filho e, após o casal ter sido alertado quanto à gravidade do caso e a imprescindível transfusão sanguínea, a paciente faleceu. Diante do caso, o marido, embora tenha sido condenado pelo Tribunal Estadual de Ulm por omissão de socorro, logrou vitória no Tribunal Constitucional da Alemanha, o qual reformou a decisão devido à clara violação do direito de confissão de crença e do direito fundamental à liberdade de crença.

Por fim, na América do Sul, mais especificamente no Chile, notam-se dois casos muito repercutidos naquele país. O primeiro deles ocorreu em 1996, por meio do qual a Corte de Apelações de Santiago, no 'Recurso de Protección Rol 805-96', rejeitou o pedido do Hospital San José, o qual pretendia incluir no tratamento do paciente Testemunha de Jeová, em desacordo com sua vontade, a transfusão de sangue, tendo como pretexto que o direito à vida, sendo ela o bem maior.

No segundo caso, ocorrido no ano de 2001, a Corte de Apelações de Valparaíso encerrou uma ação proposta por familiares do paciente falecido em razão de uma hemorragia digestiva, a qual foi interposta em face da esposa e do médico (ambos Testemunhas de Jeová). Naquele caso, embora o paciente não fosse Testemunha de Jeová, este se negou a receber transfusão de sangue, tendo informado à enfermeira que não consentia com a transfusão de sangue, a qual anotou sua vontade em sua ficha clínica. Assim, estabelecendo-se que o titular da vontade é única e exclusivamente o paciente, a Corte decidiu por absolver a esposa e o médico, visto que respeitaram a vontade do paciente.

Diante do exposto, tendo em vista a pluralidade de casos apresentados, podemos desde já notar que o direito à vida e o direito à liberdade religiosa se conflitam não só no Brasil, cabendo muitas vezes ao Poder Judiciário dos países o poder de decisão. Apesar disso, nota-se que, na maioria dos casos ocorridos no âmbito internacional, ainda que em casos de iminente risco à vida do paciente, deve-se respeitar a vontade deste (professante ou não da fé tida como testemunha de Jeová), haja vista o consentimento informado, a autonomia e a dignidade do paciente.

Porém, embora a predominância deste entendimento em outros países, os quais diferem da concepção adotada pelo Brasil, referida visão não é unânime, pois, até mesmo dentro do mesmo país, um caso concreto, embora parecido, não necessariamente deverá ser aplicado a outro.

CONCLUSÃO

Conforme visto, as decisões dos adeptos à religião "Testemunhas de Jeová", no sentido de recusar tratamento com transfusão de sangue com base em sua liberdade religiosa, principalmente em casos de iminente risco à vida, causa polêmica e repercussão em meio a sociedade. Porém, independentemente do fundamento utilizado para a escusa do paciente, seja jurídico, religioso ou científico, é necessário uma análise técnica do caso, afastando-se qualquer preconceito.

Haja vista que o dever do médico é curar, tanto que a medicina é uma profissão a serviço do ser humano e da coletividade, devendo esta ser exercida sem discriminação de qualquer natureza, é evidente que os profissionais da saúde, embora tenham uma ideia base acerca das normas que regulamentam sua atividade profissional, não podem ser alvos de persecuções penais ou de processos que buscam sua responsabilização civil ou administrativa. Isto porque o médico, não sendo um operador do Direito, não tem a perícia técnico-jurídica necessária para distinguir, em um caso concreto, qual norma ou princípio constitucional deve ser aplicado. Ademais, sequer a própria jurisprudência e doutrina são unânimes ao decidir sobre o correto posicionamento jurídico *in casu*, tendo em vista ser possível encontrar diversas decisões judiciais em sentidos manifestamente opostos, o que inviabiliza a segurança jurídica do médico no exercício de sua função.

Desta forma, o enfoque do presente trabalho é a busca pelo aconselhamento responsável ao profissional da saúde que, vendo-se em uma situação em que se deve escolher entre a vida do paciente e o respeito à sua liberdade religiosa, deve optar por uma em detrimento da outra. Isto porque, em que pese a inexistência de segurança jurídica nestes casos, é possível, analisando-se os precedentes e a legislação nacional, orientar o viés da atuação médica, a fim de evitar os riscos de uma eventual responsabilização civil, administrativa ou criminal.

A vista do até aqui exposto, aconselha-se que, quando o profissional da saúde se deparar com um paciente professante da religião "Testemunha de Jeová" que se recusa a receber tratamento terapêutico, o hospital e seus colaboradores deverão observar o grau de iminente risco à vida do paciente e a disponibilidade de tratamentos alternativos. Isto porque, se demonstrado que a escusa o paciente ao tratamento não lhe acarretará danos à sua saúde, ou que é possível a substituição da transfusão de sangue por tratamento análogo que

não utilize componentes sanguíneos, os profissionais da saúde têm o dever de respeitar a opção do paciente, fornecendo-lhe tratamentos diferenciados que, não obstante não tenham a mesma eficácia, garantem a restauração da saúde plena do paciente.

Porém, tratando-se de pacientes Testemunhas de Jeová que, sendo plenamente capazes, comparecem em situação de iminente risco à vida ao pronto-socorro do hospital e, conscientemente ou através de documento de antecipação de vontade, optam pela não realização da transfusão sanguínea, os profissionais da saúde devem observar se há disponível outro meio alternativo para resguardar a vida do paciente. Não sendo constatado método alternativo elegível, a jurisprudência, embora não seja unânime, concede ao profissional da saúde o direito de ignorar a recusa do paciente, a fim de implementar todos os procedimentos necessários para salvaguardar a vida deste, inclusive a transfusão sanguínea, desde que alicerceado em casos de iminente risco à vida.

Por fim, tratando-se do tratamento de pessoa incapaz, independentemente da idade do paciente, é comum ocorrer resistência, por parte dos familiares ou do próprio incapaz, ambos adeptos à supracitada religião, à transfusão sanguínea, ainda que em iminente risco à vida. Neste caso, a atuação médica também deve orientar-se no sentido de buscar métodos alternativos para a consecução do procedimento. Todavia, não sendo possível eleger meio alternativo à hemotransfusão e verificada o risco iminente à vida do menor, os profissionais da saúde devem ignorar a recusa dos pais e do incapaz, preconizando-se o direito à inviolabilidade da vida, com o intento de evitar um dano irreparável ao paciente, haja vista que não cabe ao incapaz, tão pouco aos seus familiares, decidir pela vida ou morte.

Cumpre ressaltar que, conforme aduzido em linhas pretéritas, há o documento denominado “Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde”, no qual, comumente, os membros da religião “Testemunhas de Jeová” carregam consigo, sendo este um mecanismo de manifestação de vontade quando o paciente encontrar-se inconsciente, podendo, por meio dele, optar pela não realização de transfusão sanguínea no tratamento médico, bem como nomeando um ou mais procuradores para a tomada de decisões enquanto em estado de inconsciência.

A despeito deste documento, Álvaro Villaça Azevedo leciona que se trata de um instrumento de antecipação de vontade, o qual possui validade jurídica plena,

vez que determina, previamente, as diretrizes para o tratamento de saúde e intervenção médica a serem seguidos pelos profissionais de saúde designados para o atendimento daquele paciente.

Desta forma, por constituir instrumento com validade jurídica plena, por meio do qual o paciente manifestamente determina a não aceitação de certos métodos de tratamento médico, elegendo tratamentos alternativos, deve-se atender, quando possível, a autonomia da vontade do indivíduo, principalmente para estabelecer um vínculo de respeito e confiança na relação médico-paciente. Lembrando, para tanto, que se os profissionais de saúde ignorarem o instrumento de antecipação de vontade e submeterem o paciente a tratamento incompatível com sua decisão, havendo, no caso concreto, tratamentos alternativos elegíveis, estarão sujeitos à responsabilização ética e legal.

Em última análise, é imprescindível que, na prática, o hospital oriente seus profissionais da saúde a balizarem suas condutas médicas com base no grau de risco à vida do paciente, respeitando-se ao máximo a vida e a liberdade de crença do paciente e buscando, se possível, a realização de procedimentos análogos à transfusão de sangue, a fim de suprimir eventuais processos civis, administrativos e criminais instaurados para apurar sua responsabilidade profissional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 5ª Edição, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Autonomia do Paciente e Direito de Escolha de Tratamento Médico sem Transfusão de Sangue*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

BACHEGA, Leandro. A Liberdade e Seus Limites: John Stuart Mill e Isaiah Berlin. *Estadão*, 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/a-liberdade-limites-mill-berlin/>. Acesso em: 27 de ago. de 2020.

BARÇA, Marcelo. Cirurgia Plástica Estética Implica Obrigação de Resultado. *Conjur*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-02/opiniao-cirurgia-plastica-estetica-implica-obrigacao-resultado>. Acesso em 25 de set. de 2020.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Atlas, 2005. p. 115.

BERRI, Carolina Heloisa Guchel. Conduta Médica no Atendimento a Pacientes Testemunhas de Jeová. *Âmbito Jurídico*, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-107/conduta-medica-no-atendimento-a-pacientes-testemunhas-de-jeova/>. Acesso em: 13 de abr. de 2020.

BORNHOLDT, Suzana Ramos Coutinho. "Proclamadores do Reino de Deus": Missão e as Testemunhas de Jeová. *Universidade Federal da Santa Catarina*, 2004. Disponível em:<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/86903/203049.pdf?sequence=1>. Acesso em: 08 de ago. de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/DOU constituicao88.pdf>. Acesso em: 13 de abr. de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. Código Penal. *Palácio do Planalto*. Rio de Janeiro/RJ: dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 de abr. de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Palácio do Planalto*. Brasília/DF: Jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 16 de abr. de 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Palácio do Planalto.* Brasília/DF: Set. 1990 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 16 de abr. de 2020.

BRASIL. Parecer nº 1.072, de 29 de Junho de 1998. Transfusão de Sangue – Testemunha de Jeová. *Reunião Plenária nº 996.* Curitiba/PR: Conselho Regional de Medicina do Estado do Paraná. Relator Antônio Celso Cavalcanti de Albuquerque, 1998. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmpr/pareceres/1998/1072_1998.htm>. Acesso em: 15 de abr. de 2020.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2018. Dispõe Sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade Sobre Tratamentos de Saúde. *Senado Federal.* Brasília/DF, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento? dm=7653063&disposition=inline#:~:text=benef%C3%ADcios%20delas%20decorrentes.-, Art.,no%20inciso%20III%20do%20art.>. Acesso em 16 de set. de 2020.

BRASIL. Resolução CFM nº 1.931, de 24 de Setembro de 2009. Aprova o Código de Ética Médica. *Diário Oficial da União.* Brasília/DF: Conselho Federal da Medicina, 2009. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2009/1931>. Acesso em: 14 de abr. de 2020.

BRASIL. Resolução CFM nº 2.232, de 17 de julho de 2019. Estabelece Normas Éticas Para a Recusa Terapêutica por Pacientes e Objeção de Consciência na Relação Médico-Paciente. *Diário Oficial da União.* Brasília/DF: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-2.232-de-17-de-julho-de-2019-216318370>. Acesso em: 15 de abr. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial: 3281102013/0110013-4/RS. Quarta Turma. Agravo Regimental. Ação de indenização. Danos morais e materiais. Erro médico. Cirurgia plástica embelezadora. Obrigação de resultado. Súmula 83/STJ. Possibilidade de o profissional de saúde elidir sua culpa mediante prova. Perícia que comprova o nexo de causalidade. Reexame de provas. Análise obstada pela súmula 7/STJ. Quantum indenizatório fixado com razoabilidade. Recurso a que se nega provimento. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. Brasília/DF: 25 de setembro de 2013. *JusBrasil.* Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24202906/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-aresp-328110-rs-2013-0110013-4-stj/inteiro-teor-24202907>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus (HC): 268459 SP 2013/0106116-5, *Sexta Turma.* Processo Penal. Habeas Corpus. Homicídio. Impetração Como Sucedâneo Recursal, Apresentada Depois da Interposição de Todos os Recursos Cabíveis. Impropriedade da Via Eleita. Questões Diversas Daquelas já Assentadas em ARESP e RHC por Esta Corte. Patente Ilegalidade. Reconhecimento. Liberdade Religiosa. Âmbito de Exercício. Bioética e Biodireito: Princípio da Autonomia. Relevância do Consentimento Atinente à Situação de Risco de Vida de Adolescente. Dever Médico de Intervenção. Atipicidade da Conduta. Reconhecimento. Ordem Concedida de Ofício Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Brasíila/DF. 02 de Setembro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153372740/habeas-corpus-hc-268459-sp-2013-0106116-5/relatorio-e-voto-153372754>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 618/DF*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5769402>. Acesso em: 28 de abr. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário: 1212272 AL*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5703626>. Acesso em: 28 de abr. de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Civil: 2003.71.02.000155-6RS, *Terceira Turma,* Direito à Vida. Transfusão de Sangue. Testemunhas de Jeová. Denunciação da Lide Indeferida. Legitimidade Passiva da União. Liberdade de Crença Religiosa e Direito à Vida. Impossibilidade de Recusa de Tratamento Médico Quando Há Risco de Vida de Menor. Vontade dos Pais Substituída pela Manifestação Judicial Relatora: Desembargadora Vânia Hack De Almeida. 24 de outubro de 2006. Diário de Justiça. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1230141/apelacao-civel-ac-155?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Civil: 595000373 RS*, Sexta Câmara Cível. Cautelar. Transfusão de Sangue. Testemunhas de Jeová. Relator: Desembargador Sérgio Gischkow Pereira. 28 de março de 1995. Diário de Justiça. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6956801/apelacao-civel-ac-595000373-rs-tjrs>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Civil: 1003243-34.2018.8.26.0347, *Terceira Câmara de Direito Público.* Apelação Cível – Tutela de Urgência Auto Satisfativa – Transfusão de sangue – Testemunha de Jeová – Direitos Fundamentais. Relator: Desembargador Marrey Uint. 20 de agosto de 2019. Diário de Justiça. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/887997063/apelacao-civel-ac-10032433420188260347-sp-1003243-3420188260347/inteiro-teor-887997111?ref=juris-tabs>. Acesso em: 08 de out. de 2020.

CLEMENTINO, Isabella. As Negativas de Tratamentos Médicos: Uma Análise Dos Casos de Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. *Âmbito Jurídico*, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/as-negativas-de-tratamentos-medicos-uma-analise-dos-casos-de-recusa-de-transfusao-de-sangue-por-testemunhas-de-jeova/>. Acesso em: 17 de abr. de 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil* – Obrigações. Responsabilidade Civil. São Paulo: Ed Saraiva, 5ª edição, 2012.

FRANÇA. Conselho de Estado da França. Decisão em Litígio nº 198546. *Coleção Lebon*, 26 de Outubro de 2001. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT 000008072785&fastReqId=71241732&fastPos=1>. Acesso em: 18 de abr. de 2020.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. Erro Médico e Responsabilidade Civil. *Conselho Federal de Medicina*. Brasília/DF: Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012, p. 33 Disponível em <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/erromedicoresponsabilidadecivil.pdf>. Acesso em 08 de outubro de 2020.

COSTA, Mikaela. Autonomia de Vontade e Consentimento Esclarecido: Uma Análise Sobre os Pacientes Testemunhas de Jeová. *Âmbito Jurídico*, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/autonomia-de-vontade-e-consentimento-esclarecido-uma-analise-sobre-os-pacientes-testemunhas-de-jeova/>. Acesso em: 19 de abr. de 2020.

FOLHA ONLINE. Testemunha de Jeová Francesa Vence Caso Sobre Transfusão de Sangue. *Folha Online*, 2002. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/folha/reuters/ult112u20855.shtml>. Acesso em: 18 de abr. de 2020.

GAARDER, Jostein; HELLERN Victor; NOTAKER Henry. *O Livro das Religiões*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil 3*. São Paulo: Ed. Saraiva, 10ª edição, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* responsabilidade civil. São Paulo: Ed. Saraiva, 07ª Edição, Volume 04, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil 4*. São Paulo: Ed. Saraiva, 9ª Edição, 2014.

JW.ORG. Quantas Testemunhas de Jeová Existem em Todo o Mundo?. *JW.ORG/ Site Oficial das Testemunhas de Jeová.* Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/quantos-membros-tj>. Acesso em: 18 de abr. de 2020.

JW.ORG. Testemunhas de Jeová – Quem Somos Nós. *JW.ORG/Site Oficial das Testemunhas de Jeová.* Disponível em: <https://www.jw.org/pt/>. Acesso em: 15 de abr. de 2020.

LAZARIN, Gabrielle Vasconcelos. Diretivas Antecipadas de Vontade: Análise Constitucional do Direito Fundamental à Morte Digna. *AJUFESC*, 2020. Disponível em: <https://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2020/03/Gabrielle-Vasconcellos-Lazarin.pdf>. Acesso em: 06 de out. de 2020.

LEAL, Alane Santana Vargas. A Responsabilidade Civil do Médico nas Transfusões de Sangue Contra a Vontade do Paciente Devido a Crença Religiosa. *Núcleo do Conhecimento.* 2017. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/responsabilidade-civil-do-medico>. Acesso em: 17 de abr. de 2020.

LEIRIA, Claúdio da Silva. Religiosos Têm Direito a Negar Transfusão de Sangue. *Consultor Jurídico*. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jun-20/testemunhas-jeova-direito-negar-transfusao-sangue?pagina=17>. Acesso em: 19 de abr. de 2020.

MESQUITA, Fausto Freire de. Aspectos Gerais Sobre a Responsabilidade Civil do Anestesista: Obrigação de Meio ou de Resultado?. *JusBrasil*, 2018. Disponível em: <https://faustofreire.jusbrasil.com.br/artigos/589432308/aspectos-gerais-sobre-a-responsabilidade-civil-do-anestesista-obrigacao-de-meio-ou-de-resultado#:~:text=Na%20maioria%20das%20ocasi%C3%B5es%2C%20a,certeza%20de%20determinado%20efeito%20final>. Acesso em: 26 de set. de 2020.

MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. *Direitas Já,* 2013. Disponível em: <https://direitasja.files.wordpress.com/2013/09/mill-john-stuart-ensaio-sobre-a-liberdade.pdf>. Acesso em: 15 de set. de 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral*. São Paulo: Ed. Atlas, 8ª edição, 2007.

NELSON, Thomas. *Bíblia Sagrada. Nova Versão Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Leitura Perfeita. 1ª Edição, 2018.

OLIVEIRA, Eduardo Vinícius de. Responsabilidade Civil do Médico na Recusa de Transfusão Sanguínea. *JusBrasil*, 2016. Disponível em: <https://evoliveiraesem.jusbrasil.com.br/artigos/433197440/responsabilidade-civil-do-medico-na-recusa-de-transfusao-sanguinea>. Acesso em: 17 de abr. de 2020.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino. Testemunhas de Jeová e a Transfusão de Sangue. *Migalhas*, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/313870/testemunhas-de-jeova-e-a-transfusao-de-sangue>. Acesso em: 13 de abr. de 2020.

SHYMIDT, Poliana Ferreira. Responsabilidade Civil Médica Diante de Transfusão de Sangue Contra a Vontade do Paciente Por Motivo de Crença Religiosa. *Universidade Vale do Rio Doce*, 2009 Disponível em: <http://www.pergamum.univale.br/pergamum/tcc/Responsabilidadecivilmedicadiantedatransfusaodesanguecontraavontadedopacientepormotivodecrencareligiosa.pdf>. Acesso em: 17 de abr. de 2020.

SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

SOUZA, Zelita da Silva; MORAES, Marian Izabel Dias Miorim. A Ética Médica e o Respeito às Crenças Religiosas. *Revista Bioética*. Disponível em: <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/329/397>. Acesso em: 02 de ago. de 2020.

YEPES, Stork Ricardo; ECHEVARRÍA, Javier Aranguren. Tradução: Patrícia Carol Dwyer. *Fundamentos de antroplogia:* um ideal de excelência humana. Sao Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência "Raimundo Lúlio" Ramon Llull, 2005, p. 58.

Parecer Jurídico:
Reativação de Linha Ferroviária onde há Assentamento de Famílias

Danúbia Ramos Nunes

Guilherme Pinheiro

Júlia Santorsula

Marcela Bertolini

Ricardo Pinha Alonso

INTRODUÇÃO

Conforme tema apresentado, o município possui determinada área em que estão assentadas famílias, e nessa área há todos os serviços públicos disponíveis, pois se trata de uma área habitável. Entretanto, esse lugar pertence à União e somente é sediado dentro do município, sendo assim, num futuro próximo a área deverá ser utilizada pela retomada de uma linha ferroviária, com a necessidade iminente da retirada dessas famílias do local. Portanto, o presente trabalho apresentará vertentes para solucionar a situação problemática dentro do contexto jurídico, visando analisar e demonstrar ambos os lados da situação frente aos princípios basilares do direito e da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro.

Nos parâmetros da Constituição Federal, sabemos e reconhecemos que a dignidade da pessoa humana versa sobre todos os campos do direito brasileiro, sendo o princípio base para nortear ações do Estado e ações do cidadão detentor de direitos e obrigações dentro da vida pública e particular. Assim posto, tal fato não seria diferente com a ação da administração pública e estatutos municipais e federais que prezam e visam pelo bem-estar social.

O direito à moradia, reconhecido e protegido constitucionalmente por se tratar de um direito fundamental, abrange a dignidade da pessoa humana por ser um pressuposto da vida digna, assim como um direito social, deve também incorporar a propriedade juntamente com seus fins sociais.

Por fim, Supremacia do Interesse Público frente ao Interesse Privado será de suma importância para tomada de decisões no caso, pois sabemos que a União como administração encontrar motivo válido e importante para resguardar o seu interesse público, poderá fazê-lo frente ao privado.

DO DIREITO À MORADIA E SEUS CONCEITOS, DOS DIREITOS SOCIAIS E A HISTORICIDADE DA MORADIA FRENTE ÀS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Da Historicidade do Direito à Moradia e dos Direitos Sociais

Como um dos direitos fundamentais, a moradia foi recepcionada no Brasil, expressamente, no ano de 2000, através da Emenda Constitucional nº 26, pela Constituição Federal de 1988, sendo reconhecida como um dos pressupostos

iniciais a uma vida digna a partir de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Logo, observa-se que desde tempos remotos é visto que o homem necessita de um local para se abrigar e repousar, necessita de um local onde possa se resguardar e viver uma vida digna.

Foi através da Constituição de 1934 que tivemos grandes marcos evolutivos e históricos em relação aos direitos sociais, pois tal Constituição proporcionou e trouxe melhorias para grande parte dos brasileiros que outrora vivera de forma difícil e confusa quanto aos direitos sociais. Sendo assim, o que conhecemos hoje sobre os direitos sociais, toda essa proteção quanto ao cidadão e a sua forma de vida, ocorreu em razão da Constituição de 1934.

Os direitos sociais reconhecidos como direitos de segunda geração ou dimensão ou popularmente como direitos fundamentais apontados a partir do Título II da Constituição Federal de 1988, que além de demonstrar e efetivar taxativamente lei que vigore sobre o tema, apresenta também medidas protetivas que garantam a proteção dos próprios direitos em si, pois é imprescindível que para se viver em sociedade se faz necessário todo esse conjunto de normas, direitos e garantias.

Ainda na Constituição de 1934, foi trazido a público e aperfeiçoado o direito à propriedade, que também faz parte do rol de direitos fundamentais, que pode ser conceituado como o proprietário exercendo seu direito sobre determinado bem frente a terceiros, não proprietários. A partir de então, pela Constituição de 1934 foi conduzido as Constituições de 1937 e 1946 e aperfeiçoou-se em no direito amplo à propriedade que conhecemos atualmente, a propriedade como parte de todo o sistema capitalista, que se torna essencial para a natureza humana, que por consequência foi enquadrada no rol dos direitos individuais.

Noutro tempo, o conceito de propriedade caminhava longínquo quanto a efetivação de um conceito de moradia nas leis brasileiras, sendo que o marco em questões evolutivas do conceito foi na Constituição Federal de 1988, como já mencionado, em que a cidadania e a assistência ao indivíduo foram incorporadas expressamente.

Sendo assim, estabelece o Artigo 6º da Constituição Federal de 1988 que:

> 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 a infância, a assistência aos desamparados, a na forma desta Constituição. (EC nº 26/2000, EC nº 64/2010 e EC nº 90/2015).

Assim, a moradia tem status de Direito Social, o que reforça a ideia de que o Estado deve, através de iniciativas públicas e políticas sociais, oferecer moradia a aqueles que não detêm capacidades próprias para obtê-las, uma vez, que deve o homem ter um lugar para se resguardar e repousar ao longo da vida.

Dos conceitos de moradia

Ainda, em consonância com a Constituição Federal, o Artigo 5º, XI primeira parte, dispõe que, "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador. "

Neste sentido, acentua Nolasco (2008, p. 87) "[...] a casa é asilo inviolável do cidadão, a base de sua indivisibilidade, é, acima de tudo, como apregoou Edward Coke, no séc. XVI, "a casa de um homem é o seu castelo. ""

Por moradia, em aberto, entende-se o local onde o ser humano possa habitar, porém conceituando-a de uma forma mais restrita entendemos que moradia é o local digno de habitação, que dispõe dos devidos cuidados para efetivação do direito à moradia, como por exemplo, rede de saneamento básico, energia elétrica, sistema de água e esgoto.

Nolasco (2008, p. 88) define moradia como sendo a posse exclusiva de um lugar onde se tenha um amparo, que resguarde sua intimidade e se tenha condições para desenvolver práticas básicas da vida. Trata-se de um direito "*erga omnes*", ou seja, que atinge diretamente a todos, do mais humilde ao mais rico, pois é um lugar de sobrevivência do ser humano, que asila e acolhe a todos a sua volta, sendo que "[...] daí nasce o direito à sua inviolabilidade e a constitucionalidade de sua proteção. "

Ademais, quanto às características da moradia e um resumo do que já mencionado, salienta Sérgio Iglesias Nunes (2004, p. 43 – 45):

> A moradia consiste em bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, que permite a fixação em lugar determinado, não só no físico, como também a fixação dos seus interesses naturais da vida cotidiana, exercendo-se de forma definitiva pelo indivíduo e, secundariamente, recai o seu exercício em qualquer pouso ou local, mas sendo objeto de direito e protegido juridicamente. O bem da "moradia" é inerente à pessoa e independe de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós "moradia" é elemento essencial do ser humano e é um bem extrapatrimonial. A "a moradia" é uma situação de direito reconhecida pelo ordenamento jurídico, assim como ocorreu com o domicílio em relação à residência. Dessa forma, moradia também é uma qualificação legal reconhecida como direito inerente a todo o ser humano, notadamente, em face da natureza de direito essencial referente à personalidade humana.

Outrossim, a moradia é direito de todo ser humano que dele não se pode abrir mão, pois trata-se ainda de um direito personalíssimo, humano e fundamental ao homem e que por ele – o direito – o Estado deve realizar políticas públicas para garantir a sua imediaticidade e eficácia como qualquer outro direito social.

2.3. Direito à Moradia na Constituição Federal de 1988

Como já salientado, foi na Constituição Federal de 1988 que a moradia ganhou certo reconhecimento no âmbito jurídico, porém ainda com determinada lacuna a respeito do tema, isto é, houve a necessidade de outras normas jurídicas, e não só no Brasil, para torná-la mais eficiente.

Em outros dispositivos da Carta Magna, a moradia é elencada como um direito fundamental, daí reiteramos a capacidade de ser um direito essencial à vida e que abrange a todos, pois a importância da moradia é vista como uma necessidade primária do indivíduo, como, por exemplo, no Art. 7º, onde:

> 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 às 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.

Saliente-se também que o Art. 23, inciso IX da Constituição Federal de 1988, dispõe que "é de 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. "

Nota-se, mais uma vez, que é imprescindível a atuação do Estado como ente federativo agir através de políticas públicas bem-sucedidas para garantir que seja efetivado o direito à moradia, principalmente a parcela da população menos favorecida e com menores capacidades aquisitivas, pois a desigualdade social no Brasil ainda abrange a muitos.

Após ser elencada na Constituição como um direito fundamental foi necessária a criação do Estatuto da Cidade, por meio do qual houve maior efetivação do direito à moradia em âmbitos municipais, uma vez que somente o Estado trabalhando só não seria capaz garantir e fiscalizar tal direito.

DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Os Artigos 182 e 183 da Constituição Federal nos apresentam o direito à cidade, embora com nomes distintos. Sendo assim, tratam da política de desenvolvimento urbano, no qual garantem a função social da propriedade urbana e a usucapião.

Se observarmos todo o contexto histórico do Brasil, a formação de moradias em áreas ilegais está relacionada ao processo excludente da urbanização e da produção de habitação pelo Estado durante o século XX.

Em 2018, segundo dados da ONU cerca de 33 milhões de brasileiros não tinham onde morar e estes dados somente cresceriam nos próximos anos, o que atualmente diante das crises econômicas enfrentadas e inclusive da pandemia do Coronavírus, torna-se algo pouco realizável para muitos.

Demonstra ainda, a BBC News, que no ano de 2018, no Brasil, existiam 6,9 milhões de famílias sem casa para morar, porém, havia também cerca de 6,05 milhões de imóveis desocupados há décadas.

Na Constituição Federal, o direito à propriedade é garantido como direito fundamental através do Art. 5º, inciso XXII e ainda como pressuposto desse direito, o inciso XXIII dispõe que deve a propriedade atingir a sua função social, sendo regulamentada pelo Art. 182 da Constituição Federal de 1988.

A função social da propriedade está ligada ao cidadão, em proporcionar para este uma vida de qualidade e digna, sendo assim, se a propriedade cumpre com todos os requisitos estabelecidos em leis federais, estaduais e municipais está exercendo sua função social.

Dessa forma, a função social da propriedade é simples, pois a sociedade deve abranger e atingir não somente os interesses individuais do proprietário, mas também o interesse público para ser apta à proteção constitucional.

O Art. 182 traz que a política de desenvolvimento urbano será apresentada e executada pelo Poder Público municipal, vemos mais uma vez a efetivação de garantia do direito à moradia. Ora, cabe aos municípios regulamentarem tal política de desenvolvimento e ainda ordenar o desenvolvimento das funções sociais propriedade nas cidades e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Destarte, com o objetivo de se fazer cumprir a função social da propriedade, foi criado em 2003 o Ministério da Cidade, órgão este que veio a ser extinto em 2019 com suas funções sendo atribuídas ao Ministério de Desenvolvimento Regional.

> O Ministério de Desenvolvimento Regional integrado a Secretaria Nacional de Desenvolvimento Regional e Urbano, busca estabelecer metas de desenvolvimento regional e urbano, com vistas a diminuir as desigualdades sociais causadas pelo crescimento das cidades por meio do planejamento territorial urbano e da política fundiária dos municípios.

Em 2001, foi criada a Lei Federal 10.257, que aponta instrumentos jurídicos para serem utilizados na gestão das cidades, quais sejam:

> Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:
>
> I – Planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;
>
> II – Planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;
>
> III – Planejamento municipal, em especial:
>
> a) plano diretor;
> b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;
> c) zoneamento ambiental;
> d) plano plurianual;
> e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual;
> f) gestão orçamentária participativa;
> g) planos, programas e projetos setoriais;
> h) planos de desenvolvimento econômico e social;
> IV – Institutos tributários e financeiros;
> V – Institutos jurídicos e políticos:
> a) desapropriação;
> b) servidão administrativa;
> c) limitações administrativas;
> d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano;
> e) instituição de unidades de conservação;
> f) instituição de zonas especiais de interesse social;
> g) concessão de direito real de uso;
> h) concessão de uso especial para fins de moradia;
> i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;
> j) usucapião especial de imóvel urbano;
> l) direito de superfície;
> m) direito de preempção;
> n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso;
> o) transferência do direito de construir;
> p) operações urbanas consorciadas;
> q) regularização fundiária;
> r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos;
> s) referendo popular e plebiscito;

> VI – Estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).
>
> § 1o Os instrumentos mencionados neste artigo, regem-se pela legislação que lhes é própria, observado o disposto nesta Lei.
>
> § 2o Nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área, a concessão de direito real de uso de imóveis públicos poderá ser contratada coletivamente.
>
> § 3o Os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil.

Como visto, são instrumentos jurídicos que buscam estabelecer e disciplinar a edificação e o desenvolvimento das cidades com objetivo de zelar pela dignidade da pessoa humana e manter o órgão público frente ao que ocorre nas áreas de habitação.

Adiante, o enunciado do Art.183, estabelece em seu caput que "aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptos e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe à o domínio. " Tal instituto engloba não somente áreas bem acentuadas das cidades, mas também aqueles que vivem em assentamentos de riscos, dando recurso especial aqueles menos favorecidos que habitam tais locais.

Como mencionada, a questão da desigualdade social é enorme em nosso país, assim como um dos resultados dessa desigualdade, há a impossibilidade de acesso à moradia por todos os cidadãos. Com o instituto da usucapião, nasce a possibilidade para os menos favorecidos a adotarem e terem uma moradia mesmo que diante disso haja alguns riscos.

DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO

Como sabemos, os princípios regem nosso ordenamento jurídico, de forma geral nos mostram quais os caminhos a seguir na resolução de um conflito quando a lei for omissa ou quando houver choque entre diversas leis, reputamos que não há hierarquia entre os princípios, pois cada um mostra sua validade no sistema jurídico junto a valores que devem ser respeitados, uma vez que a base para sociedade funcionar vem pré-determinada neles, em que juntos tornam-se o alicerce do direito.

No âmbito do direito administrativo encontramos princípios expressos que estão positivados pela Constituição Federal e também os princípios implícitos, estes que nos interessam no momento, que não se encontram na Constituição, mas que permeiam o ordenamento jurídico com a mesma força dos expressos. Assim, dentro dos princípios implícitos há o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, no qual o administrador deve seguir frente aos administrados. Mesmo que não positivado pela Constituição, encontra-se associado no Art. 2º da Lei 9.784/1999, lei está que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Sendo assim, o Art. 2º, caput, da supramencionada lei nos apresenta que: "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."

Incumbe dizer que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado estabelece que se a administração ou administrador encontrar motivo válido e importante para resguardar o interesse público, poderá fazê-lo desde que dentro dos limites legais e se assegurado a indenização, claro está que não significa dizer que a administração não deverá respeitar o privado. Quando houver conflito entre ambos os interesses, público e privado, deverá sempre prevalecer o interesse coletivo.

Além disso, pode tal princípio ser dividido em duas categorias, sendo o interesse público primário que está ligado ao interesse coletivo, qual seja o bem-estar, a justiça e a segurança, por intermédio das atividades administrativas prestadas ao coletivo. Vale dizer que a doutrina majoritária a adota. E a segunda categoria trata do interesse público secundário, no qual é o interesse do próprio Estado.

Ademais, salientamos que deve haver uma ponderação entre ambos os interesses, pois não cabe dizer que deve somente ser observado o interesse do Estado, mas sim analisado de forma ampla e minuciosa ambos os interesses.

DA CONSTRUÇÃO DE IMÓVEIS EM LINHAS FERROVIÁRIAS E OS RISCOS ACARRETADOS POR ESTA

Segundo a Lei 6.766/1979, denominada Lei de Parcelamento do Solo, claro está que nos loteamentos, ao longo das faixas de domínio público das rodovias, a reserva

de faixa não edificável deve ser de no mínimo, 15 metros de cada lado. Porém poderá ser reduzida essa reserva por lei municipal ou distrital que aprovar o instrumento do planejamento territorial, até o limite mínimo de 5 metros de cada lado, conforme impõe o Artigo 4º, inciso III. Conforme vemos estabelece o Art. 4º que:

> Art. 4o. Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:
>
> III – ao longo das faixas de domínio público das rodovias, a reserva de faixa não edificável de, no mínimo, 15 (quinze) metros de cada lado poderá ser reduzida por lei municipal ou distrital que aprovar o instrumento do planejamento territorial, até o limite mínimo de 5 (cinco) metros de cada lado.

Por conseguinte, a área "*non aedificandi*" corresponde a 15 metros da ferrovia, isso porque a lei visa assegurar ao cidadão uma segurança quanto a moradia rente à linha férrea, a segurança não só no quesito de acidentes, mas também na própria moradia como rachaduras, tremores, barulho de passagem e manutenção de trens, problemas do solo e estrutura da moradia, entre outros.

DOS BENS PÚBLICOS

Trataremos nos tópicos a seguir, de forma sucinta, sobre os bens públicos ou bens de domínio público. Segundo Hely Lopes Meirelles, o domínio público:

> Corresponde ao poder de dominação ou de regulamentação que o Poder Público exerce sobre os bens de seu patrimônio, do particular ou aos de fruição geral (*res nullius*). O domínio eminente é o resultado do poder político, pelo qual o Poder Público submete à sua vontade todas as coisas de seu território (manifestação da soberania interna), abrangendo todos os bens e legitimando as intervenções na propriedade, sujeito, porém, ao regime do direito administrativo (público), e não ao regime do direito civil (privado).

O Art. 98 do Código Civil/2002, estabelece que "os bens públicos são aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, quais sejam: União, Estados, DF, Municípios, Autarquias e Fundações Públicas. Possuem como características (regime jurídico) a alienabilidade condicionada, impenhorabilidade, imprescritibilidade e a não-onerabilidade. Todos os demais são bens particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem. "

Na problemática deste artigo, a linha ferroviária onde estão assentadas essas famílias corresponde a um bem público de natureza terrestre, pois para Hely Lopes Meirelles:

> Todas as terras pertencentes ao Estado, incluindo terras devolutas, plataforma continental, terras tradicionalmente ocupadas por índios, terrenos de marinha, terrenos acrescidos, ilhas dos rios públicos e oceânicas, álveos abandonados, bem como vias e logradouros públicos, áreas ocupadas com as fortificações e edifícios públicos.

Observamos que para o doutrinador, as vias públicas são bens de domínio público e, portanto, mesmo que a lei determine o escopo de 15 metros para construção, pode a União requerer a qualquer momento esse bem.

Conforme a Súmula 619 do Supremo Tribunal Justiça, "a ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias. (Súmula 619, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/10/2018, DJe 30/10/2018).

DAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA

Após realizarmos estudos, chegamos à conclusão que existem duas vertentes que podem ser seguidas, claro está que uma se diverge da outra, porém são soluções com respaldo jurídico e viáveis para a administração pública.

Da desapropriação

De acordo com o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode haver a intervenção na propriedade privada com respaldo na necessidade ou utilidade pública e no interesse social. A maneira pela qual realizar-se a essa intervenção é a desapropriação conforme determina o Art. 5º, XXIV, CF/88.

Vejamos: "Art. 5º, XXIV, CF/88. "No caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano."

Temos que a intervenção do Estado na propriedade particular visa à proteção aos interesses do coletivo, objetivando a garantia do bem-estar social como um todo. Determinada área onde ocorrerá a retomada da ferrovia pertence à União, órgão este que detém competência para realizar a desapropriação, segundo o Art. 22, II, CF/88.

Portanto, a União pode realizar a desapropriação da área onde estão assentadas essas famílias, destinando a área se houver motivo relevante – caso este que

existe motivo relevante, uma vez que com a retomada da ferrovia há o iminente perigo para as pessoas que ali vivem, bem como o local será destinado a uma causa maior – e autorização expressa em lei federal mediante ainda a uma justa e prévia indenização.

Cabe dizer que a espécie de desapropriação que será realizada é a denominada ordinária, já que os requisitos essenciais para esta são a necessidade e utilidade pública e o interesse social, como já mencionado e ainda poderá ser efetivada pela União, Estado-Membro, Município, Distrito Federal ou outras pessoas a quem a lei dispuser tal competência.

Quanto a isso, importante lembrar que os órgãos públicos que detém hierarquia maior podem desapropriar bens das entidades de hierarquia menor, por isso a União desapropria bens de Estados e Municípios, autarquias, empresas públicas e sociedade de economia mista criadas pelo Município, Estados, Distrito Federal ou de concessionárias dessas pessoas jurídicas e os Estados desapropriam bens dos Municípios pertencentes ao seu território.

Do princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à moradia

A atuação administrativa, para ter resguardo jurídico deve observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja com o objetivo de impedir que o Estado haja de forma arbitrária frente ao cidadão, seja com o objetivo de garantir a própria dignidade da pessoa humana.

Entende-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no Art. 1º, inciso III da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana corresponde a uma qualidade pertencente ao ser humano desde que dado com vida, ou seja, é o princípio base da nossa Constituição, que estabelece um rol de objetivos apresentados para que se tenha uma vida digna e com qualidade.

O Art. 23, IX da Constituição Federal define que é competência comum administrativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Sendo assim, notamos que é dever do Estado promover a habitação do cidadão conferindo-lhe o mínimo para uma vida digna, mostrando que é não é justo e não se faz uma característica não ter onde morar, portando a segunda solução que apresentamos para o caso consiste na dignidade da pessoa humana combinada ao direito à moradia.

Até então a rodovia se encontra desativada, sem menção da prefeitura municipal ou outro órgão que havia a possibilidades de reativação desta linha, vê-se que a situação criada é pela falta de comunicação entre o órgão público e o pessoal que ali vive.

O local onde será reativada a linha ferroviária pertencente à União e está dentro da área do município, logo era de competência municipal averiguar corretamente e dentro dos parâmetros legais se havia de fato a disponibilidade para essas pessoas construírem no local, bem como comunicar a União sobre o fato à sua época e caso necessário aplicar sanções cabíveis para impedir construções não autorizadas, encaminhando para realizar o devido processo legal junto ao órgão competente.

O direito à dignidade da pessoa humana combinado com o direito à moradia deve prevalecer se observada a situação de fato. Pois, se há a possibilidade de remoção e remanejamento dessa linha para outro local da cidade, em que não acarrete perigo a ninguém e nem imóveis construídos ou se existe a possibilidade de desvio dessa linha na mesma área para preservar os imóveis já construídos, bem como a direito à moradia e à dignidade da pessoa humana, podem ser aplicadas tais soluções.

Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos, sendo assim, como falar em bem de todos se o cidadão não tem um lugar para morar ou deve sair de onde habita para procurar um novo lar?

CONCLUSÃO

Este trabalho demonstrou como a moradia compõe um dos direitos fundamentais e sociais da Constituição Federal, definindo de forma breve e sucinta os conceitos a ela relacionados.

Estabelece a Constituição Federal de 1988 que a dignidade da pessoa humana deve prevalecer, combinado a ela o art. 5º da Lei 4.657/1942 estabelece e impõe que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. " Assim, para que seja efetivada a dignidade da pessoa humana, a lei deve cumprir com as exigências do bem comum e os fins sociais da coisa; nesse problema, não é diferente. Ao ser analisada a situação como um todo, deve-se levar em consideração o bem comum e não somente da administração ou administrados. Nesse sentido, a desapropriação deve ser eficiente, para garantir que o bem comum como um todo deva ser levado em consideração através do princípio da supremacia do interesse público.

Reconhecemos que numa relação jurídica entre Estado e agente administrado, o polo com menor poder é o do cidadão. Logo, acreditamos que observando esta situação seria eficaz a desapropriação por parte da União, pagando-lhes prévia e justa indenização. A justiça não tem como escopo agradar o cidadão, mas sim conceder uma medida justa e eficaz dentro dos parâmetros legais que visam solucionar o problema.

Como exemplo, citamos aqui a determinação judicial que ocorreu em Mirassol (SP), em 2015, em que a justiça federal determinou a demolição dos imóveis próximos à ferrovia, uma vez que as pessoas que ali edificaram imóvel o fizeram sem autorização judicial. Assim, observamos que deve ser analisado o caso concreto para solução do problema e aplicabilidade das medidas legais em consonância com a lei, sendo necessária a implementação de políticas públicas que visam melhorar áreas onde ocorrem ou ocorrerão possíveis construções nas vias públicas.

Ademais, o trabalho apresenta pontos importantes para garantir o bem-estar comum que é um dos objetivos da nossa Constituição Federal, uma vez que esta honra faz jus frente aos princípios que norteiam todo o direito brasileiro para garantir a eficácia dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ODILA, F.; PASSARINHO, N.; LUÍS, B. **Brasil tem 6,9 milhões de famílias sem casa e 6 milhões de imóveis vazios, diz urbanista.** BBBC News Brasil, 2018. Disponível em:<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44028774>. Acesso em: 23 de outubro de 2020.

COSOLINO, S. **Jornada por moradia:** 33 milhões de brasileiros não têm onde morar. Recanta Ai, 2019. Disponível em:< https://recontaai.com.br/atualiza-ai/jornada-moradia/#:~:text=assist%C3%AAncia%20aos%20desamparados.-,Milh%C3%B5es%20de%20brasileiros%20n%C3%A3o%20t%C3%AAm%20onde%20morar,atingiu%20seu%20recorde%20este%20ano.>. Acesso em: 23 de outubro de 2020.

DESENVOLVIMENTO Regional. Wikipédia. 2020. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Minist%C3%A9rio_do_Desenvolvimento_Regional>. Acesso em: 23 de outubro de 2020.

DI PIETRO, M.S.Z. **Direito Administrativo.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GONÇALVES, F.R. **Direitos Sociais e Direito à Moradia.** Âmbito Jurídico, 2013. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-sociais-direito-a-moradia/#:~:text=O%20direito%20%C3%A0%20moradia%20digna,em%20seu%20artigo%206%C2%BA%2C%20caput>. Acesso em: 23 de outubro de 2020.

MEIRELES, H.L. **Direito administrativo brasileiro**, p. 457, apud Márcio Fernando Elias Rosa, Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 2003, p. 132.

NOLASCO, L.G. **Direito Fundamental à Moradia**. São Paulo: Editora Pilares, 2008.

JUSTIÇA manda demolir casas próximas à ferrovia em Mirassol. Sindicato Sorocabana, 2015. Disponível em:<https://www.sorocabana.org.br/ver_noticia.php?id=161>. Acesso em: 23 de outubro de 2020.

Unimar
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

O Tribunal de Contas do Estado e a Contratação dos Médicos do Programa Saúde da Família: Reflexos Jurídicos e Sociais

Adriano Vinicius Pereira
Ana Paula Azevedo Luciano Sé
Edson Alves Cardoso Junior
Henrique Martins
Lucas Chiozini Martins
Juliana Raquel Nunes

INTRODUÇÃO

A saúde é direito de todos e dever do Estado. Apesar disso, muitos Municípios sofrem com a deflagração concernente à falta de médicos para compor o Programa Saúde da Família - PSF, devido ao fato de que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE/SP veda a contratação por regime celetista, o que vem a ofender diretamente os princípios constitucionais assegurados pela Carta Magna, dentre eles direito à saúde e à dignidade da pessoa humana.

No capítulo primeiro deste artigo, será abordado o funcionamento do PSF, bem como a sua composição e os aspectos constitucionais que o envolvem, razão pela qual se encontram violados os direitos supracitados.

O capítulo 2º trata da fiscalização do TCE/SP, seus reflexos e possíveis penalidades caso haja vestígios de mau funcionamento. Aborda ainda a defasagem na contratação de médicos e o desinteresse dos profissionais a prestarem concurso público, uma vez que o teto para o salário é limitado ao do Chefe Poder Executivo Municipal, e, por fim, os impactos sociais concernentes à falta de médicos.

Trata o 3º capítulo das medidas adotadas para a resolução da defasagem dos médicos para compor o PSF, tais como contratação temporária, a inclusão do Programa Médicos pelo Brasil - MPB, e por fim, a possibilidade de inclusão do Programa Saúde na Hora - PSH, seus critérios para transferência de incentivo financeiro e as possíveis restrições, caso haja mau funcionamento e consequentemente a suspensão e o cancelamento de repasses.

A presente pesquisa busca por alternativas quanto ao problema concernente à falta de médicos para compor o PSF e amparar a população, prestando um atendimento hábil e de qualidade, aspecto necessário para que todos vivam com dignidade. Para o desenvolvimento deste estudo, foram adotados os métodos descritivos e dedutivos, baseando-se em levantamentos bibliográficos sobre o tema abordado, artigos científicos e doutrinas.

PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA – PSF

FUNCIONAMENTO DO PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA

O Ministério da Saúde, em 1994, criou o Programa Saúde da Família, mais conhecido atualmente como Estratégia de Saúde da Família - ESF, com o intuito

de promover uma melhor qualidade de vida nacional e intervir nos fatores que coloquem ou causem risco à população, como a falta de atividades físicas, má alimentação entre outros (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2010).

O Programa apresenta-se como estratégia de reorientação, proporciona uma inovação nos moldes da atual assistência prestada, visando implementar uma nova filosofia de trabalho, com ações para prevenir que doenças se alastrem pela coletividade. (ROSA; LABATE, 2005).

Entretanto, o simples fato de implementar uma estratégia ao programa não significa que surtirão os efeitos necessários, uma vez que, para que a estratégia faça jus, os reflexos sociais deverão ser positivos a toda população, sendo imprescindível atuar diretamente no foco e na prevenção de doenças de forma estratégica e ordenada, para, assim, promover uma melhor qualidade de vida. (PINTO; GIOVANELLA, 2018).

A ESF é o principal modelo assistencial que atua na atenção básica ou primária da saúde. Com atendimento hábil e de qualidade à população, sendo o território sua principal ferramenta, permitindo que profissionais atuem em diferentes localidades da mesma região e possibilitando aumentar o território de autuação para elevar os resultados de prevenção e controle, agindo diretamente na família como centro da atenção, não esperando um indivíduo adoentar-se, para começar a agir. (FERTONARI; PIRES; BIFF; SCHERER, 2018).

Com a finalidade de explorar a área e atuar no foco, a ESF atenderá de três a quatro mil pessoas, variando de acordo com a viabilidade e instabilidade apresentada no local. Isso ocorrerá se o local for instável e de difícil acesso. Por outro lado, poderá beneficiar quatro mil pessoas se o local estiver estável e viável para o acesso.

Cada integrante que compõe a ESF possui atividade própria, sendo impossível acumular dois ou mais cargos ou ainda atuar em um cargo diverso do que lhe é atribuído. Será abordado no próximo tópico, a composição e a atividade específica dos membros que compõem o PSF.

COMPOSIÇÃO DA EQUIPE DO PSF

A equipe destinada ao PSF é multiprofissional, sendo composta por, no mínimo, um médico generalista ou especialista em saúde da família ou médico de família e comunidade, enfermeiro generalista ou especialista em saúde da

família, auxiliar ou técnico de enfermagem e agentes comunitários de saúde. (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

O fato de trabalhar em equipe, não quer dizer que todos possam atuar em toda e qualquer função, cada profissional investido no cargo que compõe a equipe possui uma função específica. Sendo isso necessário para que os profissionais não interfiram em atividades distintas as suas.

O médico é o que se atém à saúde da população, prevenindo, diagnosticando e tratando as doenças dos enfermos. Figura-se sobre si, a responsabilidade pelo acompanhamento do plano terapêutico, bem como a realização e a participação das atividades de educação permanente dos membros da equipe em relação ao gerenciamento de insumos.

Ao enfermeiro, incumbe a tarefa de atender à saúde dos indivíduos que possuem cadastros, realizando consultas de enfermagem e atividade em grupo, solicitando exames complementares, prescrevendo medicações e gerenciando insumos e também encaminhando usuários a outros serviços.

O técnico e auxiliar de enfermagem atua sob supervisão do enfermeiro e cabe desempenhar os procedimentos sobrepostos no exercício de sua profissão, tanto na Unidade de Saúde quanto em domicílio, ou até mesmo em outros espaços da comunidade. (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, ESF).

O Agente Comunitário de Saúde - ACS encarrega-se de ser o elo entre a equipe e a comunidade, devendo morar na área de atuação da equipe, vivenciando o dia-a-dia das famílias que habitam na comunidade explorada pela atuação da ESF. (CARDOSO; NASCIMENTO, 2010).

Além disso, o cadastro de todas as famílias do espaço competente é atribuído aos ACS, que devem ter o compromisso de mantê-lo sempre atualizado, atuando ainda na orientação das famílias sobre os serviços disponíveis e acompanhando-os em visitas domiciliares. (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2009).

É nítido que a equipe precisa estar completa para atuar com estratégia, entretanto, essa situação não condiz com a realidade, pois os municípios sofrem com a falta de médicos para compor o PSF, algo inaceitável, uma vez que a Constituição Federal assegura a todos uma existência digna, o que vem atrelado ao direito à saúde, caso não respeitado, impossibilita toda e qualquer pessoa a viver com dignidade, infringindo um direito fundamental garantido por nossa Suprema Lei. (MENDONÇA; MATTOS; OLIVEIRA; DOMINGOS; OKAMURA; CARVALHO; NUNES, 2016).

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS QUE ENVOLVEM O PSF

É direito de todos e dever do Estado zelar sobre a qualidade de vida de seus integrantes, devendo atuar diretamente nesse aspecto, exercendo prestações positivas aos seus componentes e aplicando-os. É direito social assegurado por lei, previsto em nossa Constituição Federal de 1988. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988.)

A saúde é tida em nossa Carta Magna como um direito social fundamental, possuindo esse título, conforme explana o artigo 196 da CF/88. O Estado fica coobrigado a fornecer prestações positivas por meio de políticas econômicas destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde.

O PSF foi implementado justamente para atuar nesse aspecto, atuando na prevenção e na recuperação de doenças, não só de quem necessita de cuidados, mas atuando na família como base da sociedade. Apesar disso, ainda hoje a falta de médicos para compor essa estratégia é realidade em muitos municípios, uma vez que, o TCE veda a contratação de médicos sob regime celetista, o que impossibilita o amparo necessário e o atendimento eficaz da população, direito à saúde expressamente garantido em nossa Suprema Lei. (SOUSA; HAMANN, 2009).

A impossibilidade de amparar e prestar atendimento eficaz à população vem a ofender diretamente dois princípios constitucionais assegurados por lei, dentre eles, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da Constituição Federal, amparado pelo artigo 1º inciso III, CF/88, e o Princípio do Direito à Saúde, que vem atrelado ao primeiro, disposto no artigo 196, da CF/88. Ambos os princípios são invioláveis. Uma vez violados, impossibilitam toda e qualquer pessoa de viver com dignidade. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988).

A CF/88 é precisa em destacar em seu artigo 1º, inciso III que o Estado democrático de Direito possui como fundamento a Dignidade da Pessoa Humana, o que traz prerrogativas a todos os seres humanos de serem respeitados como pessoa e não ter a sua existência prejudicada nem a vida, a saúde ou o corpo.

Dignidade da Pessoa Humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, o que faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, aplicando um leque de complexos direitos e deveres fundamentais, assegurando-os ao indivíduo contra todo e qualquer ato degradante e desumano, como venham lhe garantir as condições de existência mínima para uma vida saudável. (SARLET, 2001, p. 60.).

O objeto da proteção da Dignidade não se limita ou restringe, ou seja, estende-se a toda e qualquer pessoa, independentemente de sexo, origem ou condição social. Há que se ressaltar que o Direito à Dignidade da Pessoa Humana respalda a pessoa independentemente de qualquer ordem jurídica, podendo ainda ser oponível contra o Estado.

Não menos importante, outro princípio constitucional violado é o Direito à Saúde, presente no artigo 196 da CF/88. Para Achoche in MAGALHÃES, [...] "a efetivação dos direitos sociais, depende do impulso do Estado para agir, por meio de políticas públicas e pelo judiciário" (2008, p. 208).

A saúde é essencial para viver com dignidade, cabendo ao Estado e aos seus órgãos assegurá-la, como direito de todos os indivíduos. O direito à saúde se fixa como um direito público subjetivo, exigindo do Estado uma atuação positiva para sua eficácia e garantia. (HUMENHUK, 2004).

Uma vez ferido o Direito à Saúde, é impossível a toda e qualquer pessoa viver dignamente. Além disso, não há de fixar esse direito somente aos que necessitam de cuidados, deve-se tratar a saúde como um direito universal e coletivo, levando-se em consideração a família como base da sociedade. Para Bulos, a saúde é complemento de bem-estar, espiritual, físico e mental do homem, e não somente a trabalhar na cura de doenças. (BULOS, 2003, p. 1291). A valorização do direito à saúde faz-se um direito fundamental dos indivíduos, levando-se em consideração que a saúde é o principal pilar da vida, sendo assim um pressuposto indispensável para a sua existência. (SCHWARTZ, 2001, p. 52).

Nesse mesmo sentido, Cury refere que o direito à saúde é o principal direito fundamental social, encontrado em nossa Carta Magna, interligado ao princípio que rege todo o ordenamento jurídico pátrio, o princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual esse direito merece uma especial proteção. (CURY, 2005, p. 27).

Sendo assim, com a finalidade de melhoria do sistema de saúde público do país, o PSF tem por objetivo principal, regular e estabilizar a saúde de toda a comunidade do território local, atuando não somente em prol dos necessitados de atendimento público, mas respaldando toda a família e comunidade. Neste sentido, a Estratégia da Saúde da Família, composta por equipe de profissionais competentes, aplica sobre a população, as medidas e estratégias preventivas, para que toda a coletividade obtenha qualidade de vida, evitando o contágio e prevenindo doenças.

Mas para que atinja a sua finalidade, a ESF depende de uma fiscalização que cumpra a sua verdadeira finalidade com eficiência. A fim de solver o problema, o TCE é o responsável para fiscalizar e atuar nessa matéria, atuando diretamente e integralmente ao programa, conforme abordaremos no próximo tópico. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015).

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO E OS REFLEXOS DE SUA ATUAÇÃO COMO ÓRGÃO FISCALIZADOR

COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAR O PSF IMPLANTADO NOS MUNICÍPIOS

Criado pelo Decreto Estadual nª 3708-A, em 06 de maio de 1924, o TCE/SP é um órgão independente, possuindo autonomia orçamentária e administrativa. Sua competência é atuar perante à fiscalização financeira, orçamentária, contábil, patrimonial e operacional do Estado de São Paulo e de seus respectivos Municípios, exceto o Município da Capital.

Sua principal atividade é fiscalizar o uso de recursos públicos, dentro do Estado, Governo, Secretarias, Prefeituras e Câmaras Municipais, entidades indiretas da administração e pessoas físicas que recebam repasses de cofres públicos. Além de fiscalizar o destino dos repasses públicos, é responsável por verificar a legalidade do quadro das vagas por meio de concurso ou processo seletivo. (ESTADO DE SÃO PAULO, TCE, 2016).

O TCE conta com uma equipe de fiscalizadores físicos que saem pelas ruas dos municípios atuando diretamente no combate ao mau funcionamento do programa. São mais de 250 mil agentes distribuídos em todo território brasileiro.

O TCE/SP elegeu as fiscalizações ordenadas como principal pilar ao atendimento à cidadania e ao interesse Público. Essas atividades são coordenadas em localidades sem aviso prévio. São consideradas coordenadas porque diversos TCE de todas as regiões desse estado saem coordenados a centenas de localidades ao mesmo tempo, a fim de aferir a qualidade de serviços prestados à população. (ESTADO DE SÃO PAULO, TCE, 2017).

Ao identificar alguma irregularidade no Programa, o Ministério da Saúde suspende a transferência de verbas para o município que está sendo investigado e os postos de saúde ficam sob avaliação até estarem totalmente em ordem, sob pena de auditorias mais severas.

A jurisdição do TCE também alcança os administradores e demais responsáveis pela parte financeira, que, por meio de convênios, acordos, auxílios, subvenções ou recursos repassados pelo Poder Público, interagem com objetivo de fiscalizar o PSF, ou seja, têm por competência observar e fiscalizar os grupos desenvolvidos para atuarem nas unidades públicas, respaldando as famílias da comunidade, analisando as condições de atendimentos do local, e os equipamentos das unidades, atuando, também, na falta de mantimentos básicos como, cilindro de oxigênio, inaladores, entre outros.

O Ministério informa que a verificação das condições é rotineira e a suspensão do repasse do dinheiro é feita regularmente. Para voltar a receber os recursos, basta o município atualizar o cadastro pela internet assim que a situação for regularizada. (BRASIL, MINISTÉRIO DA CIDADANIA, INSTRUÇÃO OPERACIONAL CONJUNTA Nº 03/2020).

Com o passar dos anos e desde a sua criação, o PSF atravessou diversos problemas e obstáculos, enfrentando barreiras que, com o passar do tempo, estão sendo derrubadas pelo Tribunal de Contas do Estado – TCE. Eram recorrentes vários tipos de irregularidades, contratações indevidas, carga horária elevada, profissionais ausentes, entre outras diversas falhas.

Com a fiscalização mais íntegra nesses últimos anos, as irregularidades têm diminuído de forma expressiva. O que antes era comum, hoje se apresenta com baixíssima frequência. (BRASIL, TCU, 2020).

REFLEXOS E POSSÍVEIS PENALIDADES

O município que deixar de cumprir suas obrigações estabelecidas conforme expresso no Projeto Mais Médico para o Brasil - PMMB, não cumprindo suas regras, terão suas vagas suspensas. Ele será notificado e terá o prazo de 05 (cinco) dias para apresentar justificativa pelo ato, para análise da coordenação do PMMB.

Após o termino de manifestação do ente em discussão, não havendo manifestação, a coordenação do PMMB, tomará medidas cabíveis e indicará a necessidade de adoção de medidas corretivas, para que o município em fiscalização as cumpra no prazo de 15 (quinze) dias.

A Coordenação do PMMB poderá estabelecer, inclusive previamente ao prazo de manifestação, penalidades de bloqueio de vagas e remanejamento de médicos devidamente justificados. Não sendo cumpridas as determinadas

providências indicadas pela coordenação do projeto, a entidade poderá ser excluída do projeto ou suspenso às vagas em questão. (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, EDITAL Nº 8/ 2020).

DEFASAGEM NA CONTRATAÇÃO DIANTE DO DESINTERESSE EM CONCURSOS PÚBLICOS

Existe uma grande dificuldade na contratação de médicos para trabalhar nos municípios, inclusive no Programa Saúde da Família. Apesar de todos os procedimentos serem realizados para a contratação de mais médicos, os profissionais aprovados não têm interesse em ocupar o cargo. A elevada carga horária e o baixo salário fazem com que haja escassez de profissionais, pois causam um grande desinteresse da parte desses jovens profissionais. Devemos ressaltar que o teto salarial é o do Chefe do Poder Executivo Local, um desconforto para os profissionais da saúde, uma vez que alegam ser um baixo salário para o cargo.

A falta de plano de carreira colabora com essa situação, principalmente quanto ao preenchimento das vagas para médicos na rede pública de saúde, visto que, em épocas de concursos públicos na área da saúde, não há muito interesse por parte dos profissionais, gerando assim uma deficiência nesse setor público por falta de médicos nos municípios.

IMPACTOS SOCIAIS CONCERNENTES À FALTA DE MÉDICOS

No Brasil atual, o cenário da saúde vive uma contradição: embora se formem mais profissionais a cada ano, a saúde pública ainda sente falta e carece de mais profissionais em determinados territórios, principalmente em hospitais públicos do interior do Brasil. Mesmo com a implantação de programas como o Mais Médicos, que ajudam a melhorar a falta de médicos em determinados municípios, a grande maioria se concentra nas capitais brasileiras.

De acordo com a recomendação da Organização Mundial de Saúde - OMS, a média de médicos, é de 2,18 para cada mil habitantes, o que cumpre as recomendações de 1(um) atendente para 1.000 (mil) habitantes. Mas essa proporção difere muito de cada região, capital ou município dos estados. (SOULMEDICINA).

Por mais que o número de médicos esteja crescendo pelo país, não estão sendo bem distribuídos entre as regiões de maneira adequada. A má distribuição de médicos é um problema que afeta vários países, e vem sendo analisada a vários

anos. A grande falta de profissionais na área da saúde, evidencia a escassez de médicos na área da saúde, problema esse que ocorre em vários países, tanto em países ricos como em países pobres.

Apesar de que a razão de médico por habitante esteja conforme o que pedem as recomendações da OMS, grande parte dos brasileiros que moram fora das capitais sofre com a falta de profissionais da saúde.

Segundo a OMS (Organização Mundial da Saúde), quase a metade da população brasileira reside em áreas rurais e remotas, enquanto grande parte dos profissionais da saúde trabalha e mora nas grandes cidades, levando-os a optar por desenvolver seus trabalhos próximo de seus lares.

Mesmo com o aumento da quantidade de médicos pelo Brasil, é perceptível a falta de profissionais da saúde em regiões menos favorecidas e distantes das capitas brasileiras, principalmente no interior. De acordo com dados estatísticos que envolvem a saúde no Brasil as regiões mais afetadas com a falta de médicos são Norte, Nordeste e Centro-Oeste e, por isso, permanecem na carência por atendimentos. (BRASIL, GOVERNO FEDERAL, PROGRAMA MAIS MÉDICOS). Em razão disso, foi necessário que o Estado tomasse algumas medidas relacionadas à defasagem de médicos, visando o melhor atendimento aos pacientes, às pessoas que realmente necessitam de auxílio para assegurar sua saúde e a dignidade humana, direitos constitucionalmente previstos.

MEDIDAS ADOTADAS PARA A RESOLUÇÃO DA DEFASAGEM DE MÉDICOS PARA O PSF

CONTRATAÇÃO ANTERIOR: CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO E REGIME CLT

Os modelos diferenciados de contratação de mão de obra, por meio de convênios, contratos de gestão com Organizações Sociais - OS, parcerias com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, ou até mesmo por meio de contratos administrativos celebrados com entidades privadas ou cooperativas de serviços médicos, apesar de serem opções, no campo prático, fora constatadas situações que acabaram inviabilizando esses tipos de contratações.

Seguindo a mesma analogia do julgado do Tribunal Pleno do estado do Paraná, que através dos levantamentos puderam constatar que algumas situações haviam sido consideradas abusivas, sendo, portanto, inviáveis.

Tais abusividades se resumem no "uso indiscriminado dos Termos de Parcerias com OSCIP's, com desvirtuamento de seus objetivos e critérios, não caracterizando projetos e sim mera locação de mão-de-obra; na terceirização dos serviços de saúde sem os critérios adequados; na falta de atendimentos aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde; nas dificuldades concorrentes em relação a limites de gastos com pessoal, tetos remuneratórios, carência de profissionais da área de saúde e concursos públicos desertos; e também na falta de prestações de contas perante a Corte de Contas a respeito dos Termos de Parcerias e Contratos de Gestão".

A utilização de convênios ou os demais instrumentos semelhantes pressupõe a existência de interesses recíprocos entre concedente e convenente devendo ser respeitada as diretrizes estabelecidas, sob pena de ser considerada, pelo Tribunal, inadequada e passível dos consequentes efeitos.

Ademais, o TCU que também possui a competência para fiscalizar, realizou auditorias a fim de averiguar a regularidade de recursos do Sistema Único de Saúde (SUS) repassados pelo governo municipal às entidades privadas e considerou que determinados instrumentos estavam sendo utilizados como forma de fraude, para se livrarem dos limites impostos pelo teto remuneratório do município de forma equivocada aos olhos do Tribunal, vinculado ao subsídio percebido pelo prefeito e também através dos parâmetros com gastos de pessoal estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Foram encontradas irregularidades no planejamento da terceirização, nos instrumentos jurídicos utilizados e também na fiscalização da execução dos contratos ou convênios.

Sendo assim, os modelos diferenciados de contratação de mão de obra, por meio de convênios, contratos ou até mesmo por meio de contratos administrativos celebrados com entidades privadas ou cooperativas de serviços médicos, foram considerados inadequados, tornando este tipo de contratação ilegal.

MEDIDA IDENTIFICADA PARA A RESOLUÇÃO DA DEFASAGEM DE MÉDICOS PARA O PSF

Contratação temporária

Diante de todo o exposto, dentre as formas de ingresso de médicos no posto de trabalho da área da saúde, a prática da contratação temporária denominada pela doutrina trabalhista como *pejotização*, derivada da sigla PJ, pessoa jurídica,

que condiciona a prestação do serviço à constituição de uma pessoa jurídica por parte do empregado, vem se mostrando cada vez mais costumeira na área da saúde. (FARACO, 2015).

Em regra, a contratação dos servidores públicos é realizada mediante concurso público, conforme estabelece o artigo 37, II, da Constituição Federal que diz "[...]a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei [...]" (BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988).

No entanto, a Lei 8.745 de 09 de dezembro de 1993 previu a possibilidade excepcional de contratação direta, para suprir as necessidades temporárias de interesse público. (BRASIL, CONGRESSO NACIONAL, 1993).

Tanto no setor privado, quanto no setor público, a *pejotização* se apresenta como alternativa para contratações por tempo determinado de forma direta, visto que o vínculo jurídico criado entre ambas as partes é regido pelo Direito Civil, tratando de hipótese hábil para fugir da obrigatoriedade dos concursos públicos e da redução de despesas causadas pelos direitos trabalhistas, de modo que descaracteriza a relação laboral e consequentemente os seus efeitos. (COELHO, 2008.)

Isto porque durante as atividades práticas do dia-a-dia, as situações se apresentam de forma que a necessidade de atuação se mostra tão iminente que a realização de um concurso público, que leva tempo para ser preparado, inviabiliza a resolução rápida que a realidade necessita. Levando este aspecto em consideração, o constituinte estabeleceu de maneira absolutamente excepcional o ingresso no serviço público de forma direta, estabelecido no artigo 37, inciso IX, da CF/88, que diz que "[...] a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público" (BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988).

Apesar de se tratar de norma de eficácia limitada, dependente de complementação por meio de legislação competente, necessário se faz a observação dos requisitos estabelecidos constitucionalmente para haver a contratação temporária, quais sejam, o excepcional interesse público, a temporariedade da contratação e hipóteses expressamente previstas em lei.

Diante disso, a lei complementar nº 11, de 17 de dezembro de 1991 do município de Marília, a título de exemplo, surgiu no intuito de regulamentar essa prática e instituiu em seu capítulo III, no qual trata das funções públicas, a possibilidade

de contratação de pessoal por tempo determinado, citado no artigo 17, em caráter excepcional, considerando como necessidade temporária de excepcional interesse público a contratação de profissionais para atender aos serviços essenciais de saúde, bem como àqueles nas áreas de urgência e emergência. (LC 575), *in verbis*:

> CÓDIGO DE ADMINISTRAÇÃO DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA (Lei Complementar nº 11, de 17 de dezembro de 1991)
>
> Art. 17 - Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, poderá haver contratação de pessoal por tempo determinado.
>
> § 1º - Consideram-se como de necessidade temporária de excepcional interesse público as contratações que visem a:
>
> [...]
>
> VI - atender serviços essenciais nas áreas da Assistência Social, Educação, Saúde, Obras Públicas e Serviços Urbanos, incluindo os extensivos a entidades assistenciais.
>
> VII - atender serviços médicos na área de urgência e emergência. (LC 575). (ESTADO DE SÃO PAULO, PREFEITURA MUNICIPAL DE MARÍLIA, LEI COMPLEMENTAR Nº 11, 1991).

Nesse formato, o profissional constitui a pessoa jurídica e presta serviço de empresa para empresa, emitindo nota fiscal para o hospital ou para a clínica médica com o uso de seu CNPJ.

Entretanto, este tipo de contratação temporária levanta pontos diversos, podendo por muitos ser considerado uma desvantagem para o profissional médico que opta por esse tipo de prestação de serviço de forma temporária. A fragilidade e insegurança do vínculo, a perda dos direitos trabalhistas garantidos na CLT, tais como 13º salário, adicional pelo trabalho noturno e insalubre, as horas extras, pagamento do Fundo de Garantia sobre Tempo de Serviço - FGTS, aviso prévio, entre outros direitos estabelecidos acabam se tornando um ponto prejudicial em meio a este tipo de ingresso. Esse tipo de argumento, estava há tempos sendo discutido na seara jurídica, no sentido de considerar o profissional atuante como enquadrado naquelas exigências do Direito do Trabalho, considerando-o como empregado e consequentemente detentor dos encargos provenientes desta forma de contratação. (TEIXEIRA, 2016).

Porém, em contrapartida, para algumas pessoas, os profissionais atuantes desta área desfrutam de certas vantagens, como a redução na carga tributária que é menor que àquela estabelecida pelos empregados celetistas, a possibilidade de atender hospitais, clínicas e laboratórios diferentes e a possibilidade de nego-

ciar o valor recebido pelo médico prestador do serviço, o que é considerado por muitos a chave do problema da fixação destes profissionais nas localidades mais necessitadas.

Ou seja, na realidade prática, é sabido que a carga tributária brasileira representa a média de 80% do salário do funcionário celetista, apenas a título de ilustração, se o médico perceber a quantia de 10 mil reais mensais, o hospital estará pagando cerca de 18 mil para cada funcionário, o que representa um aumento de 8 mil reais mensais em encargos trabalhistas de cada funcionário. Mas, se o hospital contratar por meio da pessoa jurídica, pagará apenas o valor ajustado de 10 mil pela prestação do serviço. (KENOBY).

É um número bastante significativo, visto que, se for calculada essa média em relação à realidade de um hospital que possui uma quantidade de 20 médicos atuantes, a economia da Administração Pública será em média 160 mil reais por m Apesar de ser uma prática bastante utilizada na atualidade, o Conselho Federal de Medicina não comunga deste mesmo entendimento e considera esse tipo de contratação temporária uma desvantagem ao profissional médico em relação ao empregador, mas não impõe qualquer tipo de óbice nem deixa de prestar o devido suporte à categoria, atuando inclusive por meio da Receita Federal nas fiscalizações de possíveis irregularidades, intercedendo no âmbito administrativo em busca de viabilizar uma maior proteção à classe médica. (ALMEIDA, 2019.)

Neste diapasão, a reforma trabalhista, Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, adequou a legislação às novas relações de trabalho da atualidade seguindo esta mesma ótica e previu a possibilidade da terceirização de forma ampla, ou melhor, de quaisquer atividades da contratante, superando a distinção entre atividades-fim e atividades-meio. Mas apesar desta previsão, variava o entendimento jurisprudencial, no sentindo de que a intermediação de mão de obra poderia ser inadequada por caracterizar fraude ao vínculo empregatício com o empregador.

Nestes termos, o STF em recente julgado reconheceu a constitucionalidade da lei que permite a terceirização, reafirmando a jurisprudência que vinha sendo construída pela Corte desde 2018, tratando da constitucionalidade da terceirização das atividades-fim e meio (VALENTE, 2020).

> Se a Constituição Federal não impõe um modelo específico de produção, não faz qualquer sentido manter as amarras de um modelo verticalizado, fordista, na contramão de um movimento global de descentralização. Isolar o Brasil desse contexto global seria condená-lo à segregação econômica. (MENDES, 2020)

Sendo assim, se tratando de contratação reconhecida constitucionalmente, o médico para abrir uma empresa e começar a prestar o serviço sob o formato denominado de *pejotista*, deverá entrar em contato com o contador, confeccionar o contrato social da empresa em que constarão as regras e condições sob as quais a empresa funcionará bem como seus direitos e obrigações. (MEDCONTÁBIL, 2019.)

O próximo passo é registrá-lo na Junta Comercial, o órgão responsável pelos registros das atividades ligadas aos serviços empresariais. Após o registro no órgão competente, é feito o alvará de localização e funcionamento junto à Prefeitura da cidade e com a Inscrição Estadual, que é o número que representa o registro formal da empresa no cadastro de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - ICMS. Feitos estes procedimentos, o profissional médico estará apto a contratar com a Administração Pública e prestar o serviço de forma temporária.

INCLUSÃO DO PROGRAMA MÉDICOS PELO BRASIL

Finalidade do programa

Inicialmente criado pelo Governo Federal em 8 de julho de 2013 pela então presidente Dilma Rousseff, o Programa Mais Médicos surgiu com a promessa de dar um salto revolucionário no sistema de saúde brasileiro. O objetivo do governo federal foi amparar e diminuir a carência de profissionais médicos nas localidades mais desassistidas do país, como nas periferias das capitais brasileiras e nas cidades do interior, e também estruturar com investimentos, construções, reformas e ampliações as Unidades Básicas de Saúde - UBS. O foco do governo foi tornar a UBS a porta de entrada do sistema de saúde brasileiro, fazendo desde o primeiro atendimento, até o encaminhamento a especialistas em casos nos quais houver necessidade, realizando todo o acompanhamento do paciente.

Em 18 de dezembro de 2019, o eleito Presidente da República Jair Messias Bolsonaro sancionou a lei que criou o Programa Médicos pelo Brasil - PMB, que teve como objetivo substituir gradativamente o Programa Mais Médicos. O plano é ampliar ainda mais o alcance do programa, ofertando mais profissionais da área da saúde para atuarem nas localidades de difícil provimento ou de alta vulnerabilidade, bem como voltar a atenção na elevação salarial e estrutural do programa que até então eram considerados como alguns dos grandes problemas para a fixação de médicos nas cidades mais desassistidas do país, e ainda atuar na formação de médicos especialistas em Medicina de Família e Comunidade, com a criação de

uma carreira de Estado para a função com a possibilidade de contratação via regime de Consolidação das Leis do Trabalho - CLT:

> O programa prevê a priorização da prestação de serviços médicos na atenção primária de saúde no Sistema Único de Saúde (SUS), principalmente em municípios pequenos e remotos do Brasil, locais de difícil provimento ou alta vulnerabilidade, além de aprimorar o modelo de atendimento médico federal. O programa objetiva também desenvolver e intensificar a formação de profissionais médicos, especialistas em medicina de família e comunidade (VILELA, 2019, s.n.).

Um dos principais objetivos da medida provisória (MP/890/2019) é que sejam preenchidas cerca de 18 mil vagas para todo o país, autorizando todos os municípios a contratar médicos por meio do PMB, principalmente nas localidades de pequeno porte e distantes dos centros urbanos, ampliando a oferta atual de médicos em regiões onde há escassez assistencial, oferecendo salários que podem variar de 14 mil a 31 mil reais. (BRASIL, CONGRESSO NACIONAL, 2019.)

Sendo assim, a Atenção Primária à Saúde - APS, na qual os médicos do Programa Médicos pelo Brasil irão atuar, é considerada a base do Sistema Único de Saúde – SUS, em que os pacientes receberão acompanhamentos frequentes da Equipe de Saúde da Família – ESF, permitindo o contato direto com a população, garantindo por meio deste contato imediato maior eficácia nos tratamentos e nas intervenções médicas, podendo resolver até 80% dos problemas de saúde sem a necessidade de intervenção na emergência de Unidades de Pronto-Atendimento - UPA 24h ou de hospitais:

> A ampliação do acesso a esses serviços nas Unidades de Saúde da Família é prioridade do Governo Federal. Assim, vamos promover a qualidade de vida da população e intervir nos fatores que colocam a saúde em risco, como falta de atividade física, má alimentação, uso de tabaco, dentre outros. Também vai trazer para perto da comunidade serviços como consultas médicas, exames, vacinas, radiografias e pré-natal para gestantes. (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019).

Para conseguir classificar estas localidades mais necessitadas, o atual Governo utilizará como base de ação do programa a metodologia do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE baseada no estudo da OCDE, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, considerando a quantidade de população e a densidade demográfica, dividindo-os em cinco categorias: rurais remotos, rurais adjacentes, intermediários remotos, intermediários adjacentes e urbanos, que receberão, nas devidas proporções, atenção mais priorizada. (BRASIL, INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE, 2017).

Principais impactos da substituição do programa

O antigo Programa Mais Médicos, segundo o Ministério da Saúde, apresentava na prática diversos problemas que prejudicavam a permanência do profissional médico no posto de trabalho, como vínculo precário, teto salarial baixo, processo seletivo superficial, profissionais médicos atuando sem supervisão, atendimentos inconsistentes, entres outros.

O atual Programa Médicos pelo Brasil surgiu apresentando pontuais mudanças com o escopo de sanar essas situações problemáticas apresentadas no antigo PMM, por exemplo em relação ao processo seletivo, que antes da ampliação do programa acontecia por meio de inscrição pela internet, agora é necessário passar por um processo seletivo com mais critérios técnicos, eliminatório e classificatório.

Além disso, a formação em Medicina da Família e Comunidade, na qual, durante o período de 2 anos, será avaliado o componente teórico do médico em parceria com instituição de ensino superior, com a participação da Sociedade Brasileira de Medicina de Família e Comunidade – SBMFC, na modalidade de ensino à distância, algo que, no antigo programa, esta especialização não era exigida.

Também, exige-se, nessa mudança do programa, um trabalho de Conclusão de Curso – TCC, em que o médico deverá identificar um problema existente na localidade vinculada a sua USF, acompanhado da intervenção para a melhoria do problema como forma de TCC para a especialização.

Além disso, a contratação do médico, que será realizada sob o regime CLT, acontecerá somente após a conclusão da especialização em Medicina de Família e Comunidade. A nova modalidade de contratação via CLT possibilita um plano de carreira mais sólido para os profissionais médicos que, até então no antigo programa, eram por meio de bolsas, sem vínculo empregatício e temporários de até três anos. (BRASIL, GOVERNO FEDERAL, MAIS MÉDICOS).

Segundo o Ministério da Saúde, a contratação dos médicos contemplará duas funções distintas: a de Médicos de Família e Comunidade, com profissionais médicos que ao serem aprovados no processo seletivo, serão alocados em USF pré-definidas pelo Ministério da Saúde, para realização do curso de especialização em Medicina de Família e Comunidade; e a de Tutor Médico, onde serão selecionados profissionais médicos especialistas em Medicina de Família e Comunidade ou de Clínica Médica, que ao serem aprovados no processo seletivo, passarão a ingressar o posto de trabalho por meio de contratação via regime de

CLT, ficando responsáveis pelo atendimento à população nas USF a que forem designados e também pela supervisão dos demais médicos ingressantes no programa durante o período do curso de especialização.

Os médicos contratados que passarão pela supervisão de seus tutores deverão ficar uma semana a cada dois meses na USF do tutor realizando atendimentos em conjunto e, sempre que houver necessidade, o tutor deverá estar disponível para a supervisão de casos à distância a qualquer momento. Somente quem for aprovado e passar pelo curso de especialização poderá ser contratado pelo PMB, sob regime de CLT, ou seja, com vínculo empregatício.

Ademais, a contratação via CLT oferece quatro tipos de remuneração salarial que podem progredir a cada três anos de trabalho, contando com gratificações por desempenho que podem variar entre 11% a 30% com base no salário. Sendo assim, o primeiro nível salarial do médico pode chegar a 21 mil reais, tendo a chance de chegar a 31 mil reais, levando em consideração o acréscimo máximo da gratificação por desempenho que será apurado com base nos indicadores de qualidade de atendimento e satisfação das pessoas atendidas. O cargo de tutor médico receberá a mais uma gratificação de 1 mil reais por mês por exercer o papel de tutor. (SDB, 2019).

O Ministério da Saúde informou que durante o curso de especialização, os profissionais receberão o valor de 12 mil reais mensais líquidos na chamada bolsa-formação, percebendo uma gratificação de 3 mil reais para os médicos atuantes nas localidades rurais e intermediárias e de 6 mil reais para os atuantes nas áreas mais remotas, como os Distritos Sanitários Especiais Indígenas - DSEI, localidades ribeirinhas e fluviais. (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019.)

Ademais, os médicos que se submeterão ao curso terão 60 horas de jornada semanal, das quais serão divididas em 20 horas de atividades teóricas e 40 horas de atendimento direto à população com supervisão de seus tutores na Unidade de Saúde da Família do tutor, durante uma semana a cada dois meses.

No caso dos médicos estrangeiros que trabalharam no PMM, como no caso dos médicos Cubanos, poderão continuar trabalhando no PMB desde que revalidem o seu diploma de medicina no Brasil. O novo programa aceita médicos formados nas instituições de ensino brasileiras, médicos com diploma do exterior ou ainda médicos estrangeiros.

De acordo com a Portaria Interministerial de nº 4 de 26 de julho de 2019, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelo médico estrangeiro para

requerer a autorização de residência em território brasileiro, o profissional médico interessado no pedido dessa autorização deverá apresentar o requerimento perante uma das unidades da Polícia Federal no período de 90 dias anteriores à expiração do prazo de 2 anos previsto no parágrafo único do artigo 2º da Portaria, para que as autoridades brasileiras concluam o processo de autorização de residência que terá prazo de validade indeterminado. (BRASIL, DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO, PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 4. 2019).

Esse requerimento tem o condão de regulamentar a política migratória e consequentemente incidir na desistência do reconhecimento da condição de refugiado desses médicos em solo brasileiro.

O governo espera que a reestruturação do programa, a estabilidade do plano de carreira e os novos salários oferecidos possam assegurar a fixação de profissionais médicos para atuarem nas áreas menos contempladas pelas ações saúde pública do país.

Os municípios que quiserem aderir ao novo PMB deverão assinar o Termo de Adesão, que contém as responsabilidades de seus gestores municipais quanto à estruturação exigida para a realização do trabalho dos profissionais e os critérios para solicitação de médicos e critérios de prioridades entre os municípios participantes. (BRASIL, GOVERNO FEDERAL, 2019)

A saída do município e das USF do programa deve ocorrer conforme forem atingindo melhores desempenhos no cuidado à saúde da população no decorrer do tempo, porque o objetivo do programa é estruturar com atendimento de qualidade os locais mais vulneráveis e menos assistidos do solo brasileiro.

PROGRAMA SAÚDE NA HORA

Levando-se em consideração que o PMB realiza atendimentos às localidades mais desassistidas do país, como as cidades do interior dos estados e demais comunidades carentes, o Ministério da Saúde lançou em maio de 2019 o Programa Saúde na Hora - PSH, visando amparar os municípios de médio e grande porte, ampliando o horário de atendimento populacional nos municípios que não se enquadrarem ao escopo exigido para o ingresso no Programa Médicos pelo BRASIL. (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, SAÚDE NA HORA).

Com o intuito de facilitar o acesso à saúde, o PSH tem como objetivo custear a ampliação do atendimento à população nas USF e nas UBS por todo território nacional, amparando as localidades mais precárias dos municípios de

médio a grande porte, bem como o Distrito Federal, oferecendo maior assistência à saúde para os moradores das grandes cidades que carecem de atendimento especializado.

Dessa forma, o programa dispõe de quatro tipos de formato de funcionamento com horário estendido: as USF com 60 horas semanais; USF com 60 horas semanais e com saúde bucal; USF com 75 horas semanais e com saúde bucal; e USF ou UBS com 60 horas semanais simplificada. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, PORTARIA Nº 397/ 2020).

As USF que funcionarão sob o modelo mínimo de 60 horas semanais deverão cumprir a carga horária de atendimento de 12 horas diárias ininterruptas, de segunda a sexta-feira ou em 11 horas diárias ininterruptas durante os dias úteis e 5 horas diárias durante os finais de semana, podendo ocorrer aos sábados ou domingos. O programa informa que em relação à quantidade da equipe para USF no formato de 60 horas semanais, a unidade deverá compor o número mínimo de três equipes de Saúde da Família, com o aumento de duas equipes de Saúde Bucal nas localidades em que a unidade oferecer este tipo de serviço.

Nas USF que aderirem ao formato de 75 horas semanais, os atendimentos deverão ocorrer durante 15 horas diárias ininterruptas de segunda a sexta-feira, ou 14 horas diárias nos dias úteis e 5 horas aos sábados e domingos. Esse formato de 75 horas com Saúde Bucal deverá ser composto por no mínimo seis equipes de Saúde da Família e três de Saúde Bucal.

Em relação ao formato simplificado de 60 horas semanais, tanto as UBS quanto as UFS precisam necessariamente cumprir a carga horária disponibilizada, podendo ser dividida entre 40 horas de estratégia de Saúde da Família e 20 ou 30 horas de estratégia de Saúde Primária.

Também é requisito essencial que a unidade possua um Gerente de Atenção Primária, que possua nível superior e que não seja integrante das equipes que irão compor as USF. O profissional deverá cumprir a carga horária semanal de 30 horas e deverá executar as funções estabelecidas na Política Nacional de Atenção Básica - PNAB. (BRASIL, CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS, 2020).

Para aderir ao PSH, o município deverá atentar-se às condições exigidas, como ter cadastro no Cadastro de Estabelecimentos de Saúde - CNES e manter a composição mínima das equipes para o formato de funcionamento escolhido, com anuência ao Termo de Compromisso. A solicitação da adesão ao programa será submetida à análise do Ministério da Saúde, que verificará o enquadramento

do município nos critérios exigidos pela Portaria 397/2020 e se há prévia disponibilidade orçamentária e financeira. (BRASIL, CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS, 2020).

Para os casos em que houver a homologação do deferimento, sairá publicada no Diário Oficial da União.

Critérios para transferência dos incentivos financeiros

Para dar início às transferências dos incentivos financeiros, os municípios que aderirem ao PSH terão até seis competências no Cadastro de Estabelecimentos de Saúde - CNES para cumprirem, como estar funcionando de acordo com o formato aderido; possuir o número mínimo de Estratégia Saúde da Família - ESF, Equipes de Atenção Primária - EAP e Equipe de Saúde Bucal - ESB, de acordo com o formato aderido; atingir a carga horária mínima exigida pelo programa; ter o gerente da Atenção Primária à Saúde - APS cadastrado no CNES com carga horária mínima de 30 horas semanais, sendo que esta exigência não se enquadra no formato de 60 horas simplificado; utilizar prontuário eletrônico, seja o e-SUS-APS/PEC ou outro sistema via Thrift; e possuir a identidade visual do programa Saúde na Hora.

O repasse financeiro para cada USF e UBS participante do PSH acontecerá via transferências mensais ao Fundo de Saúde dos Municípios, e os valores são de R$ 22.816,00, às USF que aderirem ao formato de 60 horas semanais; R$ 31.766,00 às USF que aderirem ao formato de 60 horas semanais e oferecem o serviço de Saúde Bucal; R$ 59.866,00 às USF, com saúde bucal, que aderirem o formato de 75 horas semanais de funcionamento; e R$ 15.000,00, às USF ou UBS que aderirem o formato de 60 horas semanais simplificado.

Ressalta-se, entretanto, que esses repasses podem sofrer suspensões ou cancelamentos, confirme será exposto a seguir.

Suspensão e cancelamento do repasse

O Ministério da Saúde ou a Secretaria Estadual de Saúde, por meio de auditoria do Departamento Nacional de Auditoria do SUS – DENASUS, fará o monitoramento das exigências para verificar se há a possibilidade de suspensão ou não do repasse financeiro federal aos municípios ou ao Distrito Federal.

Sendo assim, o município não poderá descumprir o horário mínimo de funcionamento do formato aderido; não poderá ausentar-se de incluir os dados de

paciente via prontuário eletrônico; deverá atentar-se ao repasse dos recursos, qualquer malversação recaíra em suspensão ou cancelamento do repasse; também não poderá ficar sem gerente de Atenção Primária nas USF que aderiram ao formato de 60h, 60h com Saúde Bucal e 75h com Saúde Bucal; não pode haver o descumprimento da carga horária mínima de cada profissional por USF ou UBS, por um período superior a 60 (sessenta) dias ou ainda haver o número de equipes da USF ou UBS aderidas ao programa inferior àquele previsto no Termo de Compromisso. (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, PORTARIA Nº 397/2020).

Portanto, o município deverá agir com máxima cautela, respeitando os limites impostos pelo programa para não ter o repasse suspenso ou cancelado. Caso mantenha a irregularidade do programa após 6 (seis) competências consecutivas do CNES, a participação do município no PSH será cancelada.

Nos casos em que houver a diminuição da equipe da USF participante do Programa Saúde na Hora, mas os demais requisitos continuarem sendo cumpridos, o repasse financeiro continuará, porém, o custeio diminuirá à devida proporção da demanda.

Nesses termos, o governo apresenta uma possível solução para as localidades de médio a grande porte que não se enquadrarem nos requisitos exigidos pelo PMB, oferecendo oportunidade às comunidades carentes dos grandes centros urbanos, podendo ser utilizado como uma solução real e plausível para a escassez dos recursos na área da saúde do município de Marília, diante do problema apresentado.

CONCLUSÃO

Levamos como base a Carta Magna, tendo em vista que nela se encontra elucidado o dever do Estado em zelar pela qualidade de vida de seus integrantes, aplicando direitos sociais assegurados pela Suprema Lei.

O Programa Saúde da Família surge como fruto dessa prestação positiva garantida pelo Estado, sua finalidade é promover uma melhor qualidade de vida nacional e intervir nos fatores que coloquem ou causem risco à população, diante disso, pode-se tratar o PSF como estratégia, na qual sua principal ferramenta de atuação é o território, pois atuam em locais precários e de difícil acesso.

A fim de garantir o funcionamento do Programa, incumbe ao TCE/SP a fiscalização do destino dos repasses públicos, e ainda ser responsável pela verificação do quadro de vagas por meio de concurso público e processo seletivo. Sua principal atuação são as fiscalizações ordenadas, nas quais os integrantes saem a diversas localidades em um dia específico, sem aviso prévio aos fiscalizados, o que vem diminuindo as irregularidades de uma forma muito expressiva.

Apesar da constante atuação, atualmente o TCE/SP veda a contratação dos médicos para compor o Programa por meio do contrato celetista, o que gera reflexos negativos a toda a população, uma vez que se encontram desamparados e sem atendimento hábil, ofendendo diretamente dois princípios constitucionais de suma relevância, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à saúde, que consequentemente vem atrelado.

O principal objetivo deste artigo é buscar por alterativas em relação ao problema deixado pelas lacunas concernentes à contratação de médicos para compor o PSF. Dentre as possíveis soluções, encontramos a contratação temporária via CNPJ, que foi considerada recentemente como constitucional, se apresentando como a principal alternativa para contratações de forma direta, com vínculo jurídico regido pelo Direito Civil, tratando-se de hipótese hábil para fugir da obrigatoriedade dos concursos públicos e da redução de despesas causadas pelos direitos trabalhistas, funcionando com melhores condições à Administração Pública e aos prestadores de serviço. Subsidiariamente, levantamos a possibilidade da inclusão de dois novos programas: a reformulação do programa denominado Médicos Pelo Brasil, que tem o condão de amparar as localidades mais necessitadas do país, e o Programa Saúde na Hora, que visa ampliar o horário de funcionamento das unidades, com o fim de prestar maior auxílio à saúde nas localidades que aderirem ao plano, sendo estas as medidas estudadas para a resolução do problema abordado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Juliane Franco de Souza. **Aspectos da "pejotização" dos médicos**. 2019. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/307914/aspectos-da--pejotizacao--dos-medicos. Acesso em: 21 out. 2020.

ÂMBITO JURÍDICO. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988/. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. **Ministério da Saúde modifica regras para adesão ao Programa Saúde na Hora.** 2020. Disponível em: https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/ministerio-da-saude-modifica-regras-para-adesao-ao-programa-saude-na-hora. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. **Lei nº 8.745/1993.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8745compilada.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. **Medida Provisória n° 890 - Programa Médicos pelo Brasil**. 2019. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/137836. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. **Portaria Interministerial nº 4, 2019**. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n--4-de-26-de-julho-de-2019-207468561. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. GOVERNO FEDERAL. **Mais médicos**. 2019. Disponível em: http://maismedicos.gov.br/. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. GOVERNO FEDERAL. **Programa Mais médicos – Como aderir ao programa**. 2019. Disponível em: http://www.maismedicos.gov.br/noticias/2-paginas/32-como-aderir-ao-programa. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Classificação e Caracterização dos Espaços Rurais e Urbanos do Brasil**. 2017. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv100643.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Memórias da Saúde da Família no Brasil**. Brasília: MS, 2009.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Memórias da Saúde da Família no Brasil**. 2010. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/memorias_saude_familia_brasil.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Ministério da Saúde Lança Programa Médicos pelo Brasil**. 2019. Disponível em: https://aps.saude.gov.br/noticia/5575. Acesso em: 08 set.2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 397**. 2020. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2020/prt0397_16_03_2020.html. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 397**. 2020. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2020/prt0397_16_03_2020.html. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Programa Médicos pelo Brasil vai levar profissionais a locais mais distantes**. 2019. Disponível em: http://www.blog.saude.gov.br/index.php/53976-medicos-pelo-brasil-conheca-o-programa-que-vai--levar-medicos-a-locais-mais-distantes. Acesso em: 10 out.2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Saúde na Hora**. 2019. Disponível em: http://aps.saude.gov.br/ape/saudehora. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **O Trabalho do Agente Comunitário de Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. ISBN: 978-85-334-1628-4.

BRASIL. PROGRAMA MAIS MÉDICOS. **Mais médicos**: conheça o programa. Disponível em: http://maismedicos.gov.br/conheca-programa. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Terceirização de serviços de saúde nos municípios é fiscalizada pelo TCU**. 2016. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/terceirizacao-de-servicos-de-saude-nos-municipios-e--fiscalizada-pelo-tcu.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

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

COELHO, André de Azevedo. **A problemática das contratações dos profissionais integrantes da estratégia saúde da família**. 2008. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246469015.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de saúde pública**, v. 22, p. 57-63, 1988.

ESTADO DE SÃO PAULO. PREFEITURA MUNICIPAL DE MARÍLIA. **Lei Complementar nº 11,1991**. Disponível em: https://www.marilia.sp.gov.br/prefeitura/downloads/legislacao-municipal/lei_complementar_11.pdf. Acesso em: 19 out.2020.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. Disponível em: https://www.tce.sp.gov.br/. Acesso em: 10. Out. 2020.

FARACO, Marcela. **A Pejotização Trabalhista e sua aplicação na Área Médica**. 2015. Disponível em: https://marcelafaraco.jusbrasil.com.br/artigos/196810608/a-pejotizacao-trabalhista-e-sua-aplicacao-na-area-medica-parte-02. Acesso em: 20 out.2020.

FERTONANI, Hosanna Pattrig; PIRES, Denise Elvira Pires de; BIFF, Daiane; SCHERER, Magda Duarte dos Anjos. Modelo assistencial em saúde: conceitos e desafios para a atenção básica brasileira. **Ciênc. Saúde coletiva** 20 (6) Jun 2015. Disponível em: https://www.scielosp.org/article/csc/2015.v20n6/1869-1878/pt/. Acesso em: 10 out. 2020.

FORTES, Paulo Antonio de Carvalho; SPINETTI. O Agente Comunitário de Saúde e a Privacidade das Informações dos Usuários. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 5, p. 1328-333, out. 2004. ISSN: 1678-4464.

GONDIM, Grácia Maria de Miranda; MONKEN, Maurício. **Territorialização em Saúde**. Disponível em: http://www.sites.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/tersau.html. Acesso em: 04 set. 2020.

KENOBY. **Como calcular o custo de um funcionário para a empresa?** Disponível em: https://kenoby.com/blog/como=-calcular-o-custo-de-um-colaborador/#:~:text-Os%20encargos%20trabalhistas%20e%20os,os%20resultados%20de%20um%20neg%C3%B3cio. Acesso em: 10 out. 2020.

MEDCONTÁBIL. **A pejotização para profissionais da saúde**. 2019. Disponível em: https://www.medcontabil.com.br/blog/. Acesso em: 21 out.2020.

MENDONÇA, Fernanda de Freitas; MATTOS, Luís Fernando Abucarub de; OLIVEIRA, Emmeline Bernardes Duarte de; DOMINGOS, Carolina Milena; OKAMURA, Carlos Takeo; CARVALHO, Brígida Gimenez; NUNES, Elisabete de Fátima Polo de Almeida. Participação dos municípios de pequeno porte no Projeto Mais Médicos para o Brasil na macrorregião norte do Paraná. **Ciênc. Saúde coletiva** vol.21 no.9 Rio de Janeiro Sept. 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000902907. Acesso em: 10 out. 2020.

PINTO, Luiz Felipe; GIOVANELLA, Ligia. Do Programa à Estratégia Saúde da Família: expansão do acesso e redução das internações por condições sensíveis à atenção básica (ICSAB). **Ciênc. Saúde colet**. 23 (6) Jun 2018. Disponível em: https://www.scielosp.org/article/csc/2018.v23n6/1903-1914/pt/. Acesso em: 10 out. 2020.

ROSA, Walisete de Almeida Godinho; LABATE, Renata Curi. Programa Saúde da Família: a construção de um novo Modelo de Assistência. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 13, n. 6, p. 1027-1034, dez. 2005. ISSN: 1518-8345.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SDB. **Programa Médicos pelo Brasil oferecerá carteira assinada, tutoria presencial e remuneração diferenciada**. 02/08/2019. Disponível em: http://www.sbd.org.br/noticias/programa-medicos-pelo-brasil-oferecera-carteira-assinada--tutoria-presencial-e-remuneracao-diferenciada/. Acesso em: 10 out. 2020.

SOULMEDICINA. **A falta de médicos no interior**. Disponível em: https://www.soulmedicina.com.br/noticia/111/a-falta-de-medicos-nos-hospitais-publicos-do--interior-do-brasil/. Acesso em: 10 out. 2020.

SOUSA, Maria de Fátima de; HAMANN, Edgar Merchán. Programa Saúde da Família no Brasil: uma agenda incompleta? **Ciênc. Saúde coletiva** vol.14 supl.1 Rio de Janeiro Sept./Oct. 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000800002. Acesso em: 10 out. 2020.

TEIXEIRA, Winston de Araújo. **A pejotização na prestação dos serviços públicos de saúde da administração pública brasileira**. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/312337601_A_Pejotizacao_na_Prestacao_dos_Servicos_Publicos_de_Saude_da_Administracao_Publica_Brasileira/fulltext/587de13008ae9a860ff3b18f/A-Pejotizacao-na-Prestacao-dos-Servicos-Publicos--de-Saude-da-Administracao-Publica-Brasileira.pdf . Acesso em: 19 out. 2020.

VILELA, Pedro Rafael. **Programa Médicos pelo Brasil vai substituir Mais Médicos**. 2019. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2019-07/programa-medicos-pelo-brasil-vai-substituir-mais-medicos. Acesso em: 10 out.2020.

Aplicabilidade do Contrato de Intermediação nas Vendas Realizadas por Concessionárias – Empresa Modelo: Comasa

Igor Pereira Miranda
Isabella de Oliveira
Jéssica Cristina Loureda
Leticia Sakuray dos Reis
Patrícia Maria Vargas Domingues
Galdino Luiz Ramos Junior
Eduardo Francisco Freire

INTRODUÇÃO

O cenário do mundo atual revela-se cada vez mais digital. A internet faz parte da vida de praticamente todas as pessoas que a utiliza até para as mais simples atividades cotidianas. Por este motivo empresas de diversos ramos tem se atualizado para se moldar ao cenário atual bem como para atender ao novo mercado de consumo.

No ramo automobilístico não é diferente, no cotidiano negocial os compradores preferem utilizar plataformas digitais para escolher seu novo veículo. Diante disto, e em razão da responsabilidade presente no Código de Defesa do Consumidor, as concessionárias de veículos ficam compelidos a se atualizar em, ao mesmo tempo que se preocupam na eventual responsabilidade por qualquer dano frente ao consumidor.

O presente artigo tem a finalidade resolver esta problemática, encontrando dentro do mundo jurídico, uma forma de atualizar as concessionárias no novo cenário digital, podendo a concessionária trabalhar como intermediadora da venda de automóveis de terceiros sem que seja totalmente responsável por possíveis danos, dirimindo sua atual responsabilidade para um contexto menos abrangente.

COMASA COMERCIAL MARILIENSE DE AUTOMÓVEIS LTDA

HISTÓRIA DA EMPRESA

A data de fundação da empresa, 15 de maio de 1970, é usada para comemorar o início do empreendedorismo da família Freire pouco depois da Volkswagen consolidar-se como potência industrial na Alemanha no pós-guerra, comprando a DKW (passando a distribuir produtos Volkswagen) e outras marcas no Brasil.

Com isso, o Sr. Antonio Freire, imigrante português que, também, trabalhou como oleiro, caminhoneiro e comerciante, logo se interessou por aqueles "carrinhos europeus de nome engraçado e motor traseiro", nascendo com ele, uma paixão. Foi quando o Sr. Freire inaugurou a loja de Pompéia/SP, fundada no ano de 1962.

Em Marília/SP, somente no ano de 1970 se deu sua fundação. Inicialmente, instalada na Rua Coronel Galdino de Almeida, n º 485, Centro, e no ano de 1975, terminada a construção da nova loja, foi realizada a mudança para o novo prédio de acordo com os padrões e identificação visual da Volkswagen do Brasil, situada até a presente data na Zona Norte, Avenida Castro Alves, nº 1239. Hoje, a empresa conta com um quadro de aproximadamente 130 funcionários.

Em 1979, o Sr. Antonio efetiva a compra da parte dos sócios (Saad Baclini Chueire, Emilio Kabalan Baaklini, Antonio Alcade Fernandes, Domingos Alcalde e Michel Sudaia), ficando absoluto em seu negócio e somente em 1982 a Comasa deixa de ser uma S/A (Sociedade anônima) e passa a ser uma Companhia Limitada, com capital subscrito pelo fundador e sua esposa, Sra. Maria Caçador Freire. Desde então, a família expandiu os negócios para outros ramos como agropecuária, consórcios e imobiliário, com destaque para a longa parceria com a fabricante de veículos Volkswagen.

Em 1988, o Sr Antônio Freire promoveu nova alteração contratual, já preparando a sucessão de seu negócio, e inclui o seu filho Benedito Antônio Freire e o Sr. Adilson Marconato como sócios e diretores da COMASA. Em 1990, Sr. Antônio Freire falece na data de 06 de janeiro com 62 anos.

Em 2013/2014 concluem a aquisição da Freire Veículos em Marília/SP e em Assis/SP, ampliando sua área de atuação. Com quase 60 anos de existência, o Grupo Antônio Freire conta com 3 concessionárias Volkswagen, sendo localizadas na cidade de Marília/SP, Assis/SP e Pompéia/SP.

"A Volkswagen é uma marca que todo brasileiro conhece e que produz carros para o Brasil. É uma grande parceira e que está sempre em busca de trazer a tecnologia em seus veículos sem custo muito elevado para o consumidor", diz Eduardo Freire, diretor do grupo Comasa, em entrevista realizada.

"Nossa missão é associar economia e investimento saudável na aquisição e formação de patrimônio"; referindo-se ao consórcio Comauto, outro maço do grupo.

Carregando o slogan "Orgulho Volkswagen", a empresa já foi premiada diversas vezes, participando do programa Alta Performance da VWB (Volkswagen Brasil) por 04 vezes entre as 10 melhores concessionárias do país, além de já ter recebido premiações como o Gold Pin e o Diamond Pin.

NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSIONÁRIA

Aspectos Gerais

A empresa Comasa é uma concessionária que possui natureza jurídica de Sociedade Empresarial Limitada. Esta identificação se dá através de seu nome empresarial: "Comasa Comercial Mariliense de Automóveis LTDA" e de seu quadro societário. As LTDAs são regulamentadas pelos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil e "representam hoje a maior parte das sociedades empresárias existentes no país." (PERROTTA E GONÇALVES, 2018, p. 102)

Possuindo natureza contratual e "intuitu" personae, seus sócios obrigam-se tão somente pelo pagamento de suas quotas, pela integralização do capital social, pelo excesso de valor atribuído a bens aportados para formação do capital social e pela falta de realização da totalidade das entradas prometidas pelos sócios. (CHAGAS, 2018, p. 245)

Essas cotas são frações que serão subscritas pelos sócios e estes sócios, por meio da subscrição, comprometem-se a integralizar o montante correspondente as suas cotas, mediante bens, dinheiro ou créditos para a formação do capital social e constituição do patrimônio da sociedade. A contribuição de cada sócio não poderá ser feita por meio de prestação de serviços. (Artigo 1.055, §2º, C.C.)

As cotas podem ser "iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio, o que faz com que ele tenha maior ou menor controle do capital social, na proporção do número de cotas que possui." (PERROTTA E GONÇALVES, 2018, p. 102)

É o que exemplifica Perrotta e Gonçalves:

> Assim, por exemplo, uma sociedade limitada pode dividir seu capital social em 100 cotas, cada uma com valor igual a 1. São sócios: A, B, C e D. A tem 30 cotas, B tem 40, C tem 20 e D tem 10. As cotas têm valores iguais. Diferente é a participação de cada um dos sócios no capital social. (PERROTTA E GONÇALVES, 2018, p. 102)

Ser titular de cotas confere aos sócios diversos direitos. Em relação aos direitos patrimoniais estão "o recebimento de parcela dos lucros provenientes da atividade empresarial desenvolvida, bem como o da partilha da massa patrimonial resultante da liquidação da sociedade." (PERROTTA E GONÇALVES, 2018, p. 101)

Ainda, dentre os direitos pessoais os sócios deverão ter uma "participação efetiva na administração da empresa e a fiscalização constante de suas contas e negócios." (PERROTTA E GONÇALVES, 2018, p. 101)

Também, a integralização do capital social subscrito por cada sócio considera-se uma de suas principais obrigações perante a sociedade, devendo ser feita na forma e prazo estipulados no contrato social. À luz do artigo 1.004, do Código Civil, o sócio que deixar de cumprir com sua obrigação social nos 30 dias seguintes à notificação pela sociedade para adimplir o valor de suas cotas, responderá perante esta pelos danos emergentes da mora.

Estando o capital social todo integralizado, os sócios não têm mais nenhuma responsabilidade pelas obrigações sociais. O patrimônio dos sócios não poderá mais ser atingido.

Ainda, o contrato social poderá ser elaborado por meio de instrumento público ou particular, devendo em qualquer das hipóteses, ser registrado na Junta Comercial. O contrato deverá observar o que dispõe o artigo 997 do Código Civil. O referido artigo traz um rol de clausulas que deverão constar do contrato, dentre elas:

> I - Nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas;
>
> II - Denominação, objeto, sede e prazo da sociedade;
>
> III - Capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;
>
> IV - a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la;
>
> V - as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços;
>
> VI - as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições;
>
> VII - a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;
>
> VIII - se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

Além disso, o contrato social deve claramente dispor sobre o tipo societário adotado (limitada), e sobre a responsabilidade subsidiária dos sócios. Caso a expressão "limitada" ou sua abreviação "LTDA" esteja ausente, a responsabilidade dos sócios passa a ser ilimitada e solidária (Artigo 1.158, §3º, C.C.)

Ainda, independentemente de ter sido feito por meio de escritura pública ou particular, qualquer alteração poderá ser feita por meio diverso do utilizado para sua constituição, porém para ter valor, deverá ser averbado na Junta Comercial.

No que tange a responsabilidade dos sócios, a responsabilidade será limitada ao total do capital social subscrito e não integralizado. Caso o capital esteja totalmente integralizado, só haverá responsabilidade pessoal dos sócios se houver a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, se restar comprovado o excesso de mandato, ou seja, quando os sócios deliberarem de forma contrária ao contrato ou a lei, nos casos de sociedade conjugal, expressamente proibido pelo artigo 977 do Código Civil para cônjuges casados pelo regime de comunhão universal de bens ou de separação obrigatória de bens e, por fim, em casos de procedência de ação de responsabilização dos sócios, em casos de falência.

Do nome empresarial

As limitadas podem adotar como nome empresarial tanto firma quanto denominação, ambas devem possuir em sua composição a palavra "limitada" ou sua abreviatura "Ltda".

"A obrigatoriedade da indicação da expressão "limitada" [...] é de fundamental importância para que os terceiros que pretendam contratar com ela saibam, de plano, o tipo societário e, com isso, o limite da responsabilidade dos sócios." (CHAGAS, 2018, p. 247)

A omissão da palavra "limitada" "determina a responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores que assim empregarem a firma ou a denominação da sociedade. (artigo 1.158 § 3º, C.C.)

Firma é caracterizada pelo uso do patronímico de todos ou de alguns sócios, já a denominação é objetiva, deve dar a conhecer o objeto da sociedade, sendo permitido figurar o nome de um ou mais sócios ou elemento fantasia. (artigo 1.158 C.C.)

Das cotas

Como já mencionado, o capital social da limitada divide-se em cotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio. (artigo 1.055, do C.C.).

Os sócios poderão integralizar suas quotas com dinheiro, bens ou créditos, porém, a sociedade limitada não admite que o sócio contribua apenas com a sua força de trabalho. Todos os sócios devem "contribuir para a formação ou aumento do capital social da sociedade, não obstante também possa prestar seus serviços para o desenvolvimento do objeto da empresa." (PERROTTA E GONÇALVES, 2018, p. 106).

As cotas de cada sócio são indivisíveis em relação à sociedade, salvo para efeito de transferência. Neste caso, haverá um condomínio de quotas e caso o condomínio recaia sobre cotas indivisas, os condôminos respondem solidariamente pela sua integralização.

Da cessão de cotas

Chagas destaca que as cotas podem ser cedidas para outros sócios livremente ou para um sujeito estranho ao quadro societário, mas para isso, precisará da anuência dos demais sócios:

> As quotas podem ser cedidas por seus titulares, seja para outro sócio, seja para um sujeito estranho ao quadro societário. Se o cessionário for outro sócio, dispensa-se a autorização dos demais sócios para que a cessão da quota se opere. Porém, se o cessionário for terceiro, a cessão ocorrerá desde que não haja oposição dos sócios que representem mais de 1/4 (um quarto) do capital social. (CHAGAS, 2018, p. 250)

Nota-se ainda, que o quórum poderá ser inferior ou ainda dispensado, desde que havendo previsão contratual para tanto. Desta forma, no silencio do contrato, prevalece a regra de que ¼ do capital social pode barrar a entrada de terceiros estranhos à sociedade.

A cessão, no entanto, só terá eficácia contra terceiros a partir da averbação do instrumento na Junta Comercial, independentemente de a transferência ocorrer para sócios ou para terceiros. (Artigo 1.057, parágrafo único, C.C.)

Importante ressaltar que, o cedente de quotas "responde solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio até 2 anos depois de averbada a modificação do contrato social com a alteração da titularidade das cotas" (PERROTTA E GONÇALVES, 2018, p. 107).

Todavia, caso não haja interesse dos demais sócios em adquirir as cotas ou não ocorra a aquisição das cotas pela sociedade e a liquidação das cotas por meio de deposito judicial realizado em dinheiro seja excessivamente onerosa para a sociedade, o juiz poderá determinar leilão judicial das cotas ou sua adjudicação, no entanto, tal procedência possibilitará o ingresso de terceiros estranhos no quadro societário.

Da administração

Toda empresa necessita de administradores, "os quais respondam juridicamente pela empresa e sejam responsáveis pela condução de sua atividade produtiva." (PERROTA E GONÇALVES, 2018, p. 109). Esses administradores são responsáveis pelas manifestações de vontade da pessoa jurídica e atuam em nome dela, buscando sempre o melhor resultado para ela, o que não se confunde com suas próprias vontades, nem com a dos demais sócios.

A administração poderá ser realizada por uma ou mais pessoas, sócios ou não sócios, designadas no contrato social ou em ato separado. Se o fizer por meio de ato separado, será investido no cargo por meio de termo de posse no livro de atas da administração. Caso o termo não seja assinado nos 30 dias seguintes à designação, tornar-se-á sem efeito. (artigo 1.062, "caput" e §1º do C.C.)

À luz do artigo 1.060, parágrafo único do Código Civil, se a administração for atribuída no contrato a todos os sócios, não se estenderá de pleno direito aos que posteriormente adquiram essa qualidade, seja por cessão ou por sucessão de cotas. Inexistente tal previsão no contrato, ocorrerá a administração disjuntiva. Nela, a administração da sociedade caberá, separadamente, a cada um dos sócios. (artigo 1.013, do C.C.)

Da responsabilidade do administrador

Como já mencionado, a sociedade manifesta sua vontade por meio de seus administradores. Desta forma, os atos praticados por eles vinculam a sociedade.

Aqui, as responsabilidades aplicadas aos administradores ou administrador da sociedade são os mesmos previstos para a sociedade simples.

Portanto, atuando os administradores dentro dos limites de poderes a eles delegado e com atenção aos deveres de cuidado, estarão "livres de responsabilidade pessoal por tais atos. A imunidade do administrador, pois, será mantida enquanto este não agir fora dos poderes que lhe foram conferidos [...]. (CHAGAS, 2018, p. 257)

Ainda, consoante o artigo 1.015, do Código Civil, caso não exista previsão contratual sobre os poderes outorgados ao administrador, este poderá praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade.

Em regra, a sociedade responde perante terceiros pelos atos praticados pelos administradores. É o que observa Chagas:

> A regra é de que a sociedade responde perante terceiros pelos atos praticados pelos administradores. A exceção é a irresponsabilidade da sociedade pelos atos dos administradores que descumprem as limitações contratuais (inc. I), estranhos aos negócios da sociedade (inc. III), praticados de forma fraudulenta junto a terceiros (inc. II) ou por culpa no desemprenho de suas funções. (CHAGAS, 2018, p. 258)

Por fim, a responsabilidade será pessoal e solidária dos administradores perante a sociedade e terceiros prejudicados, pelos atos por eles praticados com culpa e violação à lei ou ao contrato social, no desemprenho de suas funções. "Não haverá se falar em responsabilidade solidária de todos os administradores, no entanto, se a administração da sociedade ocorrer de forma disjuntiva, na qual cada administrador tem poderes específicos e independentes". (CHAGAS, 2018, p. 260)

Da dissolução total da sociedade limitada

A dissolução da sociedade poderá ocorrer de forma judicial ou extrajudicial. Se a dissolução ocorrer a partir de uma decisão judicial, será judicial. Se decorrer de deliberação dos sócios, será extrajudicial.

Sendo assim, os artigos 1.033 e 1.034 do Código Civil, elencam as causas de dissolução total da sociedade, quais sejam:

> I - O vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado;
>
> II - O consenso unânime dos sócios;
>
> III - A deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado;
>
> IV - A falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;
>
> V - A extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar;
>
> VI - Anulada a sua constituição;
>
> VII - Exaurido o fim social, ou verificada a sua inexequibilidade.

Além disso, o contrato ainda poderá prever outras causas de dissolução da sociedade que não estejam entre as destacadas pelos artigos acima. (artigo 1.035, do C.C.)

Em conclusão, a dissolução de uma sociedade não implica na extinção de sua personalidade jurídica, que somente se completa com a liquidação. Nesta fase, será nomeado um liquidante, assumindo condição análoga a de um administrador, "e, como tal, a lei impõe o respeito a certos deveres, entre os quais o de pugnar pela falência, quando o passivo superar o ativo; partilhar o saldo positivo, se houver; prestar contas sobre a gestão etc." (CHAGAS, 2018, p.269)

ASPECTOS SOBRE A LEI FERRARI

A Lei 6.729/79, posteriormente alterada pela 8.132/90, titulada Lei Ferrari, regula a relação entre os fabricantes de veículos automotores e seus distribuidores, possuindo natureza de lei especial eis que não se utiliza subsidiariamente o Direito Comum.

A citada lei tem como objetivo regulamentar a concessão de veículos, sanando os contratos já deficitários, evitando que nasçam novos contratos com "deficiência", desequilíbrio, causando queda em vendas, prejuízos às concessionárias, concorrência desleal dentre outros, em razão da grande quantidade de distribuidoras presentes no mercado.

Diante disto, a lei dispõe de 33 artigos que formalizam o contrato de concessão que deverá ser escrito, impondo obrigações que regulam a relação entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre.

Já de início, a lei estabelece quem são os produtores, distribuidores, os veículos automotores assim como outros produtos que poderão vir a ser vendidos, e o serviço autorizado para a concessão, os quais deverão seguir as regras dispostas ao longo dos artigos. Estabelece também, que o contrato firmado deve ser escrito, sendo inadmissível o contrato verbal.

Seguindo, a lei informa que deve haver distância mínima entre as concessionárias, estabelecida na Convenção da Marca, com o intuito de que cada uma possa oferecer seus produtos de forma livre e sem se preocupar com uma concorrência desleal já supracitada. Contudo, insta salientar, que embora haja a delimitação de área como forma de organização, o consumidor tem a livre escolha na hora de realizar a compra, podendo sair de sua região para adquirir seu veículo.

Outra forma de vedar a concorrência desleal, foi estabelecer que as empresas concedentes têm o dever de manter as mesmas condições de preço e forma de pagamento para todas as concessionárias pertencentes a sua rede. Entretanto, se tratando de preço de venda oferecida pela concessionária ao consumidor, esse é livre conforme estabelecido no art. 13 da lei.

A Convenção da Marca é forma prevista na lei de pormenorizar necessidades que devam estar presentes no contrato de cada marca, ficando elencados no artigo 19 quais são os assuntos, como por exemplo: fixação de área demarcada e distâncias mínimas, abertura de filiais e outros estabelecimentos; alteração de época de pagamento; regime de penalidades gradativas.

Ademais, o uso da marca é gratuito. A concessionária tem o direito de usar a marca que representar como também só poderá vender veículos desta marca. A forma como será estabelecida o uso da marca e tudo concernente a este requisito ficará estipulado na Convenção e formalizado no contrato escrito.

Tendo em vista a concorrência neste ramo, a lei também regula que uma nova concessionária deverá respeitar os padrões de instalação e de operação adequadas à demanda contratada, assim como observar existência de outra concessionária na área desejada respeitando-a, em relação a limites, dentre outros.

Destarte, ao realizar contrato de concessão com a concedente, todo concessionário deverá, obrigatoriamente, adquirir pelo menos 75% (setenta e cinco por cento) das compras anuais de componentes diretamente com o seu concedente como forma de fidelidade. Todavia, se a concedente deixar de fornecer produtos como peças de veículo, para montagem; troca e substituição de peças, a concessionária poderá realizar a compra dos componentes que faltam com empresas terceiras sem que seja computado o porcentual de fidelidade.

A norma, ainda, dispõe que o prazo para o contrato será indeterminado e somente cessará nos termos da lei. Mais adiante, no parágrafo único do art. 21, é informado que de início, o prazo previsto no contrato é a partir de 05 anos de vigência se tornando automaticamente indeterminado caso, após o lapso do prazo, não seja manifestada a vontade de interrompê-lo por uma ou ambas as partes antes de cento e oitenta dias do seu termo final e mediante notificação por escrito devidamente comprovada.

Salienta-se por último e findando, que a lei determina nos artigos 22 e 23 maneiras de resolução do contrato, bem como penalidades e obrigações quando esta ocorrer em virtude de infração, não cumprimento das normas estabelecidas para a resolução e para a prorrogação do contrato.

CONTRATO DE INTERMEDIAÇÃO

CONTRATO DE CORRETAGEM

Caracteristicas do contrato de corretagem

O contrato de corretagem é aquele em que uma pessoa, corretor, se obriga a obter um ou mais negócios para pessoa, mediante remuneração, seguindo as instruções recebidas e sem ser em virtude de mandato, prestação de serviços ou qualquer tipo de relação de dependência.

O corretor possui o papel de realizar a intermediação com a máxima diligência e prudência, prestando ao comitente todas as informações sobre o andamento e riscos que o negócio pode ter.

O autor Sílvio de Salvo Venosa disciplina que:

> A conduta esperada é no sentido de que o corretor faça aproximação entre um terceiro e o comitente. A mediação é exaurida com a conclusão do negócio entre estes, graças à atividade do corretor. Quando discutimos a retribuição a que o corretor faz jus, importante é exatamente fixar que a conclusão do negócio tenha decorrido exclusiva ou proeminentemente dessa aproximação. (Venosa, 2019, p. 655)

Conclui-se, portanto, que o contrato de corretagem possui como características ser bilateral, acessório, consensual, oneroso e aleatório.

Ademais, ao formarem o contrato, as partes criam obrigações e direitos recíprocos entre elas, sendo de conhecimento de ambas, mediante remuneração ao corretor. Este contrato serve de instrumento para conclusão de outro negócio, tendo em vista que o objetivo principal é a venda do veículo que será feita apenas posteriormente, sendo aleatório, pois depende de condição futura para se concretizar.

As características citadas tornam a corretagem instituto único e distinto dos demais, conforme o autor Sílvio de Salvo Venosa:

> A corretagem distingue-se da simples prestação de serviços cujo objeto é conhecido e não aleatório. Não se confunde com a empreitada, porque nesta o objetivo é a entrega da obra. Não se confunde com o mandato, porque o corretor não representa o comitente. Apesar de também assimilar aspectos da comissão mercantil, com ela não se confunde, porque o comissário contrata em seu próprio nome, enquanto o corretor limita-se a aproximar as partes. (Venosa, 2019, p. 656)

Vejamos algumas peculiaridades:

a) Remuneração

As regras de remuneração do corretor estão dispostas nos arts. 724 a 728 do Código Civil. O art. 724 do mesmo Diploma Legal prevê que é arbitrada pela natureza do negócio jurídico e os usos locais quando não for prevista em lei ou ajustada entre as partes. O corretor deve ser remunerado ao atingir o resultado previsto contratualmente ou quando o negócio não se realiza por arrependimento do cliente.

O art. 726 do Código Civil trata sobre a exclusividade do corretor, esta característica deve estar expressa no contrato para gerar efeitos, pois prevê que o corretor terá direito a remuneração integral mesmo sem a sua participação efetiva, com exceção se o comitente comprovar que houve inércia ou ociosidade por parte o corretor.

Os contratos com prazos indeterminados poderão ser extintos pelo cliente, porém se o negócio que o corretor realizou a mediação se efetivar, este terá direito a receber a remuneração devida. Em caso de contrato de prazo determinado, o corretor também terá direito a remuneração se o negócio em que realizou a intermediação foi realizado após este prazo.

Em situações que existe mais de um corretor trabalhando sobre o mesmo objeto, a remuneração deve ser paga a todos em partes iguais, com exceção de contratos que tenham disposto de forma contrária.

Com relação à indenização, o corretor deverá prestar ao cliente esclarecimentos sobre a segurança e risco do negócio, bem como alteração de valores e outros fatores que influenciem no resultado desta incumbência. Se agir de forma diversa a esta explicada, o corretor responde por perdas e danos.

b) Espécies de corretor

Existem dois tipos de agentes que podem praticar a corretagem, conhecidos como corretores livres e corretores oficiais. Estes primeiros, corretores livres, são os que praticam a intermediação de negócios que a atividade não seja privativa aos corretores oficiais, deste modo, podem versar sobre as matérias subsidiárias que não possuem designação oficial, sendo o único requisito para o exercício da corretagem a capacidade civil. Enquanto os corretores oficiais são aqueles investidos de ofício público, disciplinados por lei, como exemplo, os de operação de câmbio e de bolsa de valores.

c) Extinção do contrato de corretagem

O contrato de corretagem não possui uma forma de extinção diferente dos demais contratos, tendo como forma: o distrato; o caso fortuito e a força maior; bem como extinção pelo cumprimento da obrigação, com a aproximação útil e o pagamento da comissão.

O corretor não possui a responsabilidade de concluir o negócio, sendo sua atribuição contribuir com a aproximação das partes para que o comitente seja capaz de concluir o negócio. Portanto, termina a participação do corretor com o resultado útil do negócio.

Como já citado acima, nos contratos que forem de prazo determinado, com o término do prazo estabelecido, este é extinto. Entretanto, a responsabilidade em remunerar o corretor por negócios em que tenha dado causa a aproximação

permanece. Enquanto em contratos de corretagem de prazo indeterminado, o negócio pode se extinguir unilateralmente por qualquer das partes, desde que observada o requisito da boa-fé.

Por último, existe a possibilidade de extinguir o contrato pela incapacidade ou falta de legitimação do corretor por fato superveniente ao contrato, como exemplo a falência ou a perda de requisito para realizar a corretagem.

Da responsabilidade do corretor

Como visto, o corretor tem a tarefa de aproximar um terceiro ao comitente, e com essa tarefa ele adquire uma obrigação de fazer. Esta por sua vez, transmite ao corretor responsabilidades nos negócios em casos específicos, eis que não tem nenhuma responsabilidade com a execução do negócio, somente naquilo que se comprometeu com o comitente.

Assim, cumpre salientar que a responsabilidade varia conforme sua tarefa e o sujeito da relação, eis que pra cada uma delas é aplicado um Código diferente.

Em primeiro lugar, nasce a responsabilidade do corretor com o dono do veículo que pretende vendê-lo (comitente), quando o corretor combina em realizar a propagação da venda do automóvel. Esta responsabilidade é a subjetiva e seguirá o disposto no Código Civil, sendo aquela em que o agente responde por perdas e danos que decorrerem de culpa (negligência, imprudência e imperícia).

Na prática, a Comasa somente se responsabilizaria pelos danos causados ao veículo, se deixar de cumprir sua função com êxito, a título de exemplo: não verificar a procedência do veículo; não realizar vistoria veicular; não repassar todas as informações do comprador (como sua situação financeira) ficando o dono do veículo sem o capital da venda.

Nestas linhas, o corretor terá responsabilidade nesta modalidade de contrato se suas ações contribuírem para a geração do prejuízo. Esta responsabilidade está disposta no art. 723, do Código Civil:

> O corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio.
>
> Parágrafo único. Sob pena de responder por perdas e danos, o corretor prestará ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência.

Já a segunda responsabilidade nasce com a intermediação realizada pelo corretor dentro da cadeia de consumo, propagando os automóveis e aproximando ao terceiro/comprador.

Tendo isso em vista, a ação do corretor de intermediar (vendedor – Comasa – comprador) se caracteriza como fornecedor pelo Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, **distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços**. (grifo nosso).

Diante disto, a sua responsabilidade é aquela estabelecida no art. 14, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe que o corretor responderá independentemente da existência de culpa, mas por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Isso significa que, neste caso, a Comasa Comercial Mariliense de Automóveis Ltda possui uma responsabilidade mais abrangente (objetiva), não respondendo pelo prejuízo que contribuiu para sua geração, mas por todo aquele prejuízo se ficar comprovado que decorreu da relação de consumo, independentemente de culpa.

Em casos concretos de processos envolvendo empresas que realizam intermediação já houveram decisões que excluíram a responsabilidade do intermediador eis que seguiram suas, atribuições com diligência e cautela, vejamos:

> EMENTA: DIREITO DE CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO C/C RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - NEGÓCIO DE VENDA DE MICROCOMPUTADOR USADO - UTILIZAÇÃO DE SERVIÇO, **DISPONIBILIZADO VIA INTERNET, DE INTERMEDIAÇÃO** - ENCAMINHAMENTO DO BEM AO COMPRADOR, SEM O CORRESPONDENTE RECEBIMENTO DO VALOR RELATIVO AO PREÇO - **RESPONSABILIDADE DA EMPRESA INTERMEDIADORA - NÃO CARACTERIZAÇÃO** - INOBSERVÂNCIA, PELO VENDEDOR, DAS NORMAS DE SEGURANÇA, RECOMENDADAS PELO INTERMEDIADOR, PARA ENCAMINHAMENTO DO BEM NEGOCIADO - RECEBIMENTO DE E-MAIL FALSO - INFORMAÇÃO INVERÍDICA DE RECEBIMENTO, PELA INTERMEDIADORA, DO VALOR DA TRANSAÇÃO - NÃO CONFERÊNCIA, PELO VENDEDOR, EM SUA CONTA ABERTA JUNTO À INTERMEDIADORA, DA EFETIVA EXISTÊNCIA DE CRÉDITO, EM SEU FAVOR, CORRESPONDENTE AO PAGAMENTO DO PREÇO - RECURSO PROVIDO - PEDIDO INICIAL JULGADO IMPROCEDENTE EM RELAÇÃO À APELANTE. - **O consumidor** que, na utilização de serviço de intermediação de negócios disponibilizado via internet, **viola normas de segurança claramente informadas e faz o envio**, ao pretenso comprador, do bem negociado, mediante simples recebimento de e-mail - que se

> revele falso - sobre a ocorrência de pagamento do preço, **sem verificar em sua conta a efetiva existência do crédito correspondente, age de forma culposa**, dando ensejo ao dano por ele experimentado, e **excluindo a responsabilidade do intermediador**, por força do disposto no art. 14, § 3.º, inciso II, do CDC. (TJ-MG - AC: 10105110184303001 MG, Relator: Márcio Idalmo Santos Miranda, Data de Julgamento: 05/07/2016, Data de Publicação: 29/07/2016) (grifo nosso).

Diante disto, fica verificado que a ocorrência de duas responsabilidades distintas para a concessionária não é um fator negativo, uma vez que toda relação entre pessoas físicas ou jurídicas, todo contrato, gera uma responsabilidade, pois há pelo menos duas pessoas contratando sendo necessário a imposição de direito e deveres.

Assim, a concessionária somente responderá pela responsabilidade objetiva quando não realizar com êxito a vistoria veicular, a pesquisa de documento, dentre outras obrigações inerentes ao seu ramo, eis que não agiu com diligência. No mais, ainda que haja a responsabilidade objetiva, esta tem um peso menor que a responsabilidade solidária presente no contrato comum de concessão.

Salienta-se por fim, que na hipótese da concessionária assumir a responsabilidade total pelos danos pagando-os ao consumidor, esta poderá ingressa com ação judicial contra o vendedor responsável se comprovado que este último era o único responsável pelos danos causados.

Aplicação do contrato de intermediação ao caso concreto

A concessionária de veículos, contratada como Corretora, ficará encarregada de achar no mercado o melhor comprador do bem objeto da venda, dentro das condições pré-estabelecidas no contrato. Logo, por meio do contrato de corretagem, o corretor compromete-se a uma obrigação de fazer, obtendo um ou mais negócios para outra pessoa, conforme instruções passadas anteriormente e mediante o pagamento de uma remuneração, também chamada de comissão. (Artigo 722, Código Civil).

Vale ressaltar, ainda, que cabível se faz o contrato de corretagem neste caso, pois, de acordo com a jurista Maria Helena Diniz, existem duas espécies de corretores, sendo a concessionária enquadrada na espécie denominada como “Corretor Livre”.

Nesse caso, a empresa exercerá, com ou sem exclusividade, a função de corretora, aproximando as partes que pretendem contratar e as aconselhando até a conclusão do negócio, informando as condições da negociação para as partes de forma clara e objetiva.

Diante disso, à luz do artigo 723 do Código Civil, o corretor tem como dever:

a) Ser prudente e diligente ao executar o objeto do contrato, ou seja, a mediação do negócio, devendo agir sem que se propicie a realização de contratos nulos ou anuláveis;

b) Prestar todas as informações sobre o andamento do negócio, sempre de forma espontânea, visto que faz parte de suas atribuições como intermediador do negócio;

c) Prestar todos os esclarecimentos sobre a segurança ou risco do negócio, as alterações de valores, e demais fatores que possam influir no resultado ou realização do negócio, sob pena se não o fizer, de responder por penas e danos causados em razão da omissão de algum fator que estava ao seu alcance.

Posto isto, o contrato, em sua estrutura final, será composto pela qualificação das partes, tendo como comitente a figura do proprietário do veículo e como corretora a empresa concessionária, que atuará como intermediadora do negócio.

O objeto do contrato será a obrigação de fazer, tendo como finalidade da contratação, a intermediação para venda do automóvel. Ainda, haverá qualificação clara e extensiva do veículo a ser negociado, juntamente com declaração de que o bem encontra-se livre de qualquer ônus ou gravame, inclusive de natureza tributária e respectiva vistoria veicular.

O contrato também deverá dispor das condições de divulgação do bem, sendo realizado em caráter de exclusividade, dentro de determinado espaço territorial, tendo a concessionária autorização para divulgar o veículo em suas plataformas digitais, como sites e redes sociais, além de autorização para divulgação em meios de comunicação impressos e disponibilidade de apresentação pessoal para os interessados mediante prévio agendamento.

Em suas cláusulas finais, o contrato indicará o valor do automóvel, as condições de pagamento interessantes ao comitente, além de condições que o corretor poderá utilizar como margem de negociação, fechamento e “sinal” de negócio.

Ainda, conterá o valor dos honorários, também chamados de comissão, que poderá ser estipulado em um valor fixo, independentemente do valor fechado no negócio final, ou uma porcentagem sobre o valor da venda realizada, incluindo aqui, penalidades caso o comitente não cumpra com o valor acordado.

Por fim, será estabelecido entre as partes um prazo de vigência para o presente contrato e o foro contratual, que irá dirimir quaisquer dúvidas resultante da prestação dos serviços.

MODELO DE CONTRATO DE INTERMEDIAÇÃO - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E DE CORRETAGEM DE VEÍCULOS

IDENTIFICAÇÃO DAS PARTES CONTRATANTES

CONTRATANTE: (Nome do Contratante), nacionalidade, estado civil, profissão, portador da Carteira de Identidade de nº ____, SSP/SP e inscrito no CPF/MF sob o nº____, residente e domiciliado à Rua _____, bairro_____, Cidade de (XXX), Estado de (XXX);

CONTRATADO: (Nome do Contratado), pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ sob o nº (XXXX), com sede na Rua: (ENDEREÇO COMPLETO), CEP (XXXX), doravante denominado CONTRATADO.

As partes acima identificadas têm, entre si, justo e acertado o presente Contrato de Prestação de Serviços de Intermediação e Corretagem de veículos, que se regerá pelas cláusulas seguintes e pelas condições descritas no presente.

DO OBJETO DO CONTRATO

Cláusula 1ª. O presente tem como OBJETO, a prestação de serviços de intermediação e corretagem, especificamente, para oferecimento e negociação sobre a venda de veículos, via plataforma online e, também, presencialmente.

Cláusula 2ª. O CONTRATANTE afirma que é proprietário do veículo com as seguintes descrições:

Marca/Carroceria: (XXXX)

Ano Fabr./Mod.: (XXXX)

Cor: (XXXX)

Placa: (XXXX)

N do Chassi: (XXXX)

Renavan: (XXXX)

Comb: (XXXX)

Qtde. Passageiros: (XXXX)

DO VEÍCULO

Cláusula 3ª. O veículo objeto de venda se encontra livre de quaisquer ônus que possam inquiná-lo, ou mesmo impedir de realização de transferência de propriedade.

Cláusula 4ª. Faz parte do presente também, cópias do licenciamento, IPVA e do CRV (Certificado de Registro Veicular), extrato de débitos extraídos do DETRAN da localidade que estiver registrado, laudo descritivo do veículo e fotografias, pormenorizando todas as condições aparentes e de funcionamento do mesmo.

DEVER DO CONTRATANTE

Cláusula 5ª. O CONTRATANTE se compromete a não vender o veículo no período o qual estiver sob o encaminhamento de proposta com validade de 10 (dez) dias, enviada pelo CONTRATADO. Caso ocorra tal interveniência, o CONTRATANTE ficará obrigado a realizar o pagamento da comissão ora contratada.

Cláusula 6ª. Todo trâmite concernente à transferência do veículo para o novo comprador será de exclusiva responsabilidade do CONTRATANTE.

Cláusula 7ª. O CONTRATANTE tem o dever de fornecer ao CONTRATADO todas as informações, condições e documentos para consultar junto às instituições financeiras ou outras que forem necessários para possíveis financiamentos e alienações do veículo.

DEVER DO CONTRATADO

Cláusula 8ª. Realizar as avaliações básicas do veículo, tirar fotografias e postar no site e redes sociais da CONTRATADA, repassando informações via e-mail, telefone ou WhatsApp;

Cláusula 9ª. Realizar pesquisa para se certificar de não ser veículo de sinistro, leilão, remarcação, possuir restrições (administrativas ou judiciais), ou outras situações de registro que possam desabonar a integridade do veículo;

Cláusula 10ª. Efetuar vistoria do veículo e conferir toda e qualquer possível interferência ao veículo que possa prejudicar a compra e venda.

DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

Cláusula 11ª. O CONTRATADO se compromete a realizar o trabalho de corretagem de forma criteriosa e com a máxima honestidade, de forma a promover a venda do veículo supra descrito.

DO COMPROMISSO

Cláusula 12ª. O CONTRATADO, durante o tempo que estiver negociando o veículo, se compromete a utilizar de todos os meios pessoais para concretizar a venda ou as negociações, sendo que poderá utilizar intermediários para quaisquer destas hipóteses.

DA COMISSÃO

Cláusula 13ª. Fica convencionada a comissão de 5% (cinco por cento), que incidirá sobre o valor da venda.

Parágrafo único. Se o CONTRATADO vender o veículo por valor superior ao oferecido pelo CONTRATANTE, tal quantia será única e exclusivamente do CONTRATADO, não podendo ser compensado com o percentual acima pactuado, ou qualquer outro valor que por ventura venha a receber pela da prestação de serviço que ora efetue.

Cláusula 14ª. O pagamento será efetivado em dinheiro, no ato do recebimento do sinal, ou não havendo sinal, no ato do pagamento à vista ou, da primeira parcela.

DO VALOR

Cláusula 15ª. O CONTRATANTE oferece o veículo pelo valor total de R$_____ (_____).

Cláusula 16ª. Resta facultado ao CONTRATADO negociar em condições diversas, desde que autorizado expressamente pelo CONTRATANTE. Contudo, é vedado ao CONTRATADO oferecer o veículo a preço menor.

DO PRAZO

Cláusula 17ª. O CONTRATADO terá o prazo de 90 (noventa) dias, contados da data da assinatura do presente, ou até o comunicado do CONTRATANTE de que o veículo fora vendido.

Cláusula 18ª. O prazo para corretagem, que desde já resta combinado, será ampliado automaticamente por mais 30 (trinta) dias caso haja início de negociações concretas por parte do CONTRATADO. Caberá a este, no entanto, comunicar previamente ao CONTRATANTE, a efetivação da abertura destas negociações, sendo que este último impedirá unilateralmente, através de notificação por carta com aviso de recebimento, todas as intenções protelatórias do CONTRATADO.

Parágrafo primeiro. Após o prazo, o CONTRATADO, obriga-se a devolver todos os documentos que estão em seu poder que por ventura tenham lhe sido entregues.

Parágrafo segundo. Não fará jus a qualquer indenização ou restituição de gastos, caso anuncie ou aplique esforços financeiros após o prazo citado, incluindo-se a ressalva da cláusula supra.

Parágrafo terceiro. Entende-se por negociações, todas as manifestações verbais ou expressas por parte do interessado.

CLÁUSULA PENAL

Cláusula 19ª. Em caso de desistência após a assinatura do CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE VEÍCULO, de qualquer uma das partes, tanto comprador como vendedor, independente do motivo, será aplicada Cláusula Penal de 10% (dez por cento) do valor total do veículo acima descrito.

CONDIÇÕES GERAIS

Cláusula 20ª. O CONTRATADO intermediará somente até a inicialização da venda, restando todos os outros trâmites por conta e risco do CONTRATANTE.

Cláusula 21ª. O presente contrato passa a vigorar entre as partes a partir da assinatura do mesmo.

Cláusula 22ª. Fazem parte do presente todos os documentos citados acima.

DO FORO

Cláusula 23ª. Para dirimir quaisquer controvérsias oriundas do presente contrato, as partes elegem o Foro da Cidade de (XXXX), Estado de (XXXX), por mais privilegiado que seja outra qualquer.

Por estarem assim justos e contratados, firmam o presente instrumento, em 02 (duas) vias de igual teor e forma, juntamente com 2 (duas) testemunhas.

Local e data:

CONTRATADO	CONTRATANTE
TESTEMUNHA	TESTEMUNHA

CONCLUSÃO

Através de pesquisas, buscando solucionar a problemática resultada, foi examinado o contrato de corretagem, sua finalidade no papel de cada indivíduo presente no mesmo, bem como a necessidade de fixar a mudança na responsabilidade da concessionária no contrato de intermediação.

Assim, no contrato de corretagem existem duas responsabilidades distintas para a concessionária, aplicando cada uma delas conforme a relação de cada indivíduo com a concessionária. Se a relação entre a concessionária e o vendedor do veículo (comitente) fora o foco no momento da avaliação, então a responsabilidade será subjetiva respeitando ao previsto no Código Civil. Se a relação avaliada for da concessionária na intermediação e em relação ao comprador do veículo (terceiro) então sua responsabilidade será objetiva e deverá respeitar o Código de Defesa do Consumidor.

Com relação a esta última modalidade de responsabilidade, foi verificado que, caso ocorra de a concessionária possuir a obrigação de indenizar sozinha e por completo o consumidor, poderá posteriormente cobrar o valor indenizado do vendedor do veículo por meio de ação de judicial, quando comprovado que este último é o culpado pelos danos.

Além disso, é possível afirmar, conforme decisões em casos concretos, que o contrato de intermediação possibilita a exclusão da responsabilidade do intermediador nos casos em que se comprova a culpa exclusiva do comprador ou vendedor.

Deste modo, conclui-se que, por mais que a concessionária possua responsabilidade objetiva, ainda encontra-se em condições de se ver resguardada de pleitos indenizatórios se atuar com diligência e atenção. Ademais, é perfeitamente aplicável o contrato de corretagem para intermediação de concessionária de veículos respeitando as normas brasileiras, ampliando-se, assim, o leque negocial dos atuantes neste ramo de atividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 18out.2020.

BRASIL. Lei n. 6.729, 28 de novembro de 1979. Instituiu a Lei Ferrari. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 nov. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6729.htm. Acesso em: 18 Oct. 2020.

CHAGAS, Edilson Enedino das. Direito Empresarial Esquematizado. Editora Saraiva, 2018. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608591/cfi/0!/4/2@100:0.00. Acesso em: 18 Oct. 2020.

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais, 12ª. Edição, São Paulo: Saraiva, 1997.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de; et al. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 14. ed. Barueri: Manole, 2020.

GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello Guerra; et al. Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Código civil comentado e anotado. 2. ed. Barueri: Manole, 2017.

PERROTTA, Maria Gabriela Venturoti; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Coleção Sinopses Jurídicas 21 – Direito Empresarial: direito de empresa e sociedades empresárias. Editora Saraiva, 2018. Disponível em: < https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172917/cfi/0!/4/2@100:0.00. Acesso em: 18 Oct. 2020.

PORTAL BUS. Contrato de Intermediação Compra e Venda. São Paulo, SP. Disponível em: < http://portalbus.com.br/regras/contratos>. Acesso em: 15 Oct. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil interpretado. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VIANA, Marco Aurélio¸ *Curso de Direito Civil*, Vol. 5, Belo Horizonte: Libraria Del Rey Editora, 1996.

ZERO AUTO. Contrato De Prestação De Serviços De Intermediação Para Venda De Veículo. Curitiba, PR. Disponível em: <https://www.zeroauto.com.br/termos-e-condicoes/>. Acesso em: 15 out. 2020.

Regras de Rotulagem sobre Alergênicos: Adequação dos Fabricantes Sobre a Vigência da RDC 26/2015 e as Informações Enganosas que podem Chegar ao Consumidor

Isadora de Brito Cirino

Talita Paulino Silva

Yasmin Maria Fernandes de Almeida

Valter Moura do Carmo

INTRODUÇÃO

A rotulagem dos alimentos tornou-se obrigatória no Brasil a partir de 1999, regulamentado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA através da criação de normas que trouxeram obrigatoriedade para que as empresas se adequem e rotulem os alimentos de um modo padrão, com o objetivo de trazer maior transparência das informações nutricionais e sobre adição de alimentos que podem apresentar risco ao consumidor, visando a proteção da saúde do consumidor.

A Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA de n. 259/2002 dispõe sobre o Regulamento Técnico para Rotulagem de Alimentos Embalados e traz claramente a definição de rótulo, sendo, portanto: toda inscrição, legenda, imagem ou toda matéria descritiva ou gráfica, escrita, impressa, estampada, gravada, gravada em relevo ou litografada ou colada sobre a embalagem do alimento.

No Brasil, estima-se que ao menos "10% da população possui alergia alimentar" (ASBAI, 2018), "40% possui intolerância à lactose" (EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO, 2013) e "1 a cada 600 habitantes possui doença celíaca" (GLOBAL CARE, 2018), ou seja, são intolerantes ao glúten, devido ao alto índice de pessoas que apresentam dificuldades de digestão de alimento e até problemas de saúde grave após ingerir alimentos que contenham ingredientes que causam reações adversas em seus corpos.

A partir de uma grande movimentação de famílias e pessoas que, ao notar a falta de esclarecimentos e difícil identificação de alimentos que causam reações alérgicas, por meio de movimentos sociais os consumidores buscaram por uma lei mais específica e transparente por parte das empresas, tornando necessária a criação pela ANVISA de uma norma que pudesse abranger todas as informações necessárias no rótulo, desde a forma de escrita até mesmo incluindo todos os alimentos que causam alergias alimentares, por meio de uma consulta pública realizada diretamente com os consumidores, surgindo, então, uma regulamentação visando a proteção da vida e da saúde do consumidor, que é um direito previsto na Constituição Federal de 1988.

Apesar da normatização que impõe regras às empresas fabricantes de produtos alimentícios para se adequarem à maneira padrão de rótulo, na prática muito se deixa a desejar, ficando os consumidores expostos aos riscos que os produtos podem oferecer devido à escassez de informações e as enganações que os rótulos podem conter em suas descrições, o que deixa os consumidores insatisfeitos, visto que as informações do rótulo do produto possui extrema importância para quem especialmente tem reações alérgicas que além causar lesões graves, pode levar a pessoa a óbito.

Tendo em vista o grande número de pessoas intolerantes alimentares e alérgicos no Brasil, e devido à importância da proteção da vida e da saúde do consumidor, principalmente por ser um assunto que tem gerado mobilização inclusive nas redes sociais[1] de pais e pessoas que necessitam de alimentos especiais, o assunto apesar de ser um problema vivido nos dias atuais, ainda possui pouca visibilidade devido tamanha importância, isso mostra que o conhecimento destas regras de rotulagem deve ser acessível ao consumidor, de modo que este possa identificar o que está adquirindo de forma transparente, fácil leitura, visibilidade e preço justo, para segurança de seu consumo.

Analisamos também através de pesquisa por meio da comparação da legislação brasileira com a legislação do Reino Unido, para apresentar as diferentes realidades em que se apresenta cada norma, a qual procuramos contestar de modo que a legislação do Reino Unido apresenta mais rigorosidade na forma de aplicar suas normas, devido ao aumento na taxa de mortalidade de pessoas que possuem alergia alimentar, passando a regulamentar os rótulos das embalagens por categoria como exemplo: Comida pré-embalada, Alimentos não pré-embalados (soltos), Pré-embalado para venda direta e Comer fora (para viagem), diferente da legislação brasileira que possui regra apenas para produtos embalados informar nos rótulos sua composição. Procuramos trazer este assunto a debate, visto ser importante a comparação feita entre a legislação brasileira com a legislação do Reino Unido, devido ao grau de diferença que cada país possui e a importância de informar o consumidor para evitar qualquer risco que este possa vir a correr com a falta de informação.

Assim, temos como objetivo, neste trabalho, abordar as normas de rotulagem sobre lactose, glúten e especificamente as normas de rotulagem sobre alergênicos, as adequações das rotulagens no âmbito das indústrias que produzem os

[1] O movimento nas redes sociais para a regulamentação da RDC 26/2015, se iniciou no ano de 2014, após um grupo de mulheres se reunirem para discutir a falta de clareza nas informações que continham nos rótulos de ingredientes que causam alergia alimentar e perceberem a importância desta informação, criando então um movimento nas redes sociais que gerou grande repercussão e que houve a participação de pais que tem filhos alérgicos, dos próprios consumidores que tem alergia alimentar e inclusive a participação de famosos através da criação da página na internet "Põe no Rótulo" e logo após a criação da página "Alergia Alimentar Brasil", e foi a partir da criação da hashtag #poenorotulo que este movimento ganhou a atenção de vários apoiadores inclusive do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec, Proteste, Instituto Alana, Instituto Ethos. E através desta mobilização resultou na importante mudança da lei sobre regulagem de alimentos.

alimentos, realizando também uma análise comparativa com a regulamentação do Reino Unido, apontando as diferenças das legislações e os problemas vividos pelos consumidores brasileiros devido à falta de informação e o não cumprimento da legislação vigente por parte de algumas indústrias e, através de pesquisa de campo, buscar realmente saber na prática quais as eventuais dificuldades que tanto os consumidores como os especialistas do ramo nutricional possuem diante a atual norma de rotulagem sobre alergênicos (RDC n. 26/2015) e quais mudanças deveriam ser feitas para uma melhora nesta legislação.

Após, cumpre trazer informações acerca da conscientização que os movimentos por mudanças nas regras de rotulagem, a busca por um novo padrão de informatização nas embalagens e a busca pelos direitos da sociedade que necessitam destas informações, tem causado para a garantia de seus direitos.

RDC 26/2015 – REGULAMENTAÇÃO VIGENTE SOBRE ROTULAGEM DE ALIMENTOS QUE CONTÉM INGREDIENTES QUE PODEM CAUSAR ALERGIA ALIMENTAR

Existem regras na rotulagem dos alimentos, todos os alimentos que são embalados e comercializados precisam seguir as regras impostas e regulamentadas pela legislação brasileira através dos órgãos competentes. Com a finalidade de informar, o rótulo se estabelece como um grande instrumento de comunicação entre a agroindústria e seus consumidores. A ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), é o órgão fiscalizador e regulador das normas respectivas a todo o setor de alimentos, confiando a sua competência pelo Ministério da Saúde para este fim.

É através da RDC n. 26/2015 (Resolução da Diretoria Colegiada), que há um rol taxativo que dispõe sobre os requisitos de rotulagem obrigatória dos alimentos que podem causar alergias alimentares ao serem consumidos. Sendo a Resolução atual com vigência a partir de 2016, esta dispõe que os produtores dos alimentos devem informar em seus rótulos sobre a presença de ingredientes que podem causar reações alérgicas nos consumidores, para que eles tenham a devida ciência ao realizar a compra de determinado produto.

O art. 2º da Resolução da Diretoria Colegiada n. 26/2015 descreve sobre os tipos de alimentos em que se faz obrigatória a apresentação das devidas informações acerca da presença de alergênicos, dispondo o seguinte texto:

> Art. 2º Esta Resolução se aplica aos alimentos, incluindo as bebidas, ingredientes, aditivos alimentares e coadjuvantes de tecnologia embalados na ausência dos consumidores, inclusive aqueles destinados exclusivamente ao processamento industrial e os destinados aos serviços de alimentação.

Esta resolução vem como uma forma de complementar a Resolução da Diretoria Colegiada n. 259/2002, que regulamenta a rotulagem de alimentos embalados, devendo o fabricante dos produtos ficar atento e atualizar-se conforme as novas regras dispostas pela nova resolução, especificada no §1º do art. 2º da RDC n. 26/2015.

A resolução também indica em quais produtos não se faz necessário a aplicação desta norma indicada no § 2º do art. 2º da RDC n. 26/2015, a seguir expostos:

> Art. 2º - §1º Esta Resolução se aplica de maneira complementar à Resolução RDC nº 259, de 20 de setembro de 2002, que aprova o regulamento técnico para rotulagem de alimentos embalados, e suas atualizações.
>
> §2º Esta Resolução não se aplica aos seguintes produtos: I - alimentos embalados que sejam preparados ou fracionados em serviços de alimentação e comercializados no próprio estabelecimento; II - alimentos embalados nos pontos de venda a pedido do consumidor; e III - alimentos comercializados sem embalagens.

Uma observação importante acerca do §2º do art. 2º RDC n. 26/2015, é que ele informa que a citada Resolução não se aplica aos seguintes produtos: art. 2º - § 2º - I - alimentos embalados que sejam preparados ou fracionados em serviços de alimentação e comercializados no próprio estabelecimento; II - alimentos embalados nos pontos de venda a pedido do consumidor; e III - alimentos comercializados sem embalagens – ou seja, não se aplica esta resolução aos alimentos que são produzidos de modo instantâneo pelo estabelecimento, o famoso " feito na hora", como exemplo, o pão francês, frutas, legumes, doces de vitrines etc.

Além da Resolução 26/2015, a ANVISA também publicou um guia sobre o Programa de Controle de Alergênicos, documento de caráter orientativo, que tem por objetivo orientar as indústrias e o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS) acerca dos tratados em um Programa de Controle de Alergênicos, tendo como exemplo prevenção, cuidados, dentre outros assuntos, disponíveis em seu sítio eletrônico para consulta de qualquer interessado.

ALIMENTOS CONSIDERADOS ALERGÊNICOS DE ACORDO COM A RDC N. 26/2015

Após a vigência da RDC n. 26/2015, houve uma grande mudança para a facilitar o entendimento do consumidor o qual é o destinatário final do produto

para uso e/ou consumo. Esta determinação que obriga as empresas a informar acerca de ingredientes alergênicos em seus produtos fora fundamental para garantir uma boa comunicação com a população, visto que a ingestão de um certo componente que cause reação alérgica, se ingerido de forma acidental por uma pessoa que possui alergia pode vir a causar sérios problemas que variam desde uma vermelhidão no local até choque anafilático, em casos mais graves.

De acordo com a RDC n. 26/2015, os alimentos alergênicos estão dispostos no anexo ao final da RDC, e são eles:

1. Trigo, centeio, cevada, aveia e suas estirpes hibridizadas
2. Crustáceos
3. Ovos
4. Peixes
5. Amendoim
6. Soja
7. Leites de todas as espécies de animais mamíferos
8. Amêndoa (*Prunus dulcis, sin.: Prunus amygdalus, Amygdalus communis L.*)
9. Avelãs (*Corylus spp.*)
10. Castanha-de-caju (*Anacardium occidentale*)
11. Castanha-do-brasil ou castanha-do-pará (*Bertholletia excelsa*)
12. Macadâmias (*Macadamia spp.*)
13. Nozes (*Juglans spp.*)
14. Pecãs (*Carya spp.*)
15. Pistaches (*Pistacia spp.*)
16. Pinoli (*Pinus spp.*)
17. Castanhas (*Castanea spp.*)
18. Látex natural

Tabela 1 - Anexo RDC 26/2015.

Estes foram considerados os ingredientes com grandes índices de alérgicos após a consulta pública de n. 29/2014 realizada pela ANVISA, através do preenchimento de fichas com questionamentos direcionados ao público para fins de sugestões, informações ou críticas e solicitações de mudanças na RDC n. 26/2015, onde foram contabilizadas 3.531 fichas preenchidas em todo o país, sendo a maior taxa de entrevistados no Estado de São Paulo (28.92 %), realizada no ano de 2016 e podendo ser encontrada no portal FormSUS.

Os alimentos principais que causam alergia alimentar já estavam na planilha antes mesmo da consulta pública, sendo, portanto, acrescentado pela população aqueles em que a ANVISA não possuía o conhecimento de pessoas que apresentavam reações alérgicas após a ingestão, tais como Pinoli, Látex natural, dentre outros.

Em entrevista realizada para a "TV Brasil Gov." no ano de 2014, o Diretor da Anvisa Renato Alencar Porto afirmou que a consulta pública possuiu como finalidade a transparência das informações e a busca de conhecimento sobre o maior número possível de ingredientes que causam alergia alimentar, para que a ANVISA realizasse a alteração na Resolução da Diretoria Colegiada.

Ainda que o consumidor não tenha preenchido a ficha na data em que a consulta pública foi realizada, caso apresente reação alérgica a algum tipo de alimento, pode, através de petição, solicitar a alteração na lista dos ingredientes.

As alterações na lista dos principais alimentos que causam alergias alimentares devem ser solicitadas mediante petição específica e atender aos requisitos dispostos na Resolução n. 17, de 30 de abril de 1999, que aprova o regulamento técnico que estabelece as diretrizes básicas para a avaliação de risco e segurança dos alimentos e suas atualizações, de acordo com o art. 5º da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA, publicado em DOU n. 125, de 3 de julho de 2015 (BRASIL, 2015).

ZERO LACTOSE

Os produtos que contém zero lactose ou uma pequena dose de lactose são destinados a pessoas que tem uma dificuldade em digerir a lactose, sendo intolerantes a lactose.

Um teste feito pela PROTESTE em 10/09/2019 com 40 produtos constatou que quatro deles apresentaram valores de lactose superior do permitido por lei para produtos Zero Lactose.

Ademais, o teste constatou que alguns produtos, mesmo que dentro da faixa de normalidade permitida pela legislação, apresentaram concentrações de lactose próximas ao limite permitido, que é de 100mg/100g.

De acordo com o artigo 6º, 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.

A informação do produto comercializado é sempre obrigatória que seja precisa. Os consumidores não podem ser lesados, ainda mais quando o assunto é saúde, um direito garantido pela Constituição Federal a todos os cidadãos.

Feito este teste e muitos produtos sendo reprovados, é evidente que as empresas são displicentes para com o consumidor, pois se trata de uma situação diretamente ligada a saúde, e este tipo de erro não pode ocorrer, pois trata-se de vidas.

GLÚTEN

De acordo com a Lei n. 10.674/03, é obrigatório que contenha informação obrigatória de "contém glúten", ou "não contém glúten" em todas as embalagens e rótulos.

A doença celíaca é uma reação imunológica a ingestão ao glúten, proteína presente no trigo, centeio e cevada. Conforme "Agência Câmara de Notícias", a doença celíaca afeta aproximadamente 2 milhões de brasileiros.

O sintoma mais conhecido de quem sofre com essa doença é a diarreia, pois a ingestão com frequência causa uma inflamação no intestino, que pode vir a resultar em um câncer. No caso em que já é do conhecimento do indivíduo possuir essa doença, não se pode ingerir de forma algum esse tipo de alimento.

Por isso é tão importante a rotulagem correta dos alimentos, deixando o consumidor ciente do que está comprando e consumindo, para que, então, sejam evitados quaisquer danos à saúde do mesmo.

ADEQUAÇÃO DAS INDÚSTRIAS APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA RDC 26/2015

Após a vigência da RDC n. 26/2015, as indústrias tiveram que observar com atenção todos os requisitos exigidos para realizar a alteração nos rótulos dos alimentos e se adequar conforme as novas regras.

Isto não acontecia anteriormente, pois somente era obrigatório as indústrias indicarem a presença ou não de glúten por força da Lei Federal n. 10.674/2003. Porém, 90% das alergias são causadas por outros componentes, como os citados na TABELA 1 – Anexo RDC n. 26/2015.

Assim, com a inovação, o art. 4º da RDC n. 26/2015 especificou como as indústrias deverão se adequar, seguindo as normas de forma obrigatória: "Art. 4º Os principais alimentos que causam alergias alimentares constam no Anexo e devem ser obrigatoriamente declarados seguindo os requisitos estabelecidos nesta Resolução."

Além da obrigatoriedade de declarar nas embalagens os ingredientes que causam alergia, a RDC n. 26/2015 deixou aberto para o público a possibilidade de inclusão no caso de existência de um novo ingrediente que possa causar reações alérgicas e que não esteja declarado no anexo, conforme citado no art. 5º.

Estas alterações podem ser solicitadas por meio de uma petição específica, devendo atender os requisitos que estão dispostos na Resolução n. 17/1999 (sobre o regulamento técnico e diretrizes básicas para a avaliação de risco e segurança dos alimentos, e suas atualizações), devendo, no caso de atualização da tabela ANEXO, as empresas observarem e seguirem as novas diretrizes.

PRAZO PARA AS EMPRESAS ADEQUAREM ÀS NORMAS ESTABELECIDAS PELA RDC N. 26/2015

A ANVISA estabeleceu o prazo de 12 meses para que as empresas pudessem se adequar conforme a norma vigente. Este prazo foi estabelecido para atender as necessidades dos consumidores e para amenizar uma possível turbulência que poderia vir a ser causada pelas indústrias produtivas nos mercados devido a correção das informações nos produtos, com isso ficou estabelecido:

> O prazo de adequação foi estabelecido considerando: (a) a urgência da medida para proteção da saúde de indivíduos com alergias alimentares; (b) as necessidades do setor produtivo para implementação das alterações na produção e rotulagem; (c) as necessidades do SNVS para adoção de outras medidas regulatórias destinadas a auxiliar no cumprimento e fiscalização da norma.

Esta adequação solicitada possuiu abrangência para os produtos que estavam nas prateleiras dos supermercados, bem como para a fabricação de novos produtos, onde as empresas ficariam responsáveis pela nova rotulação dos alimentos com as novas alterações obrigatórias.

FORMATO OBRIGATÓRIO DE INFORMAÇÕES NAS EMBALAGENS SOBRE INGREDIENTES QUE PODEM CAUSAR ALERGIA

O art. 6º trouxe o formato em que as indústrias devem declarar nas embalagens a presença de ingredientes que podem causar reações alérgicas, para garantir a segurança do consumidor. O supracitado artigo dispõe o seguinte texto:

> Art. 6º Os alimentos, ingredientes, aditivos alimentares e coadjuvantes de tecnologia que contenham ou sejam derivados dos alimentos listados no Anexo devem trazer a declaração "Alérgicos: Contém (nomes comuns dos alimentos que causam alergias alimentares)", "Alérgicos: Contém derivados de (nomes comuns dos alimentos que causam alergias alimentares)" ou "Alérgicos: Contém (nomes comuns dos alimentos que causam alergias alimentares) e derivados", conforme o caso.

Importante destacar que, quanto à identificação nos alimentos que contém crustáceos, deve ser apresentado o nome comum e não nome científico, para favorecer o entendimento do consumidor, e, nos casos em que não for possível impedir a contaminação cruzada dos alimentos, é obrigatório às empresas cientificar o consumidor, seguindo termo descrito no art. 7º, "Pode Conter (nomes comuns dos alimentos que causam alergias alimentares)".

O alérgico tende a ter duas preocupações ao adquirir um produto. A primeira preocupação é com os alimentos propriamente alérgenos, e a segunda são os alimentos que podem conter alérgenos não intencionais, conhecidos como contaminação cruzada.

Este segundo problema em específico torna mais fácil a vulnerabilidade de consumo pela ausência de informação, característica que precisa do conhecimento específico tanto do fornecedor quanto do consumidor, pois a empresa pode não conseguir efetuar o repasse da informação concreta sobre a contaminação cruzada, decorrente da mistura de ingredientes que não podem ser separados. Vemos a tratativa sobre este assunto na Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) n. 26/2015:

> Artigo 7º "Nos casos em que não for possível garantir a ausência de contaminação cruzada dos alimentos, ingredientes, aditivos alimentares ou coadjuvantes de tecnologia por alérgenos alimentares, deve constar no rótulo a declaração "Alérgicos: ***Pode conter (nomes comuns dos alimentos que causam alergias alimentares)"***. (destaque nosso)

Sendo assim, a informação rotulada sobre a possibilidade da contaminação cruzada auxilia o consumidor a ter cautela e conhecimento em sua compra. Assim como a contaminação cruzada, declarar a presença intencional de alimentos

alergênicos é importante, pois, sem esta, conhecimento o consumidor pode ser prejudicado, visto que a maioria dos alimentos produzidos possuem como ingredientes principais e derivados que causam alergia alimentar, como por exemplo, leite, ovo, farinha de trigo, e etc.

Os termos que devem ser inseridos no processo de rotulagem enquadram-se como: "ALÉRGICOS: CONTÉM (NOME COMUM DO ALIMENTO ALERGÊNICO)"; "ALÉRGICOS: CONTÉM DERIVADOS DE (NOME COMUM DO ALIMENTO ALERGÊNICO)" ou "ALÉRGICOS: CONTÉM (NOME COMUM DO ALIMENTO ALERGÊNICO) E DERIVADOS" (ANVISA, 2016, p. 6).

Não é estabelecida qualquer ordem, apenas se pede que não seja repassada a informação de maneira confusa ao consumidor, respeitando sempre todas as regras estabelecidas.

Outro requisito considerado obrigatório é que a informação referente aos ingredientes deve estar nas seguintes condições para que o consumidor possua o conhecimento da informação, não podendo as declarações ser feitas em locais encobertos, removíveis pela abertura do lacre ou de difícil visualização, como áreas de selagem e de torção:

- Caixa alta;
- Negrito;
- Cor contrastante com o fundo do rótulo; e
- Altura mínima de 2 mm e nunca inferior à altura de letra utilizada na lista de ingredientes.

Poucas alterações no texto da regulação de alimentos alergênicos vêm sendo apontadas. Em primeiro lugar, surgiu a necessidade de estabelecer quais são os derivados de alimentos alergênicos que podem ter o pedido de não inclusão na declaração de advertência.

Isso se deve ao episódio de que as recomendações atuais podem cobrir inúmeros casos diferentes, que deveriam ser tratados de forma separada. Por exemplo, alguns constituintes são introduzidos propositalmente no produto, como o óleo de soja, ao mesmo tempo que outros são usados somente para o processamento e eliminados posteriormente, como ictiocola, por exemplo. Outra questão levantada é a não necessidade de ressaltar ingredientes únicos, como o ovo, que hoje se faz necessário ter a mensagem no rótulo: "Alérgicos: contém ovo".

A ANVISA não faz avaliação prévia de rótulos. Sendo assim, a adequação à legislação é de responsabilidade da empresa.

INFORMAÇÕES INADEQUADAS PARA INSERÇÃO NO RÓTULO

Como princípio geral, os rótulos dos alimentos não devem apresentar:

- Informação falsa;
- Que atribua efeitos ou propriedades que não possuam;
- Destaque a presença ou ausência de componentes que sejam intrínsecos ou próprios de alimentos de igual natureza, exceto nos casos previstos em Regulamentos Técnicos específicos;
- Ressalte a presença de componentes que sejam adicionados como ingredientes em todos os alimentos com tecnologia de fabricação semelhante;
- Ressalte qualidades terapêuticas sob forma farmacêutica;
- Indique que o alimento possui propriedades medicinais ou terapêuticas;
- Aconselhe seu consumo como estimulante, para melhorar a saúde, para prevenir doenças ou com ação curativa.

O descumprimento das disposições contidas nesta Resolução constitui infração sanitária, nos termos da Lei n. 6.437/1977 e suas atualizações, sem prejuízo das responsabilidades civil, administrativa e penal cabíveis.

INFORMAÇÕES ENGANOSAS E DIFICULDADE DOS CONSUMIDORES NA IDENTIFICAÇÃO DOS INGREDIENTES QUE CAUSAM REAÇÕES ALÉRGICAS

A maior dificuldade encontrada por consumidores ainda tem sido a rotulagem, seja ela pela forma inadequada ou até mesmo pela falta de informação desta. Mesmo vivenciando uma atualidade tecnológica, com grandes recursos para melhor atender a todos os consumidores em geral, atualmente as grandes e pequenas empresas do mercado de consumo acabam por não se importar tanto com a regra de rotulagem nos alimentos, o que torna a vida dos alérgicos mais difícil na hora do consumo.

A rotulagem é considerada um item de extrema importância à saúde de quem o consome, garantindo o acesso à informação sobre o produto e a segurança do consumidor. A rotulagem se caracteriza como inscrição, legenda, imagem ou tudo que possa ser descrito, gravado e até mesmo inserido na embalagem fornecida ao mercado de consumo desde que de maneira legível.

Segundo a literatura internacional, cerca de 90% das situações que comprovam a alergia alimentar é ocasionada por 8 tipos de alimentos, estando entre eles ovos, leite, peixe, crustáceos, castanhas, amendoim, trigo e soja. Todos estes alimentos são reconhecidos pela ANVISA como sendo os principais alergênicos.

DIFICULDADE DO CONSUMIDOR EM IDENTIFICAR, FALTA DE INFORMAÇÕES E ENGANOS TRANSMITIDOS ATRAVÉS DAS EMBALAGENS

Apesar de possuir uma regulamentação sobre os produtos que podem conter ingredientes que causam alergias, o lado mais prejudicado ainda é o do consumidor, pois este é o destinatário final do produto para uso e/ou consumo, e assim dispõe o Código de Defesa do Consumidor, assegurando o Princípio da Informação e o Princípio da Transparência e também que as informações nos produtos são direitos básicos do consumidor, devendo ser prestado de forma clara e adequada para fácil compreensão da categoria e acessível para as pessoas portadoras de deficiência. Em sua redação, temos:

> 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; [...] 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. [...] Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento.

Apesar do CDC condicionar em seu texto tais princípios e direitos básicos, o consumidor vive dificuldade na hora de comprar os produtos, cerca de 10% da população brasileira possui alergia alimentar (ASBAI, 2018), incluindo crianças, a qual possuem vulnerabilidade maior que os adultos e apresentam reações mais graves e aparentes. Nem sempre a transparência é cumprida pela empresa fornecedora de produtos que contém ingredientes alergênicos.

TAXA DE MORTALIDADE DEVIDO ALERGIA ALIMENTAR NO BRASIL

Garantido pela Constituição Federal de 1988, o direito a vida e da saúde da pessoa humana, tem seus reflexos na saúde do consumidor e principalmente para o alérgico que precisa de cuidados para se alimentar adequadamente, esta garantia é crucial para que seja evitado maiores riscos de óbitos dessas pessoas e para garantir também a segurança do consumidor.

O Brasil é um país com numerosos alérgicos. De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), no Brasil, 30% da população sofre com algum tipo de alergia. Dentre esse número, 4% possui alergia alimentar, conforme descrito no portal da UNIFESP – Universidade Federal de São Paulo, "Telesaúde":

> A alergia alimentar representa quatro por cento de todas as consultas de alergia, pode ocorrer em qualquer parte do corpo: na pele, no sistema digestivo, no sistema respiratório e, em alguns casos, um alimento pode causar reação generalizada de colapso (choque anafilático) que pode colocar em risco a vida do paciente se não for tratada de forma rápida e adequada.

Apesar do número de alérgicos estabelecido pela OMS, a taxa de mortalidade no Brasil por decorrência de alergia alimentar é considerada baixa, sendo 1,81 ao ano para cada 1 milhão de pessoas (BAKALAR, 2013), porém há que se tomar precauções ainda devido as informalidades que são apresentadas nos rótulos e que podem causar riscos à saúde do consumidor.

PESQUISA ELABORADA NA RELAÇÃO DO CONSUMIDOR FRENTE AS MODIFICAÇÕES APÓS A RDC 26/2015.

Visando o aprimoramento das informações relacionadas ao consumidor, foi realizada uma breve entrevista com alguns consumidores que podem demonstrar suas reais dificuldades enfrentadas em seu dia a dia. Durante a pesquisa, podemos notar logo de início que a alergia mais comum tem sido a alergia a leite e seus derivados, e, ao serem questionados sobre a compra de produtos, a resposta foi positiva para as informações contidas nas embalagens.

Não foi citada dificuldade sobre compreender a rotulagem informativa que estes alimentos possuem. Entretanto, a queixa é de que o valor pago tende a ser maior do que o valor de um produto comum, o que traz a pensar que, economicamente falando, seu gasto será de até 3x maior comparado a um produto comum.

Ao falar sobre a contaminação cruzada, nota-se que este é um assunto que não é de conhecimento popular, comprovando que o acesso à informação neste

sentido é precário, necessitando de uma atenção maior que traga conhecimento ao consumidor, pois este pode acabar por comprar um produto sem conhecimento do risco que pode ser causado pelo ingrediente não intencionado.

Se tratando de consumo quando o assunto é restaurante, notamos que na cidade de Marília/SP tivemos os restaurantes Mesa Veggie que traz como proposta alimentos sem origem animal, como carnes, leite e ovos, e que também oferecem alimentos sem glúten, também possuímos a opção do restaurante Cantinho Orgânico, proporcionando alimentos de consumo recomendáveis para alérgicos e intolerantes, seus ingredientes exclusos do cardápio são leite e seus derivados, carne, crustáceos, frutos do mar, entre outros, possuindo um público bem diversificado o restaurante costuma atender muitos clientes alérgicos e intolerantes que buscam saber quais produtos podem consumir ou não, a empresa se encarrega de levar a informação e explicação junto ao consumidor dos produtos que não possuem tabela nutricional, sempre ressaltando que é de extrema importância o comerciante ter conhecimento sobre este assunto quebrando o paradigma de que é o consumidor quem tem que saber de tudo.

Na cidade de São Caetano do Sul/SP, existe uma empresa denominada Viva Bem Orgânicos, que visa o atendimento aos consumidores que buscam por alimentos orgânicos, veganos, sem glúten, sem caseína e lactose, garantindo a segurança para celíacos e intolerantes.

Atualmente, em sua página do Instagram, contam com mais de 6 mil seguidores, e utilizam deste meio de comunicação a oportunidade de trazer maiores informações sobre produtos que são produzidos por eles e até mesmo sobre os demais produtos encontrados no mercado que podem causar mal à saúde do consumidor.

Outro exemplo de restaurante é o Mandala Comidas Especiais, localizado em São Paulo capital, que traz a proposta de "incluir pessoas ao excluir ingredientes". Este restaurante possui site próprio com diversas opções de alimentos e, em cada um, traz sua composição/ingrediente para que o consumidor tenha a informação de que precisa na hora da sua escolha.

A empresa informa que não são utilizados glúten, leite, ovos, amendoim, peixes, crustáceos, soja, castanha e trigo, tornando bem detalhado e informativo tudo o que o consumidor precisa saber na hora de adquirir seu alimento. Na guia SOBRE, no subitem DÚVIDAS FREQUENTES, ficam disponíveis todas as perguntas mais realizadas por consumidores sobre os itens alergênicos, fornecendo acessibilidade a informação de modo fácil, prático e rápido. A ideia surgiu através da

necessidade de uma mãe para com seu filho, que foi diagnosticado como alérgico múltiplo severo.

Também se fez necessária a opinião do profissional da área de nutrição, tendo sido selecionada a profissional Ana Sandra Viana Zimichut (CRN 26915 SP), Nutricionista Especialista em Gestão da Qualidade dos Alimentos com MBA em Gestão da Saúde atuante em Hospital Privado do Estado de São Paulo, para colaborar com alguns esclarecimentos.

Ao ser questionada sobre o valor dos produtos, a profissional traz que estes realmente são mais caros, por serem produtos industrialmente formulados com nutrientes específicos para um perfil alergênico, ou seja, para atender o paciente em suas necessidades nutricionais com o menor efeito colateral possível.

Sobre a visibilidade da rotulagem, a Dra. Ana informa que houve grande melhora nos últimos anos, com informações mais visíveis e claras para o público leigo e com baixo nível técnico de conhecimento, visto que o mercado industrial tem muito a melhorar nesse aspecto. Entretanto, tem notado que pais ou pacientes têm se atentado melhor a leitura e busca de informações nos rótulos antes da compra e/ou uso.

Foi realizado o questionamento sobre a RDC n. 26/2015, buscando saber se em seu ponto de vista há ou não aplicabilidade desta norma justificando sua resposta. Segundo o que foi possível compreender, é necessária maior rigidez com os fabricantes de produtos alergênicos, e que ela tem aplicabilidade nas especificações, porém temos casos de fabricantes que não cita todas as necessidades que o rótulo precisa para este público em questão, ou seja, não há fiscalização plausível para efetivar notificações e punições que conserte estas falhas possivelmente existentes.

A Dra. Ana cita um exemplo para melhor compreensão de como é realizado o procedimento: “Quando um produto tem alguma informação faltante no rótulo, o fabricante tem até um ano para adequar o produto, e se este produto não passar por recall, ele é vendido mesmo sem a informação necessária até a data de validade, com isto, pode lesar algum usuário deste produto por desconhecimento da informação”.

Em relação ao cotidiano de um hospital, ao ser questionada, foi compartilhada a rotina de seu local de trabalho para com a nossa pesquisa: “Temos um processo de homologação implantado para fornecedores de alimentos para pacientes alergênicos, nosso protocolo de compra incluiu visita presencial ao fornecedor, avaliação estrutural da fábrica, boas práticas de produção, avaliação documental e laudos laboratoriais satisfatórios dos produtos produzidos,

de acordo com o perfil de alergia, realizamos a compra para ofertar ao paciente. Temos compra semanal para o padrão de pacientes habitados a internação, exemplo: sem lactose, sem glúten, aminoácidos específicos entre outros, quando o perfil alergênico é mais específico, a compra do produto é conforme necessidade de internação e uso."

EXEMPLO DE OBSCURIDADE DAS INFORMAÇÕES OBRIGATÓRIAS DA RDC 26/2015

Além das entrevistas realizadas, por experimento próprio observamos que as embalagens de alguns produtos se omitem quanto a informações que deveriam estar expostas para facilitar para o consumidor, estando elas escondidas e até mesmo em fontes pequenas e inobserváveis, como no exemplo a seguir:

Fonte: Das próprias autoras, 2020.

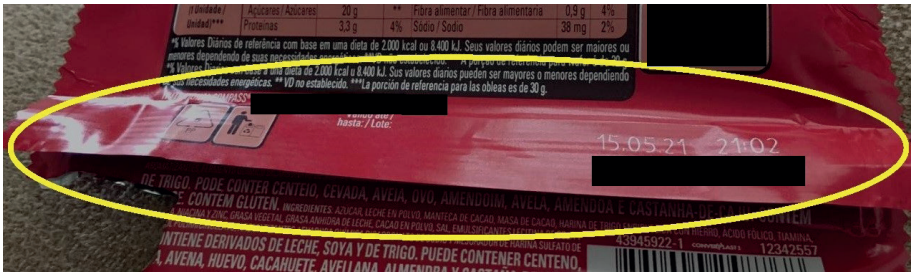
Uma barra de chocolate, produzida por uma empresa de relevante sucesso no ramo de produção de chocolates e vários outros produtos.

Figura 2: Verso da embalagem com informação sobre ingredientes que podem causar alergia. (aba da embalagem levantada)

Fonte: Das próprias autoras, 2020.

Nesta outra imagem, podemos ver no verso da embalagem a informação exigida pela RDC n. 26/2015, para as pessoas que possuem alergia alimentar. Além de estar descrita no verso da embalagem, podemos observar acima que há uma parte da embalagem suspensa, sendo levantada para a leitura da informação, conforme indica as setas.

Figura 3: Verso da embalagem após a aba solta, encobrindo a informação.



Fonte: Das próprias autoras, 2020.

Após a parte da embalagem ser solta, esta volta a sua normalidade, observando-se então que a informação fora encoberta pela parte da embalagem, bloqueando assim a visão da informação obrigatória sobre os ingredientes que podem causar reações alérgicas.

A partir deste exemplo há de se compreender as dificuldades que os consumidores enfrentam no dia a dia, principalmente aos que possuem alguma reação alérgica a determinado tipo de ingrediente ou que possuem filhos ou parentes que apresentam este problema.

Além da informação não estar num lugar de fácil visibilidade para o consumidor, como por exemplo na frente da embalagem, a embalagem cobre quase por completo a informação obrigatória, o que não é adequado conforme dispõe a RDC n. 26/2015.

Observamos que o princípio da transparência e o princípio da informação, que são direitos do consumidor atribuídos pelo CDC e pela Constituição Federal, não estão sendo observado por algumas empresas, podendo trazer malefícios para o consumidor pela falta de informação ou obscuridade desta.

SANÇÕES PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO E SUA APLICABILIDADE

As sanções que podem ser aplicadas às empresas que descumprem as medidas descritas na RDC n. 26/2015 estão especificada no art. 12 da Resolução,

constituindo uma infração sanitária nos termos da Lei n. 6.437/77. Para melhor compreensão, passemos a abordagem da Lei n. 6.437/77, visto que há uma interligação desta com a RDC 26/2015.

O art. 10, da Lei n. 6.437/77, deixa especificado, para todos os termos, o que constitui uma infração sanitária, abordando também rotulagens de alimentos feitas de forma inadequada:

> Art. 10 - São infrações sanitárias:
>
> XV - Rotular alimentos e produtos alimentícios ou bebidas bem como medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, produtos dietéticos, de higiene, cosméticos, perfumes, correlatos, saneantes, de correção estética e quaisquer outros contrariando as normas legais e regulamentares.

Sendo a infração apurada por processo administrativo, iniciado com a lavratura do Auto de Infração, pode a empresa receber a pena de advertência, inutilização, interdição e/ou multa.

REINO UNIDO X BRASIL

As empresas do Reino Unido são obrigadas a descriminar em seus alimentos 14 tipos de alérgenos desde 2014, de acordo com a Regulamentação n. 1.169/2011 do Reino Unido, devido um grande aumento de casos de mortes e de pacientes com alergias alimentares. Esta regulamentação traz a lista dos alérgenos mais potentes e prevalentes, a fim de prevenir e facilitar a saúde populacional. Suas características de rotulagem podem ser estabelecidas pelas seguintes categorias:

- Comida pré-embalada
- Alimentos não pré-embalados (soltos)
- Pré-embalado para venda direta (PPDS)
- Comer fora (para viagem)

Esta regulamentação busca um modo que atenda a todo o tipo de consumo alimentar, com toda a informação necessária para obter conhecimento daquilo que será consumido.

O site da NHS Choices, são oferecidos diversos informativos sobre pesquisas cientificas, formulação de alimento, canal para esclarecimento de dúvidas,

incluindo atendimento a pessoa que ingeriu alimento do qual possui alergia dando todas as instruções de como proceder, por exemplo.

Já a empresa Food Standards Agency, que é um órgão independente do governo, traz a missão de proteger a saúde pública e os interesses dos consumidores em relação aos alimentos. A FSA busca também, em outros aspectos, os "interesses do consumidor em alimentos, que incluem preço, disponibilidade e alguns aspectos dos padrões de produção de alimentos, como preocupações ambientais e bem-estar animal".

Tanto a empresa NHS Choices como a FSA são interligadas com a Inglaterra, que é um país que busca rigorosamente o controle do consumo consciente dos alimentos alérgenos e não-alérgenos. Na Grã-Bretanha, aplica-se a lei que obriga os restaurantes e demais estabelecimentos que proporcionam alimentos, que em seu cardápio a informação da presença dos 14 tipos de alérgenos devem estar descritos.

Esta medida rigorosa também se aplica a escolas, sendo necessário que a escola possua treinamento para aplicação da caneta adrenalina e permite que tenham canetas reservas também para casos emergências. É necessário que cada criança tenha consigo uma caneta de adrenalina com a dose exata para contribuir com o retardamento da reação alérgica, que, em alguns casos, pode ser fatal.

A Grã-Bretanha oferece de forma gratuita, através do seu sistema de saúde britânico, NHS adrenalina para os pacientes que possuem alergia alimentar; diferente do Brasil, que não é permitido sequer a comercialização deste produto, devendo a pessoa, se desejar, importar do exterior podendo chegar a pagar até 2 mil reais por unidade.

Conforme aponta a ASBAI (2019, n. p.), "estima-se que as reações alimentares de causas alérgicas verdadeiras acometam 6% a 8% das crianças com menos de 3 anos de idade e 2% a 3% dos adultos.". Apesar da grande porcentagem estar representada pelo público infantil, no Brasil não há um plano de prevenção escolar e nem compatibilidade em nosso sistema de saúde para amparar os possíveis usuários de adrenalina.

A RDC trouxe melhoras nas informações de rotulagens indicando 18 alimentos, mas não garante a segurança necessária aos alergênicos, deixando a desejar a sua eficácia com rigidez e o controle preciso que é necessário aos consumidores, que ficam sempre preocupados com a ingestão do alimento, levando-o a pensar seriamente antes de consumir algo.

O país britânico tem lidado com a contaminação cruzada de maneira eficaz e cuidadosa, devendo ser realizados procedimentos, como em superfícies no ambiente de trabalho, onde devem ser utilizados utensílios separados a cada respectivo alimento. Se caso for utilizado um só utensilio, precisa ser realizada a limpeza deste antes de ter contato com o alimento diverso, evitando sua contaminação não intencional.

Também são adotadas regras de armazenamento, guardando os alimentos em embalagens etiquetadas separadamente, não utilizando o mesmo óleo de cozinha, entre outros métodos, sempre procurando evitar o contato destes alimentos. Caso ocorra de não ser possível fornecer a segurança, o restaurante deve informar ao consumidor que não é possível fornecer um prato livre de alérgenos.

AÇÕES E PROJETOS SOCIAIS EM BUSCA DA REFORMULAÇÃO E MELHORIA DAS INFORMAÇÕES SOBRE ALEGÊNICOS

Estima-se que 250 milhões de pessoas em todo o mundo sofrem com algum tipo de alergia, sendo este número de alérgicos maior que a população do Brasil. Com o fim de conscientizar essa população que sofre com determinados tipos de alergias, a Organização Mundial da Saúde (OMS) intitulou o "Dia Mundial da Alergia" em 8 de julho, para orientar as pessoas sobre todos os tipos de alergias existentes, estando incluídas as alergias alimentares.

Assim como a OMS, vários outros órgãos governamentais ou não-governamentais e até mesmo as universidades brasileiras possuem o importante papel de conscientizar e levar a informação para a população que sofre com este problema, principalmente as pessoas que não possuem condições de adquirir determinados produtos por causa dos elevados índices de preços.

Através destes movimentos, também foram originadas as páginas nas redes sociais, criadas para manter os consumidores informados acerca dos riscos que eles podem correr com a falta da informação adequada, e, como hoje a internet é um veículo fundamental de informações, publicidades, marketings, dentre outros assuntos, os movimentos pró-consumidores tem crescido constantemente, sendo para os consumidores a forma mais acessível e fácil de obter conhecimento sobre os direitos que possuem, visto que são parte vulnerável da relação de consumo e que estão diariamente expostos a informações enganosas.

Páginas criadas nas redes sociais com finalidade de informar a população que possui alergia alimentar têm ganhado destaque e tomado grandes proporções dentro do direito do consumidor, auxiliando, mostrando irregularidades e informando acerca dos devidos cuidados que o consumidor deve ter antes mesmo de adquirir determinado produto

As mais conhecidas, como a Põe no Rótulo, Alergia Alimentar Brasil, dentre muitas outras, tem sido grande precursora quando o assunto é alergia alimentar e a falta de informações e transparência nos produtos.

Por fim, a busca pela melhora das informações tem sido constante e está ganhando cada vez mais visibilidade, além do aumento pela procura dos direitos que os consumidores possuem, fazendo assim a aplicação da lei ser efetivada e mudando as formas das empresas em informar sobre a presença de alergênicos como ingredientes em seus produtos.

A ANVISA disponibilizou, em 2017/2019, uma consulta pública com a proposta de inovar a rotulagem dos alimentos e facilitar a visibilidade e leitura dos rótulos, acrescentando estas informações na parte frontal do produto, em caixa alta e com fundos coloridos, com cores que chamem a atenção do consumidor, para que ele tenha melhor informação possível acerca do que pode conter o produto, porém esta proposta ainda está em avaliação pela ANVISA e pelo CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico), para assim dar uma posição final e decidir se aprova as devidas alterações.

CONCLUSÃO

Para finalizar, apresentam-se as considerações finais a respeito do tema tratado, ressaltando sua importância devido ao grande número de pessoas que possuem intolerância ou alergia alimentar no Brasil, e que devido à pouca visibilidade que as normas sobre rotulagem de alimentos ainda possuem, é importante trazer este tema para ser discutido e serem apontados os principais problemas que os consumidores ainda possuem em relação a falta de informações claras e eficientes nos produtos que adquirem nos mercados.

O desenvolvimento do trabalho possibilitou a análise com mais clareza dessas normas, bem como nos fez observar que a normatização tanto sobre lactose, glúten e alergênicos é fundamental para que o consumidor identifique a composição dos alimentos que irá consumir. Porém, observamos que a legislação brasileira, a exemplo das legislações internacionais, foi criada de forma separada, o que torna confusa e trabalhosa a localização das informações corretas, até mesmo para os profissionais da área.

No processo de desenvolvimento do trabalho, foi possível verificar que a ANVISA, antes de criar uma resolução sobre alimentos alergênicos, procurou estudar diretamente com o consumidor quais as faltas que sentiam acerca das informações, realizando consulta pública para sanar as dúvidas e criar a norma regulamentadora e, a partir da vigência da RDC n. 26/2015, as empresas tiveram um prazo para realizar as rotulagens da forma obrigatória estabelecida em norma.

Porém, apesar desta regra e de um longo prazo estabelecido, algumas empresas não cumpriram com as obrigações impostas, deixando os consumidores expostos aos riscos e a informações enganosas que poderiam prejudicar sua saúde, como exemplo a informação realizada pelo próprio grupo, para trazer modo realista as dificuldades que os consumidores ainda possuem mesmo após a vigência de uma regulamentação.

Além das pesquisas e experiências realizadas pelo grupo, fora realizada pesquisa de campo com perguntas abertas para que os consumidores e os profissionais de saúde que atuam na área e o que concluímos através dos questionamentos é que os consumidores possuem suas maiores reclamações acerca dos preços elevados nos alimentos feitos especificamente para quem possui alergia alimentar e que não possuem conhecimento sobre contaminação cruzada ou outros termos específicos que a regulamentação traz em seu texto, o que os deixa expostos aos

riscos que os alimentos possuem, podendo este tipo de procedimento pode afetá-los direta ou indiretamente, em razão de seus familiares. Já os restaurantes localizados na cidade de Marília/SP, por exemplo, não possuem nenhuma especialidade ou qualquer tipo de cuidado com as pessoas que possuem alergia alimentar em seus cardápios, somente em cidades maiores, que são grandes polos, possuem esta variedade de restaurantes que procuram informar os clientes e oferecer pratos especiais para os alérgicos.

Em entrevista realizada com uma profissional da área, foi informado que a normatização possui um certo grau de eficiência, porém deve ser mais rígida, pois muitas indústrias ainda são insuficientes na forma de rotular seus produtos.

A contribuição de todos os entrevistados foi muito importante, pois deixou claro que ainda é preciso de uma grande melhora legislativa, para acessibilidade daqueles que possuem alergia alimentar e dependem de alimentação especial em suas refeições.

Ainda, procuramos através de uma análise comparativa a legislação brasileira, juntamente com a legislação do Reino Unido, trazer as principais semelhanças e diferenças que ambas possuem, e suas diferentes formas de rotulagem, principalmente para quem possui alergia alimentar, e finalizamos com uma pesquisa muito importante sobre o crescimento que os movimentos sociais tem causado em busca dos direitos das pessoas alérgicas e para adequação das normas com o fim de torná-las mais eficientes, acessíveis e transparentes para o consumidor.

Dada a importância do assunto, é possível concluir que é necessária a mudança na legislação vigente para melhor atender o consumidor e tornar mais rígida a fiscalização nas indústrias, para que se adequem as normas estabelecidas. Além dessas mudanças, também se torna necessário a inclusão pelos restaurantes de cidades mais desenvolvidas de cardápios especiais para as pessoas que possuem alergia alimentar e preços acessíveis dos alimentos para as pessoas que necessitam de alimentação especial.

Observamos que seria melhor compreensível para os consumidores, profissionais da área e para quem estuda sobre o assunto a criação de uma legislação que aborda todas as normas e informações referentes a lactose, glúten e alergênicos, e, assim, facilitaria pesquisas por parte das pessoas que precisam das informações corretas e atualizadas e, por fim, a padronização de informações nos rótulos, escritos em caixa alta ou de forma colorida na parte frontal da embalagem, para que o consumidor possa identificar com facilidade, acabar com os termos específicos e

torná-los mais claros para o entendimento do consumidor, pois este é o principal destinatário do produto e, assim como em outros países, lidar com as normas de rotulagem de maneira que as torne eficazes, cuidadosas e punitivas para aqueles que não as cumpram.

Por fim, se a legislação se desenvolver em todas as lacunas que ainda possui, tornará sua eficácia ainda maior para os consumidores, passando a segurança que eles necessitam e a transparência que o Código de Defesa do Consumidor possui como um de seus princípios e que é de direito de cada pessoa que se encontra no polo mais fraco da relação consumerista.

REFERÊNCIAS

ANVISA. **Guia n. 05/2016 – Versão 1, de 21 de março de 2016**. Disponível em: http://www.riosemgluten.com/Guia_programa_alimentos_alergenicos_ANVISA_2016.pdf. Acesso em: 6 jun. 2020.

ANVISA. **Perguntas e Respostas sobre a Rotulagem de Alimentos Alergênicos**. Página 25, pergunta nº 56, disponível em: http: //portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2694583/Perguntas%2Be%2BRespostas%2Bsobre%2BRotulagem%2Bde%2BAlerg%C3%AAnicos.pdf/01ae0d19-0c17-4b79-b554-ae7244f65406. Acesso em: 5 set. 2020.

ANVISA. **Regularização de produtos**: Alimentos. A ANVISA faz regularização prévia dos rótulos? Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/alimentos/produtos/rotulagem. Acesso em: 13 set. 2020.

ANVISA. **Resolução da Diretoria Colegiada - RDC n° 26, de 2 de julho de 2015**. Art. 2º, disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2694583/RDC_26_2015_.pdf/b0a1e89b-e23d-452f-b029-a7bea26a698c. Acesso em: 5 set. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ALERGIA E IMUNOLOGIA – ASBAI. **Alergia alimentar**. Disponível em: https://asbai.org.br/alergia-alimentar-4/. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.674, de 16 de maio de 2003**. Obriga a que os produtos alimentícios comercializados informem sobre a presença de glúten, como medida preventiva e de controle da doença celíaca. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.674.htm#:~:text=Obriga%20a%20que%20os%20produtos,Art. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.437, de 20 de agosto de 1977**. Configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6437.htm. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Código de defesa do consumidor e normas correlatas**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/533814/cdc_e_normas_correlatas_2ed.pdf. Acesso em: 5 set. 2020.

FOOD STANDARDS AGENCY. ***About the Food Standards Agency and our mission***. Disponível em: https://www.food.gov.uk/about-us/who-we-are. Acesso em: 13 out. 2020.

FOOD STANDARDS AGENCY. ***Food allergy and intolerance****: What food allergy is and what allergen information food businesses must provide to you. The precautions you need to take if you or someone you know has an allergy*. Disponível em: https://www.food.gov.uk/safety-hygiene/food-allergy-and-intolerance#:~:text=The%2014%20allergens%20are%3A%20celery,than%20ten%20parts%20per%20million. Acesso em: 25 ago. 2020.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) n. 1169/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 25 de outubro de 2011, relativo à prestação aos consumidores sobre os gêneros alimentícios, que altera os Regulamentos (CE) n. 1924/2006 e (CE) n. 1925/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga as Diretivas 87/250/CEE da Comissão, 90/496/CEE do Conselho, 1999/10/CE da Comissão, 2000/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, 2002/67/CE e 2008/5/CE da Comissão e o Regulamento (CE) n. 608/2004 da Comissão. 2011. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011R1169&from=EN. Acesso em: 3 out. 2020.

ZERO lactose: nem sempre os produtos são o que dizem ser. **MinhaSaúde PROTESTE**, 2019. Disponível em: https://minhasaude.proteste.org.br/zero-lactose-proteste/. Acesso em: 20 ago. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ALERGIA E IMUNOLOGIA – ASBAI. **Achados epidemiológicos de alergia alimentar em crianças brasileiras: análise de 234 testes de provocação duplo-cego placebo-controlado (TPDCPCs)**. Disponível em: http://aaaiasbai.org.br/detalhe_artigo.asp?id=933#:~:text=Alergia%20alimentar%20%C3%A9%20uma%20resposta,acometidas%20do%20que%20os%20adultos. Acesso em: 9 nov. 2020.

AGÊNCIA BRASIL – EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. Cerca de 40% da população brasileira têm intolerância à lactose. Disponível em: http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-05-30/cerca-de-40-da-populacao-brasileira-tem-intolerancialactose.Acesso em: 9 nov. 2020.

GLOBAL CARE HEALTH SOLUTIONS. Um em cada 600 brasileiros tem intolerância ao glúten. Saiba identificar a doença celíaca. Disponível em: https://www.globalcare.com.br/br/blog/um-em-cada-600-brasileiros-tem-intolerancia-ao-gluten-saiba-identificar-a-doenca-celiaca.Acesso em: 9 nov. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ALERGIA E IMUNOLOGIA – ASBAI. **Achados epidemiológicos de alergia alimentar em crianças brasileiras: análise de 234 testes de provocação duplo-cego placebo-controlado (TPDCPCs)**. Disponível em: http://aaaiasbai.org.br/detalhe_artigo.asp?id=933#:~:text=Alergia%20alimentar%20%C3%A9%20uma%20resposta,acometidas%20do%20que%20os%20adultos. Acesso em: 9 nov. 2020.

BAKALAR, Nicholas. **Risco de morrer por alergia alimentar é pequeno, mostra Estudo. Notícias UOL: The New York Times, 14 dez. 2013.** Disponível em: https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2013/12/14/risco-de-morrer-por-alergia-alimentar-e-pequeno-mostra-estudo.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

A Importância da Conscientização das Empresas na Utilização da Logística Reversa

Allan Vítor Gerônimo Pereira
Ana Julia de Andrade
Eduarda Carolina Venâncio de Almeida
Joasey Pollyanna Andrade da Silva
Lidiani Lopes Pereira Amorim
Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discutir um tema de suma importância na atualidade diante da excessiva degradação que o meio ambiente vem sofrendo pela ação do homem. Não apenas no atual contexto histórico que a questão ambiental está presente, mas em todo um contexto de evolução causada pelas mudanças na sociedade. A logística reversa advém como uma solução para os malefícios decorrentes da atividade industrial em uma sociedade de consumo.

O instrumento da logística reversa poderá ser utilizado para resolver o problema da grande quantidade de resíduos sólidos produzidos pelas empresas e descartados pelos consumidores, por meio de procedimentos de coleta e restituição desses resíduos, compostos principalmente por embalagens plásticas ao setor empresarial, com o reaproveitamento em seu próprio ciclo produtivo ou em outros, realizando, assim, o descarte adequado sem prejudicar o meio ambiente.

Introduzida pela Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), que se encontra na Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, regulamentado pelo Decreto Nº 7.404 de 23 de dezembro de 2010, é estabelecida uma responsabilidade que deve ser compartilhada entre fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos pelo ciclo de vida dos produtos.

A finalidade do trabalho é discutir sobre a logística reversa e a responsabilidade solidária do fabricante no recolhimento de suas embalagens impostas pela legislação, os critérios e exigências para este processo.

Serão contextualizadas as mudanças sociais sofridas pela sociedade por imposição da Revolução Industrial e do capitalismo, por meio das ideias do sociólogo Zygmunt Bauman, paralelo à evolução internacional do meio ambiente, com a cooperação entre os países na busca pelo desenvolvimento sustentável preocupados com o futuro das gerações. Assim posto, discutir-se-á sobre tais questões nas conferências realizadas, com a elaboração de importantes documentos que delas surgiram. Em seguida, serão tratados o desenvolvimento sustentável e o conceito da logística reversa desenvolvidos pela Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Por fim, exemplificaremos práticas efetivas de implementação da logística reversa que trouxeram diversos benefícios às empresas que aderiram a esse instituto e principalmente ao meio ambiente, também com sede na cidade de Marília, as multinacionais Coca-Cola e Nestlé.

HISTÓRICO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

No fim do século XIX, a Revolução Industrial e o capitalismo consolidaram a chegada da modernidade, com a implantação de grandes e pesadas fábricas, aumentando, de forma considerável, a produção de mercadorias, e expandindo o número de indústrias pelo mundo. Depois disso, foram criadas inovações para atender a demanda, com ao intuito de alargar ainda mais a produção em um curto espaço de tempo[1].

O primeiro modelo de produção industrial foi trazido por Frederick Taylor, que desenvolveu um sistema de produção, conhecido como Taylorismo, que adaptava o trabalhador ao ritmo da máquina, reduzindo, de maneira significativa, as interrupções no momento das atividades, havendo menos desperdício de tempo e mais produtividade. Ou seja, buscava-se o aumento da produtividade por meio do domínio das máquinas e dos trabalhadores no processo de produção[2].

Entretanto, em 1914, o empresário Henry Ford adaptou as ideias de Taylor na indústria automobilística, com a *Ford Motor Company*, nos Estados Unidos, criando um sistema de produção conhecido como Fordismo, que consistia na produção em massa por meio de linhas de montagem semiautomáticas, e para isso foram realizados grandes investimentos com o desenvolvimento de máquinas pesadas e instalações industriais. Esse sistema foi fundamental para a ampliação do processo produtivo, pois revolucionou a fabricação de automóveis, e inovou o uso de esteiras rolantes na linha de produção[3].

Nesse sistema houve uma economia, pois, existia um equilíbrio entre a fabricação e o estoque. Devido à alta na produtividade, os trabalhadores eram submetidos a trabalhos exaustivos, e não havia limitação para a jornada diária. Esse modo de produção era extremamente duro com os funcionários, e em consequência houve uma redução no custo de fabricação que favoreceu o acúmulo de capital[4].

[1] BEZZERRA, Juliana. Toda Matéria. **Fordismo**. Disponível em https://www.todamateria.com.br/fordismo/. Acesso em: 12 out. 2020.

[2] WOOD JR, Thomaz. Fordismo, Toyotismo e Volvismo: os caminhos da indústria em busca do tempo perdido. Scielo. Rev. adm. empres. vol.32, n.4. p. 08-18. São Paulo Sept./Oct. 1992. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rae/v32n4/a02v32n4.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

[3] Idem.

[4] FRAGA, Alexandre Barbosa. Da rotina à flexibilidade: análise das características do Fordismo fora da indústria. Rev. Habitus, Vol. 03, n. 01, p.01-09, 2005. Disponível em: https://revistas.ufrj.br/index.php/habitus/article/view/11266. Acesso em: 13 out.2020

Essas práticas produtivas do fordismo são marcantes na modernidade sólida, do capitalismo pesado trazido por Bauman, sendo que os principais pontos da fábrica fordista, eram a concentração das atividades dos trabalhadores realizados por movimentos simples, rotineiros e predeterminados, remetidos a um trabalho mecânico e repetitivo, sem abranger as faculdades mentais, suprimindo qualquer ato de espontaneidade ou de inciativa individual. Neste local coexistia capital, administração e trabalho, que juntos exteriorizavam a forma máxima da empresa capitalista sólida, pela qual, apesar dos conflitos internos, a "fábrica fordista" significava segurança ao trabalhador[5].

Outro ponto importante trazido pela modernidade sólida é a ideia do progresso, em que as instituições eram firmes, e os trabalhadores possuíam segurança no trabalho e um salário justo. Assim, foi construído um sistema baseado na racionalidade, em que o homem construía a sua identidade por meio de crenças e valores estruturados por uma sociedade sólida, com a perspectiva de continuidade, ou seja, o indivíduo estudaria para conseguir um emprego, estando ele empregado, criava uma certeza que só se desligaria da empresa mediante a aposentadoria[6].

Em síntese, a modernidade sólida era marcada no mundo do trabalho pela certeza da carreira até a aposentadoria, com características físicas, isto é, o indivíduo saberia exatamente a função que deveria desempenhar todos os dias. Com isso, gerava uma manutenção nas atividades, de forma burocrática com eficiência e a eficácia do trabalho que mesmo repetitivo, maçante e duro, garantia uma certeza ao final de tudo.

No entanto, devido ao aumento da competitividade e à concorrência dos mercados, o indivíduo deixa de ter certezas e começa a "derreter os sólidos", amoldando o espírito moderno trazido pela sociedade contemporânea, a um novo contexto de valores e crenças. Assim, por meio do derretimento dos sólidos houve uma gradativa libertação dos elementos tradicionais como a economia, cultura, política e a ética. Entretanto, nenhum molde foi quebrado sem que

[5] FRAGA, Alexandre Barbosa. Da rotina à flexibilidade: análise das características do Fordismo fora da indústria. Rev. Habitus, Vol. 03, n. 01, p.01-09, 2005. Disponível em: https://revistas.ufrj.br/index.php/habitus/article/view/11266. Acesso em: 13 out.2020

[6] OLIVEIRA, Larissa Pascutti de. Zygmunt Bauman: a sociedade contemporânea e a sociologia na modernidade líquida. Sem Aspas, Araraquara, v. 1, n. 1 p. 25-36, 1º semestre de 2012. ISSN: 2358-4238. Disponível em: https://periodicos.fclar.unesp.br/semaspas/article/view/6970/4996. Acesso em: 13 out. 2020.

fosse substituído por outro. A "vontade de liberdade", para Bauman, é o esteio da modernidade líquida, que se opõe à segurança construída em torno de uma vida social estável, na ordem da modernidade sólida[7].

Essas modificações sofridas pela sociedade trouxeram uma percepção de transição necessária entre a modernidade sólida, em uma fase industrial, do "capitalismo pesado", com o fordismo, a trabalhadores que estavam limitados a funções que exerciam dentro de um sistema maior, para uma modernidade líquida, com uma sociedade de consumidores, com características de instabilidade e fluidez, caracterizada pelo consumo, representando a pós-modernidade, apesar de não ser o termo mais adequado a ser utilizado, reflete na atual sociedade contemporânea em que vivemos[8].

"A partir disso, as responsabilidades das ações realizadas passaram a não mais pesar sobre a comunidade, mas sobre o indivíduo. Com o advento da modernidade líquida, ocorreu, cada vez mais, a "invasão" da esfera pública pela esfera privada"[9]

Perdeu-se a durabilidade das instituições e das relações entre os indivíduos. Desta forma, a velocidade das transformações sociais seria como a fluidez dos líquidos. Temos hoje um "capitalismo leve e fluido", termos utilizados por Bauman para diferenciar as fases do capitalismo.

Dessa forma, as incertezas nos hábitos e padrões, trazem, por consequência, a liquidez aos bens de consumo, a durabilidade e solidez não é mais uma característica que importa. São produzidos para serem descartados, a sociedade contemporânea encontra prazer ao experimentar novos produtos, o consumismo inicialmente um direito que causa prazer passa a ser entendido quase que como um dever do indivíduo para seguir os padrões dentro da sociedade[10].

[7] BASÍLIO, Márcio Pereira. Tempos Líquidos. BAUMAN, Zygmunt. Tempos líquidos. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. Scielo. Sociologias n.23, p. 01-12 Porto Alegre Jan./Apr. 2010. ISSN 1517-4522. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/soc/n23/16.pdf Acesso em: 14 out. 2020.

[8] PONTES, Fernando; FREDERICO, Tavares Augusto. O consumo da natureza: a identidade prêt-à-porter ecologicamente correta. Cadernos Zygmunt Bauman, vol. 5, n. 9, p. 59-77. 2015. ISNN: 2236-4099.

[9] Op. Cit.., p. 50.

[10] PONTES, Op. Cit.

Um exemplo de liquidez dos bens de consumo decorre da obsolescência programada, que teve seu surgimento por volta do século XX, na existência de uma contradição entre a expectativa de vida dos indivíduos que começou a aumentar, em consequência dos avanços tecnológicos, e a vida útil dos produtos fabricados, considerados bens duráveis, que passou a diminuir, fez-se notável a intenção de crescimento de vendas com a produção de produtos feitos para serem descartados e inutilizados em menores períodos de tempo, como o caso registrado no ano de 1925, quando fabricantes de lâmpadas em alguns países da Europa e nos Estados Unidos reduziam o tempo de duração das lâmpadas produzidas em menos da metade, na busca por lucro[11].

Como consequência dessa nova vertente da sociedade na modernidade líquida, é imposta a aqueles que produzem esses bens de consumo a responsabilidade ambiental exteriorizada na função social da empresa, com enfoque a sustentabilidade. Não é mais possível se pensar em um consumo que não seja voltado a uma consciência ecológica de proteção ambiental.

Evolução Internacional do Meio Ambiente

Há uma grande preocupação entre os países, em questão de haver uma garantia do desenvolvimento sustentável, ou melhor dizendo, um desenvolvimento com sustentabilidade. Em decorrência disto, os países vêm se juntando de forma solidária para se organizarem e debaterem sobre o futuro da humanidade. A transformação física da terra, por ação do ser humano, vem sendo um perigo de sobrevivência, as atividades humanas inconscientes estão impulsionando o planeta a direções desconhecidas e perigosas de desequilíbrio climático, acarretando uma mudança na composição química do ar, da terra e dos oceanos e na perda da biodiversidade[12].

Esta preocupação, que transcende o individual passando a ser de interesse mundial, recebeu impulso no século XX. O Direito Ambiental Internacional,

[11] SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo. ***Scientia Iuris***, Londrina, v. 20, n. 1, p.119-143, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p119. ISSN: 2178-8189.

[12] CORBELLINI, Gisele. **A Evolução do Direito Ambiental e a Sua Definição no Brasil**. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7282/Evolucao-historica-do-Direito-Internacional-do-Meio-Ambiente. Acesso em: 15 out.2020

em seus aspectos fundamentais, impõe a análise das conferências sobre o meio ambiente no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) e documentos consequentes.

Da primeira conferência, que foi realizada em 1972, até os dias atuais, a ONU promoveu quatro principais conferências mundiais decisivas para que temáticas como, meio ambiente ecologicamente equilibrado, desenvolvimento sustentável, mudanças climáticas, entre outros, assumissem centralidade na agenda global, sendo estas:

- Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (1972);
- Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992);
- Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável – Rio+10 (2002);
- Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável – Rio+20 (2012).

O Conselho Econômico e Social e a Assembleia-geral das Nações Unidas, decidiram que deveria ser realizada uma conferência mundial para debater questões relacionadas ao meio ambiente, imposta na Resolução 2.398 (XXIII), em 1968. Foi então que, em data de 5 a 16 de junho de 1972, na cidade de Estocolmo, na Suécia, com a participação de 113 Estados, entre eles o Brasil, e de 400 organizações governamentais e não-governamentais, foi realizada a primeira conferência de caráter internacional, a *Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano*. Esta teve como fim, uma preocupação com a preservação depois da devastação do mundo, após a 2° Guerra Mundial, no qual visavam sobre a qualidade da água, as mudanças climáticas, soluções no quais pudessem reduzir os desastres naturais, entre outros[13].

De acordo com FABIANO MELO, em seu livro de Direito Ambiental (2017), pág. 60:

> [...] os países participantes dividiram-se em duas correntes de interpretação sobre as questões ambientais: de um lado, os preservacionistas, corrente radical, liderados pelos países desenvolvidos, que defenderam a mitigação nas intervenções antrópicas sobre o meio ambiente; e de outro, os desenvolvimentistas, composta

[13] MAGALHÃES, Lana. **Conferência de Estocolmo**. Disponível em: https://www.todamateria.com.br/conferencia-de-estocolmo/. Acesso em: 15 out. 2020

> pelos países em desenvolvimento, entre os quais o Brasil, que defendiam, em síntese, que os países em desenvolvimento aceitavam a poluição e que a preocupação deveria ser com o crescimento econômico[14].

Este debate na conferência entre os países foi estimulado da necessidade de um novo modelo de desenvolvimento econômico, no qual não poderia haver um esgotamento das reservas naturais e ao mesmo tempo, não ocasionar a redução do crescimento econômico.

Vinte anos depois da primeira conferência com estes propósitos, em Estocolmo - na cidade do Rio de Janeiro, Brasil, foi realizada a *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio/92)*, também conhecida como a Cúpula da Terra, ou Eco-92. Essa importância se reflete na participação de 179 países, 116 chefes de Estado e de governo, contando com mais de 10.000 participantes. Assim posto, foi neste momento que os países reconheceram o conceito de desenvolvimento sustentável, começando então a moldar ações com objetivo de proteger o meio ambiente, com propostas que estivessem em harmonia com a natureza, garantindo uma qualidade de vida tanto para a geração atual quanto as gerações futuras do planeta. Na Rio-92, chegou-se à conclusão de que, "temos de agregar os componentes econômicos, ambientais e sociais. Se isso não for feito, não há como se garantir a sustentabilidade do desenvolvimento" — analisou Luiz Alberto Figueiredo Machado, coordenador-geral dos preparativos da Conferência Rio+20. Como resultado, a Rio/92 produziu cinco documentos internacionais[15]:

- Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento;
- Agenda 21;
- Convenção-Quadro sobre Mudanças do Clima;
- Convenção sobre Diversidade Biológica ou da Biodiversidade.
- Declaração de Princípios sobre Florestas.

[14] OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direito Ambiental**. Direito Ambiental Internacional. 2.ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: método 2017. p.60. ISBN: 978-85-309-7566-1

[15] **Conferência Rio-92 sobre o meio ambiente do planeta**: desenvolvimento sustentável dos países. Disponível em: http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-rio-92-sobre-o-meio-ambiente-do-planeta-desenvolvimento-sustentavel-dos-paises.aspx. Acesso em: 15 out. 2020.

Destes documentos somente a Convenção-Quadro sobre Mudanças do Clima e a Convenção sobre Diversidade Biológica possuem força jurídica vinculante, obrigatória, os demais são declarações, destituídas de caráter vinculante. É destacada, na Agenda 21, a citação de como proceder o desenvolvimento sustentável. É um documento programático, com 40 capítulos, em que se estabelecem diretrizes para a implementação do desenvolvimento sustentável do espaço global ao local. Estes termos estão voltados para problemas atuais, com um objetivo de preparar os países para os desafios dos séculos seguintes.

Duas convenções foram aprovadas durante a ECO-92, uma sobre biodiversidade e outra sobre mudanças climáticas, a última resultou na elaboração do protocolo de Kyoto, em 1997, que visa a redução de gases que agravam o chamado efeito estufa. A questão é que, ainda assim, muitos países desenvolvidos e em desenvolvimento, em virtude de tal modelo de produção e consumo estabelecido, não colocaram em prática tais políticas ambientais, permitindo a intensificação do aquecimento global.[16] Referido documento, Agenda 21, possibilitou realização das conferências posteriores, em especial a Rio+10 e a Rio+20.

Em 2002, 10 anos após a Conferência do Rio de Janeiro, realizou-se, em Johanesburgo, na África do Sul, a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, também conhecida como Rio+10. Esse evento reuniu representantes de 189 países, além da participação de centenas de Organizações Não Governamentais (ONGs), e veio com o propósito de avaliar e reavaliar os avanços e obstáculos após 10 anos na tentativa de implementar a Agenda 21, na Cúpula da Terra. Foram criados dois documentos oficiais da Cúpula Mundial, a Declaração Política e o Plano de Implementação, o primeiro faz uma análise da pobreza e da má distribuição de renda no mundo, o segundo é um documento que visa obter metas em aspectos fundamentais, composto de três objetivos: a erradicação da pobreza; a alteração nos padrões insustentáveis de produção e consumo; e a proteção dos recursos naturais para o desenvolvimento econômico e social.[17]

Este plano relaciona medidas de sustentabilidade para cada região do planeta, e reforça a importância do fortalecimento dos quadros institucionais de proteção ambiental no âmbito internacional, em especial, a Comissão das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável.

[16] OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direito ambiental**. Direito Ambiental Internacional. 2.ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: método 2017. p.62. ISBN: 978-85-309-7566-1.

[17] Op.cit.

Esta conferência tem como novidade designar os padrões de produção, de consumo e manejo dos recursos naturais e de forma especial, atingir a erradicação da pobreza, visto que, se não melhorar as condições dos seres humanos de forma sustentável, não se tem motivos para haver tantas produções que afetam a preservação do meio ambiente.

Foram debatidas questões sobre fornecimento de água, saneamento básico, energia, saúde, agricultura e biodiversidade, de pessoas que vivem abaixo da linha de pobreza, foi neste contexto que foi introduzido o princípio da solidariedade social e da função social da propriedade, no que faz uma substituição anterior à visão egoísta da individualidade.

Os resultados alcançados na Rio+10 não foram tão eficientes, pois os países mais desenvolvidos mostraram-se resistentes sobre as questões relacionadas a redução de emissão de gases poluentes, porque tal redução iria comprometer a atividade das indústrias e a economia do país.[18]

A Resolução no 64/236, de 2009, da Assembleia-geral das Nações Unidas, determinou a realização de uma nova conferência mundial sobre as questões ambientais, que veio a ocorrer entre os dias 13 e 22 de junho de 2012, novamente na cidade do Rio de Janeiro, Brasil, com a denominação *Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, ou Rio+20*, conhecida assim , pois foi realizada vinte anos depois da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92).[19]

A Rio+20 teve dois temas principais: a economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza e a estrutura institucional para o desenvolvimento sustentável.

Neste momento os líderes fizeram um levantamento de tudo que foi feito nos últimos vinte anos, quais lacunas ainda existentes, e proporcionaram novos temas e desafios emergentes, objetivando recuperar os estragos existentes no planeta. O documento final marcado por esta conferência, foi "O Futuro que Queremos", que contém 283 tópicos relacionados a renovação dos compromissos políticos das Conferências anteriores (Estocolmo/1972, Rio/1992 e Johanesburgo/2002), sendo

[18] MAGALHÃES, Lana. **Rio+10**. Disponível em: https://www.todamateria.com.br/rio-10/. Acesso em: 15 out. 2020.

[19] **RIO+20**. Disponível em: http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html. Acesso em: 15 out. 2020.

os temas abordados, o desenvolvimento sustentável, a economia verde, a inclusão social e a pobreza.

No entanto, esta conferência teve como finalidade discutir a renovação do compromisso político com o desenvolvimento sustentável, com ênfase a chamada Cúpula do Povo, realizada concomitantemente a Rio + 20, com o objetivo de reunir determinados grupos da sociedade civil para discutir e propor alternativas para a crise socioambiental.

Desenvolvimento Sustentável

Os princípios jurídicos são alicerces e funcionam como base fundamental de um sistema normativo, é o que se verifica também no Direito Ambiental. Mesmo se tratando de um ramo autônomo do direito, possui seus próprios princípios, considerados como núcleos essenciais, apresentados de forma explícita ou implícita.

No que diz respeito aos princípios do Direito Ambiental, o presente estudo dedica-se ao Princípio do Desenvolvimento Sustentável, este positivado na Lei 6.938/81, a referida lei em seu artigo 4º, inciso I, dispõe que: "A Política Nacional do Meio Ambiente visará a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico" e em seu inciso VI, diz que – "à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida."[20]

A constituição federal em seu artigo 225 assegura que: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum, 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.[21]

O meio ambiente entrou na pauta de prioridades das discussões internacionais, essa preocupação ganhou relevância no ano de 1972, na Conferência de Estocolmo. Contudo, somente no ano de 1987 que o termo Desenvolvimento

[20] BRASIL. **Lei Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

[21] BRASIL. **Lei Constituição Federal, Titulo VIII, Capitulo VI, Do Meio Ambiente**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_26.06.2019/art_225_.asp#:~:text=225., as%20presentes%20e%20futuras%20gera%C3%A7%C3%B5es. Acesso em: 12 out. 2020.

Sustentável foi consagrado, por meio do relatório Nosso Futuro Comum, em que começaram a serem discutidos os problemas do aquecimento global do nosso planeta e a destruição da camada de ozônio. O encontro ressaltou a situação ambiental mundial como forma de um alerta, dirigido ao modelo econômico, gerador de graves problemas de degradação ambiental. Uma situação para muitos desconhecida até então, na oportunidade a comissão concluiu que:

> A humanidade é capaz de tornar o desenvolvimento sustentável – de garantir que ele atenda às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as futuras gerações satisfazerem as suas. O conceito de desenvolvimento sustentável tem, é claro, limites - não limites absolutos, mas limitações impostas pelo estágio atual da tecnologia e da organização social, no tocante aos recursos ambientais e pela capacidade da bioesfera de absorver os efeitos da atividade humana. Mas tanto a tecnologia quanto a organização social podem ser geridas e aprimoradas a fim de proporcionar uma nova era de crescimento.[22]

Diante da importância do tema em questão e da urgência das questões ambientais, no ano de 1992 aconteceu a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a famosa Rio 92 ou Cúpula da Terra, também conhecida como eco 92, foi na Rio 92 que ocorreu a criação da Agenda 21, ou seja, um conjunto de prazos e metas para os países do nosso planeta que visava promover um Desenvolvimento Sustentável.

Em 2002, na cidade de Johanesburgo, foi realizado a Rio +10, ou cúpula do Desenvolvimento Sustentável, com o propósito de avaliar os avanços e obstáculos do cumprimento da Agenda 21. Vinte anos após a Rio 92, é realizada novamente na cidade do Rio de Janeiro a Rio+20, Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, com a participação de 193 estados membros da ONU por meio de suas delegações, surge aqui um dos grandes propósitos de integrar a sociedade civil nas discussões que até então só as Nações participantes tinham acesso. A Rio+20 definiu Sustentabilidade como Economia Verde, ou seja, um modelo econômico que gera prosperidade para todos, buscando reduzir os impactos ambientais. Todo esse contexto pode ser considerado um período histórico e revolucionário acerca da responsabilidade socioambiental.

Podemos encontrar vários conceitos acerca de Sustentabilidade, para Lester Brown, um dos maiores e mais importantes pensadores ambientais do mundo,

[22] CMMAD – Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. **Nosso Futuro Comum**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1991, p. 9.

"sustentabilidade é a forma de promover o desenvolvimento econômico, visando minimizar os impactos ambientais, a fim de garantir recursos naturais para gerações atuais e futuras".[23]

Essa definição remete exatamente ao significado de Sustentabilidade, ou seja, promover desenvolvimento econômico, mas minimizar a degradação dos recursos ambientais.

Devemos entender que toda empresa precisa ser rentável, mas é necessário haver por parte das mesmas ações que diminuam os impactos causados ao meio ambiente, e devem buscar um equilíbrio, e não estarem focados apenas no crescimento econômico, de acordo com BROWN, "as políticas econômicas que geram o crescimento extraordinário da economia mundial são as mesmas que estão destruindo seus sistemas de apoio"[24].

É importante lembrar que Sustentabilidade, na verdade, consiste em três pilares fundamentais; sendo eles; Ambiental, Econômico e Social. O ambiental está relacionado à conservação e uso dos recursos naturais analisando a degradação ambiental. Enquanto o econômico trata-se do desempenho macroeconômico e financeiro do País, quanto ao social, refere-se elementos à necessidade humana, melhor qualidade de vida e justiça social. A sustentabilidade é uma forma de equilibrar essas três questões tão importantes, e não é correto dizer que uma empresa é Sustentável por se preocupar "somente" com o meio ambiente, quando na verdade é necessário que exista os três pilares.

A preservação ambiental é uma questão de vida para a humanidade, devemos ter a consciência que uma ação degradadora, pode causar prejuízos ambientais para diversas gerações, portanto, o Desenvolvimento Sustentável visa condições ecológicas de produção como forma de preservar os recursos naturais e dar qualidade de vida para a humanidade.

Mesmo não existindo um código ambiental em nosso país, não significa que não exista um conjunto normativo robusto, destinado à proteção ambiental,

[23] NAIME, Roberto. **A sustentabilidade segundo Lester Brown, Parte 1/2**. Disponível em: https://www.ecodebate.com.br/2019/10/08/a-sustentabilidade-segundo-lester-brown-parte-1-2-artigo-de-roberto-naime/. Acesso em: 13 out. 2020.

[24] **A SUSTENTABILIDADE SOB O VIÉS DAS EMPRESAS**: da necessidade real de implementação à oportunidade de negócios no mundo do trabalho. Disponível em: https://faculdadesenacpe.edu.br/encontro-de-ensino pesquisa/2011/IV/anais/comunicacao/007_2010_ap_oral.pdf. Acesso em: 13 out. 2020.

através da constituição federal, leis, decretos e resoluções dos conselhos de meio ambiente, na esfera nacional, estadual e municipal.

No Brasil integram o ordenamento jurídico - ambiental além da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA (Lei nº6. 938/81) que instituiu o Sisnama – Sistema Nacional do Meio Ambiente, responsável pela proteção da qualidade ambiental, composto por órgãos e entidades da União, Estado, DF e Municípios. Juntamente com as demais leis: Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98); Código Florestal (Lei nº12. 651/2012); Sistema Nacional das Unidades de Conservação (Lei nº9. 985/2000); Política Nacional de Resíduos Hídricos (Lei nº9. 433/97); Biodiversidade (Lei nº13.123/2015); Agrotóxicos (Lei nº 7.802/89); Proteção á Fauna (Lei nº5. 197/67) e a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº12. 305/2010).

HISTÓRICO DA LOGÍSTICA REVERSA

Hoje o Brasil conta com uma legislação específica para regulamentar a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS). Essa Lei foi sancionada em 2 de agosto de 2010 e trata de um importante instrumento de sustentabilidade e preservação ambiental que tem como um dos principais objetivos a melhora da qualidade de vida da sociedade.[25]

A Política Nacional de Resíduos Sólidos é extremamente importante, pois trata do gerenciamento dos resíduos, visando a garantia de que o país continue evoluindo na solução dos problemas ambientais e econômicos decorrentes do manejo inadequado dos resíduos sólidos, produzidos pelas atividades empresariais, além de propor metas que futuramente ajudarão a contribuir para erradicar o grande volume de resíduos sólidos que hoje são descartados de qualquer forma na natureza, causando impactos imensuráveis ao meio ambiente e as futuras gerações.[26]

A Lei 12.305/10 (PNRS) institui que a responsabilidade é compartilhada entre os geradores de resíduos, todos eles, dos fabricantes aos consumidores, toda linha trilhada pela logística. Esse conceito é conhecido como Logística Reversa.

[25] **Como Política Nacional de Resíduos Sólidos influencia o meu negócio?** VG Resíduos, 2020. Disponível em https://www.vgresiduos.com.br/blog/como-politica-nacional-de-residuos-solidos-influencia-o-meu-negocio/ Acesso em 15 de out de 2020.

[26] Op.cit.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos traz consigo pontos importantes que, se respeitados, trarão grandes avanços para o gerenciamento dos resíduos sólidos no Brasil. No entanto, falta efetivar um plano nacional com ações práticas, já que a política em si dá apenas diretrizes para a elaboração deste.

Setores com grande geração de resíduos, como os de medicamentos e eletroeletrônicos, ainda não praticam a chamada logística reversa, a prática dessas ações é essencial para reduzir, recuperar e reciclar os resíduos sólidos. Atualmente até existem políticas públicas que incentivam a destinação correta deles, entretanto, poderiam ser criadas novas políticas que busquem incentivar a não geração e/ou redução desses resíduos.

Nossa política ambiental atual busca um plano para destinação adequada dos resíduos para aterros sanitários, visando substituir os lixões a céu aberto. Entretanto, na contra mão desse raciocínio, países desenvolvidos da Europa têm como objetivo extinguir os aterros sanitários, proibindo inclusive a criação de novos aterros, focando assim na logística reversa, onde a taxa de reciclagem é alta, e os aterros tornaram-se cada dia mais desnecessários.[27]

Conceito de Logística Reversa

Há muitos estudos sobre os impactos que as atividades industriais têm causado ao meio ambiente e como isso tem interferido no dia a dia da sociedade. Cada vez mais o tema desenvolvimento sustentável se torna uma preocupação das empresas privadas e órgãos públicos, já que o volume de resíduos sólidos vem aumentando significativamente, as matérias-primas estão se tornando cada vez menos abundantes e a população está cada vez mais consciente quanto à preservação do meio ambiente e contra o desperdício, fatores estes, que impulsionam ainda mais a ideia de Logística Reversa.

A Logística Reversa, assim como a Logística atual que conhecemos, evoluiu ao longo do tempo. Inicialmente, em seu contexto mais simples, a logística foi definida como movimento de materiais do ponto de origem ao ponto de consumo. Dessa forma, também aconteceu com a Logística Reversa, onde há o movimento de bens do consumidor para o produtor por meio de algum canal de distribuição.[28]

[27] **A Política Nacional de Resíduos Sólidos**: Como o Brasil lida com o lixo? Politize, 2018. Disponível em https://www.politize.com.br/politica-nacional-de-residuos-solidos/ Acesso em: 15 de out de 2020.

[28] RODRIGUES, **Logística Reversa** – Conceitos e Componentes do Sistema. Gávea – RJ, 2002. P. 2.

Essa Logística reversa, segundo Isis, trata-se do gerenciamento de materiais e informações desde o ponto de origem, com o fornecedor, até o ponto de consumo, com a disponibilização do produto ao cliente.[29] Já Dornier *et al*. ressaltam que abrange novas áreas de atuação sobre o tema, incluindo já o gerenciamento dos fluxos reversos:

> Logística é a gestão de fluxos entre funções de negócio. A definição atual de logística engloba maior amplitude de fluxos do que no passado. Tradicionalmente, as empresas incluíam a simples entrada de matérias-primas ou o fluxo de saída de produtos acabados em sua definição de logística. Hoje, no entanto, essa definição expandiu-se e inclui todas as formas de movimentos de produtos e informações [...]. Portanto, além dos fluxos diretos tradicionalmente considerados, a logística moderna engloba, entre outros, os fluxos de retorno de peças a serem reparadas, de embalagens e seus acessórios, de produtos vendidos devolvidos e de produtos usados/consumidos a serem reciclados.[30]

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) traz consigo a adequada definição da logística reversa: trata-se de um instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada.[31]

O método de Logística Reversa, pode se concretizar de diversas formas, sendo elas por meio de:

Retorno de mercadorias – Na devolução da mercadoria pelo cliente (produto com defeito, vencido, problemas de garantia).

Retorno evasivo – Esse processo se dá pela minimização do descarte de resíduos, em que possíveis reparos são feitos por terceirizadas, após realizado o reparo, o produto pode ser comercializado novamente;

Remanufatura – As partes que são reutilizáveis são enviadas para que haja produção de novos produtos, podendo haver empresas parceiras que os reciclem;

[29] ISIS, L.C.B.S. B. **Logística Reversa**. Grupo A, 2019. 9788595027022. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595027022/. Acesso em: 14 de out de 2020

[30] DORNIER, P. et al. Logística e operações globais. São Paulo: Atlas, 2000. p. 39

[31] **Lei Nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Planalto, 2010.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l1230.htm Acesso em: 14 de out de 2020.

Remodelação – Para evitar que o produto seja descartado, após estar o obsoleto a empresa pode substituir algumas partes;

Embalagem – Utilização de embalagens duráveis, que seja possível retornar a empresa, como garrafas retornáveis por exemplo;

Bens não vendidos – Produtos não vendidos, que estão parados nas distribuidoras, são vendidos a outros clientes com valores razoáveis, evitando o descarte;

Arrendamento – Permite que o cliente retorne produtos emprestados ao seu fornecedor, geralmente feito com equipamentos, onde o risco de descarte incorreto é minimizado.[32]

A Logística Reversa tem papel fundamental para a sustentabilidade e meio ambiente. Além disso, empresas que possuem um plano adequado para o descarte consciente dos resíduos e rejeitos gerados pelos equipamentos ou embalagens mostram ao consumidor que assumem um papel ativo na conservação e preservação do meio ambiente, trazendo um diferencial competitivo a organização, demonstrando que a mesma se preocupa de fato com a preservação ambiental.

Importante ressaltar, como apontado na pesquisa, que a destinação adequada de resíduos não é uma responsabilidade apenas da empresa. Pelo contrário, há uma responsabilidade compartilhada de toda a sociedade em que cada etapa apresenta grande importância para o sucesso da logística reversa.

Falta de Implantação da Logística Reversa

Conforme o relatório da Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (ABRELPE), o Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil no ano 2016 mostra que 3.326 municípios brasileiros destinam seus resíduos sólidos para locais impróprios. Isso equivale a 59,7% dos municípios (ABRELPE, 2016). O mesmo documento registra que 76,5 milhões de pessoas sofrem os impactos negativos causados pela destinação inadequada dos resíduos, ficando claro que nosso país precisa caminhar muito para melhorar esse quadro.[33]

[32] **7 soluções inovadoras em logística reversa que você precisa saber.** VG Resíduos, 2019. Disponível em: https://www.vgresiduos.com.br/blog/7-solucoes-inovadoras-em-logistica-reversa-que-voce-precisa-saber/ Acesso em: 15 de out de 2020.

[33] **PRS**. Portal Resíduo Sólido. Disponível em: https://portalresiduossolidos.com/situacao-atual-dos-rs-no-brasil/. Acesso em: 16 de out.2020.

A Geração de resíduos sólidos urbanos entre 2017 e 2018, no Brasil aumentou quase 1% e chegou a 216.629 toneladas diárias. Como a população também cresceu no período (0,40%), a geração per capita teve elevação um pouco menor (0,39%). Isso significa que, em média, cada brasileiro gerou pouco mais de 1 quilo de resíduo por dia.

Sabemos que região SUDESTE é a região mais populosa do Brasil e que consequentemente é a que mais produz resíduos e mais coleta. Os 1.668 municípios do Sudeste geraram 108.063 toneladas de RSU por dia em 2018, das quais 98,1% foram coletadas. Dos resíduos coletados na região, 27% tiveram como destinação os aterros controlados e lixões. Trata-se da menor cifra do país, que corresponde a 28 mil toneladas por dia. Em média, os municípios do Sudeste aplicaram R$ 13,03 mensais por habitante em coleta de RSU e outros serviços de limpeza urbana. É a única região do Brasil em que esse valor fica acima dos R$ 10. O mercado de serviços de limpeza urbana movimentou cerca de R$ 15 bilhões, gerando mais de 143 mil empregos.[34]

A implementação da Logística Reversa no Estado de São Paulo, busca atender à Política Estadual de Resíduos Sólidos (PERS), estabelecida pela Lei Estadual 12.300/2006, regulamentada pelo Decreto Estadual 54.645/2009. Neste se menciona a "responsabilidade pós-consumo".[35]

Para oficializar o processo, foi firmado em maio de 2018, com a Secretaria de Meio Ambiente (SMA) e a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (Cetesb), Termo de Compromisso de Logística Reversa de Embalagens em Geral (TCLR), que simboliza o compromisso das entidades signatárias, bem como das empresas aderentes ao Sistema, na melhoria da gestão das embalagens após o uso pelo consumidor e, o adequado cumprimento da legislação ambiental.

Atualmente, esse TCLR conta com 63 entidades participantes, sendo 8 (oito) intervenientes anuentes (FIESP, CIESP, Fecomercio, Abeire, Abrelpe, IBÁ, SIMA e CETESB); sendo 55 entidades signatárias (Associações, Sindicatos e Institutos), representando um universo de mais de 1.000 (mil) empresas aderentes. Para participar do sistema, a empresa interessada deve ser associada a uma das Entidades

[34] **Panorama Dos Resíduos Sólidos No Brasil 2018/22019**. Disponível em: file:///C:/Users/Ang%C3%A9lica/Downloads/PanoramaAbrelpe_-2018_2019.pdf. Acesso em: 16 de out.2020.

[35] **Logística reversa**. Disponível em: https://cetesb.sp.gov.br/logisticareversa/logistica-reversa/contexto-legal-da-logistica-reversa-em-sao-paulo/. Acesso em: 16 de out. 2020.

Signatárias (Associações, Sindicatos e/ou CIESP) signatária ao Termo de Compromisso de Logística Reversa.[36]

Segundo dados da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), órgão sindical de representação dos interesses das indústrias do estado, que conta com mais de 100 mil indústrias, grandes, médias e pequenas; o município de Marília possui 1.365 Indústrias, sendo 245 do ramo alimentício.[37]

Por meio de consultas realizadas em sites, na maioria das empresas alimentícias de Marília, que possuem dados disponíveis na internet, percebe-se uma preocupação com o meio ambiente, ressaltando a necessidade e importância da preservação dos Recursos Naturais e Política de Sustentabilidade.

Ocorre que, embora haja o destaque pela importância do tema, não foram observadas políticas efetivas de preservação do meio ambiente, como, por exemplo, os princípios e objetivos colocados pela Política Nacional de Resíduos Sólidos. Esse é um assunto urgente e é necessário que sejam transformados em ações concretas com o propósito de estabelecer e implantar um sistema de Logística Reversa de produtos e embalagens pós-consumo, desenvolvendo ações que diminuam a quantidade de resíduos gerados, com a finalidade de atender a Política Nacional de Resíduos Sólidos e, dessa forma, minimizar os impactos causados ao meio ambiente. Podemos citar como exemplo, as políticas utilizadas pelas empresas Coca-Cola e Nestlé, especificamente as unidades de Marília.

Benefícios da Logística Reversa

A implementação da Logística por parte das empresas traz grandes oportunidades do ponto de vista econômico, social e ambiental. Do ponto de vista econômico, os inúmeros produtos que são descartados indevidamente, indo para os lixões e/ou aterros sanitários podem ser reinseridos na produção industrial, atribuindo novamente um valor de mercado, pois, há possibilidade desse produto ser

[36] **Sistemas de Logística Reversa e Embalagens em Geral**. Disponível em: https://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/sistema-de-logistica-reversa-de-embalagens-em-geral/. Acesso em 17 de out. 2020.

[37] **Capital Humano, Departamento de Ação Regional**. Disponível em: https://apps.fiesp.com.br/CapitalHumano/(S(3ttfxcwovxgepeljbr3iiyat))/DadosSocioEconomicos/InformacoesSetor.aspx?t=1 Acesso em: 17 de out. 2020.

revendido como matéria-prima ao mercado primário e secundário, ou ser comercializado para desmanche em empresas de remanufatura e de reciclagem.[38]

Na perspectiva social, traz a geração de oportunidades de empregos, garantido o desenvolvimento econômico e social, contribuindo para a erradicação da pobreza por meio das cooperativas e Organizações Não Governamentais (ONGs).[39] Na visão ambiental, contribui para a preservação e proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Serão abordadas duas empresas multinacionais que promovem projetos de desenvolvimento sustentáveis, essas empresas atuam no ramo de alimentos e bebidas, cujas filiais estão situadas no município de Marília/SP, são estas a Coca-Cola FEMSA e Nestlé Industrial Comercial.

A Realidade da Logística Reversa

Destaca-se a Coca-Cola como sendo a maior fabricante de bebidas não alcoólicas do país, com 78 anos no Brasil. Referida empresa é composta por 39 empresas, nove grupos de fabricantes franqueados, o Instituto Coca-Cola Brasil, mais Verde Campo e a parceria com Leão Alimentos e Bebidas. O Sistema emprega diretamente 57,1 mil funcionários, gerando cerca de 600 mil empregos indiretos. Atuam na fabricação de refrigerantes, sucos, lácteos, bebidas à base de frutas e proteína vegetal, bebidas esportivas, bebidas sem adição de açúcar, água, águas especiais, água de coco e chás. Sendo a principal meta o crescimento de forma sustentável sem degradar o meio ambiente, gerando zero desperdício e reduzindo a quantidade de carbono. O compromisso da empresa transcende os muros das fábricas, por isso assumiu uma meta de um mundo sem resíduos, coletando e reciclando o equivalente a 100% de suas embalagens até 2030[40].

[38] TADEU, Hugo Ferreira Braga et al. **Logística reversa e sustentabilidade**. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

[39] COSTA, Shirlei Martins; BRITO, OSVALDO PAES. **Logística Reversa**: Geração de emprego e renda com a coleta seletiva do lixo na cidade de Londrina-PR. Disponível em https://www.inesul.edu.br/coordenadorias/arquivos/ine_1173735828.pdf . Acesso em 15 out.2020.

[40] **RELATÓRIO DE SUSTENTABILIDADE**. Coca-Cola Brasil. 2019. Disponível em <https://www.cocacolabrasil.com.br/content/dam/journey/br/pt/private/pdfs/relatorio-de-sustentabilidade-2019.pdf> Acesso em: 15 out.2020.

Ao lançar esse projeto de um "Mundo Sem Resíduos" a Companhia contribuirá para que nenhuma das suas latas e garrafas termine como resíduo, especialmente como depósitos de lixos no mar, a Coca-Cola estabelece parcerias com organizações locais e nacionais para a recuperação de 100% das suas embalagens.

Embora 99,4% das embalagens de Coca-Cola sejam recicláveis (as latas e as garrafas de PET) ou reutilizáveis (garrafas de vidro para a hotelaria) e todas contenham materiais reciclados ou fontes orgânicas, a Companhia trabalha para garantir que, pelo menos, 50% do material utilizado para embalagens de PET provenha de plástico reciclado.[41]

A gerente da marca Del Valle e líder do projeto Camila Freire informa que haverá uma adaptação do consumidor ao mecanismo de garrafa retornáveis com formato universal tanto para novas categorias de bebidas como para refrigerante ou refresco. Logo, cada vez que está garrafa retornar à fábrica ela será 100% reciclável, e poderá ser envasada com qualquer produto dessas linhas, facilitando assim a "logística da retornabilidade"[42]

O programa de reciclagem "Reciclar pelo Brasil" fez a economia circular, criando oportunidades para o crescimento econômico, inovação e geração de empregos, em parceria com a Associação Nacional dos Catadores (as) de Materiais Recicláveis (ANCAT), foram 227 cooperativas que fizeram parte do programa, beneficiando 4,6 mil cooperados. Porém, devido à pandemia, toda a cadeia de reciclagem foi afetada, com a paralisação ou redução da coleta seletiva nos municípios, das cooperativas, além da diminuição do volume de resíduos no comércio e nas ruas. Além disso, a manipulação de resíduos se torna um risco para as pessoas, tornando extremamente vulneráveis.[43]

[41] **RELATÓRIO DE SUSTENTABILIDADE**. Coca-Cola Brasil. 2019. Disponível em <https://www.cocacolabrasil.com.br/content/dam/journey/br/pt/private/pdfs/relatorio-de-sustentabilidade-2019.pdf> Acesso em: 15 out. 2020.

[42] COHEN. Marina. Valorizando a economia circular e atenta às necessidades do consumidor, **Del Valle lança primeiras embalagens retornáveis de refrescos do país**. Disponível em: https://www.cocacolabrasil.com.br/historias/del-valle-lanca-primeiras-embalagens-retornaveis-de-refresco-do-pais . Acesso em: 16 out. 2020.

[43] **BRASIL**. Coca-Cola Brasil cria fundo para comunidades de baixa renda. Disponível em < https://www.cocacolabrasil.com.br/imprensa/release/coca-cola-brasil-cria-fundo-para-comunidades-de-baixa-renda> Acesso em: 16 out. 2020

Em razão disso, a Companhia teve que direcionar todo o orçamento que seria gasto em infraestrutura para recurso direto aos catadores, garantindo renda mínima aos cooperados. Dessa forma, o Sistema Coca-Cola Brasil e o Instituto Coca-Cola Brasil criaram o fundo "Estamos nessa juntos", que destinará parte de seus recursos para ajudar os agentes de reciclagem a enfrentarem este momento crítico de Pandemia. Serão feitas contribuições para iniciativas diversas, com a intenção de impactar cerca de 15 mil catadores, entre cooperados e autônomos.[44]

Outra proposta da Companhia é reduzir a quantidade de água que utiliza no processo de produção das suas bebidas em 20% para isso a Coca-Cola Brasil conta com programas de conservação ambiental, reflorestamento e acesso à água. Em parceria com 17 organizações, a Companhia garantiu, em três anos, o acesso e tratamento de água pelo programa "Água + Acesso" beneficiou mais de 348 comunidades rurais de baixa renda de oito estados, beneficiando diretamente cerca de 88 mil pessoas. Pois, a empresa não tem a água como apenas um dos seus ingredientes principais para a fabricação de suas bebidas, a Companhia tem a água como um recurso escasso que deve ser protegido. Por isso, a Companhia adotou uma abordagem responsável na utilização da água em toda a sua cadeia de valor, protegendo os recursos hídricos, a fim de preservá-los para as gerações futuras[45].

A empresa também se preocupa com a questão climática, o Sistema Coca-Cola reduziu rastro de carbono, ou seja, a quantidade de carbono emitida na produção do refrigerante, desde o início da cadeia produtiva até o descarte final, incluindo fases como distribuição e refrigeração, isto é, até a "bebida que chega à sua mão" em 24% desde 2010, a meta é alcançar 25% no ano atual. Dessa maneira, a empresa Coca-Cola visa a redução das emissões de gases de efeito estufa em toda a cadeia de valores dos seus produtos, tornando sua redução abrangente em processos de fabricação, formatos de embalagens, frota de entrega, equipamentos de refrigeração e abastecimento de ingredientes.[46]

[44] ALVARENGA, Telma. Coca-Cola Brasil se une a outras instituições para dar **suporte a catadores de materiais recicláveis durante a pandemia**. Disponível em: https://www.cocacolabrasil.com.br/historias/coca-cola-brasil-suporte-catadores-materiais-reciclaveis-durante-pandemia> Acesso em 16 out.2020

[45] RELATÓRIO DE SUSTENTABILIDADE. Coca-Cola Brasil.2019. P.87 Disponível em < https://www.cocacolabrasil.com.br/content/dam/journey/br/pt/private/pdfs/relatorio-de-sustentabilidade-2019.pdf> Acesso em: 15 out.2020.

[46] Idem.

Em síntese, a responsabilidade da empresa Coca-Cola transcende os muros das fábricas, busca-se o compromisso social e ambiental e estende-se também à sua cadeia de produção e fornecimento dos seus principais ingredientes e matérias-primas para que sejam obtidos de forma responsável e sustentável. Garantindo o seu compromisso com a sustentabilidade, ética e respeito pelos Direitos Humanos através da aplicação dos seus Princípios Orientadores para Fornecedores.

A Logística Reversa na Empresa Nestlé

A empresa suíça Nestlé está entre as empresas mais sustentáveis do mundo, buscando evitar ao máximo impactos negativos ao meio ambiente, sociedade e economia, respeitando aos três pilares fundamentais da sustentabilidade, trazendo impactos positivos para essas três esferas. A Nestlé aborda esses três pilares por meio do uso de materiais novos e recicláveis nas embalagens; investimento em infraestrutura de gerenciamento de resíduos; e o terceiro pilar estimulando um comportamento sustentável em seus consumidores, clientes e sociedade como um todo.[47]

Entre os objetivos da Nestlé para esse século encontra-se o de tornar suas embalagens 100% recicláveis ou reutilizáveis até o ano de 2025. Compromisso esse assumido pela empresa no ano de 2018, seguida do anúncio de ações para cumprir com esse compromisso em janeiro de 2019. O objetivo é de que nenhuma de suas embalagens, principalmente aquelas à base de plástico sejam descartadas em aterros sanitários, tentando diminuir ao máximo os impactos causados por embalagens ao meio ambiente[48]. De acordo com Mark Schneider, CEO da Nestlé:

> O lixo plástico é um dos maiores problemas de sustentabilidade com que o mundo se depara atualmente. Isso só poderá ser enfrentado por uma abordagem coletiva. Estamos comprometidos em encontrar melhores soluções para reduzir, reutilizar e reciclar. Nossa ambição é alcançar 100% de embalagens recicláveis ou reutilizáveis até 2025.[49]

[47] **Reimaginando, repensando e reciclando nossas embalagens**: Reduzir a poluição do plástico requer uma estratégia multifacetada. Disponível em: https://www.nestle.com/stories/reimagining-rethinking-recycling-our-packaging. Acesso em: 15 de out. de 2020.

[48] **Embalagens 100% recicláveis ou reutilizáveis até 2025**. Disponível em: https://www.nestle.com.br/proposito/planeta/historias/a-nestl%C3%A9-quer-tornar-todas-as-suas-embalagens-100-recicl%C3%A1veis-ou-reutiliz%C3%A1veis-at%C3%A9-2025. Acesso em: 16 de out. de 2020.

[49] Op.cit.

A pretensão da empresa é de reduzir o uso de plásticos virgens em até um terço dentro desse período, por meio de substituições desses plásticos por plásticos reciclados de qualidade alimentar, buscando soluções para o desenvolvimento de novas embalagens para uma melhor reciclagem e desempenho ambiental.

Para alcançar seu objetivo "a empresa se concentra em três áreas principais: eliminar plásticos não recicláveis; incentivar o uso de plásticos que permitam melhores índices de reciclagem; e eliminar ou alterar combinações complexas de materiais de embalagem."[50] Entende existir a necessidade do desenvolvimento de uma economia circular com as seguintes medidas:

> Desempenhar um papel ativo no desenvolvimento de esquemas de coleta, triagem e reciclagem eficientes nos países onde opera; Trabalhar com parceiros da cadeia de valor e associações de classe para explorar diferentes soluções de embalagem e reduzir o uso de materiais plásticos, facilitar a reciclagem e desenvolver novas abordagens para eliminar o lixo plástico; Rotular as embalagens plásticas dos produtos com informações de reciclagem para ajudar os consumidores a descartá-las corretamente; Promover um mercado para materiais plásticos reciclados, contribuindo para aumentar a proporção de plásticos reciclados em nossas embalagens.[51]

A principal razão para a empresa assumir esse compromisso é sua preocupação com os mares, oceanos e rios, locais esses em que muitas embalagens plásticas são encontradas. Em nosso país a Nestlé é umas das fundadoras do Compromisso Empresarial para a Reciclagem (CEMPRE), seguindo as diretrizes da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), conjuntamente com outras empresas do ramo alimentício utilizando da logística reversa, tendo todos os seus resíduos gerados por sua produção destinação para processos de reciclagem.[52]

Exemplo de prática efetiva da implementação da logística reversa pela empresa, é a criação de um ecossistema de reciclagem de cápsulas do seu produto "NESCAFÉ Dolce Gusto", prática presente em 53 países com investimento de

[50] **Embalagens 100% recicláveis ou reutilizáveis até 2025**. Disponível em: https://www.nestle.com.br/proposito/planeta/historias/a-nestl%C3%A9-quer-tornar-todas-as-suas-embalagens-100-recicl%C3%A1veis-ou-reutiliz%C3%A1veis-at%C3%A9-2025. Acesso em: 16 de out. de 2020.

[51] Op.cit.

[52] Op.cit.

US$ 40 milhões em 2018.[53] É realizado no Brasil por meio das transformações dessas cápsulas descartadas, após serem consumidas em novos materiais, como a exemplo acessórios, porta cápsulas e tubetes de plástico para o plantio de mudas de café, o processo ocorre por meio de mais de 30 postos de coletas, espalhados pelos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná e Rio Grande do Sul, que são uma opção para os consumidores realizarem o descarte correto das embalagens.[54]

Também utilizando das embalagens de cápsulas descartadas em âmbito internacional, de acordo com informações do Site Global da Nestlé, foi elaborada uma bicicleta chamada RE: CYCLE, em parceria com o fundador da Vélosophy, Jimmy Östholm. Produzida com 300.000 cápsulas de café Arpeggio recicladas para serem usadas na estrutura de 1.000 bicicletas, foram necessários dois anos de trabalho, com a parceria das duas marcas e aplicando a ciência e tecnologia usadas em foguetes, oferecendo assim uma "segunda vida" para o alumínio derivado das cápsulas, tudo em função de incentivar a reciclagem, contribuir para uma economia circular, com o compromisso da empresa de agir sobre as mudanças climáticas, a construção de um negócio sustentável e ecologicamente correto.[55] Parceria anterior foi realizada entre a Nespresso e à Caran d'Ache com a finalidade de criar uma caneta única, amiga do meio ambiente com o uso das cápsulas de café usadas, seguida da parceria com a Victorinox, na produção de uma edição limitada do canivete suíço Pioneer, criando ainda um descascador de vegetais com as cápsulas roxas do Arpeggio Grand Cru.[56]

Entre outras práticas de implementação da logística reversa na empresa estão a de zero resíduo e zero água. A primeira, refere-se à fábrica da Purina, localizada em Ribeirão Preto (SP), responsável pela produção de ração animal, e que envia para empresas de reciclagem fiscalizadas pela Nestlé todos os resíduos de sua produção, o que inclui embalagens dos produtos vencidos, dos que tiveram que ser reembalados, final da bobina do plástico e caixas de fornecedores. Os demais materiais sólidos que não vão para o processo de reciclagem são

[53] **Upcycling com Nespresso**: Uma vida após a morte para cápsulas de café. Disponível em: https://www.nestle.com/stories/pen-made-from-recycled-nespresso-capsules. Acesso em: 16 de out. de 2020.

[54] Op.cit

[55] Op.cit.

[56] Op.cit

transformados em combustíveis alternativos e usados em cimenteiras, fazendo o controle de emissão de gases poluentes, com incorporação das cinzas ao cimento. Com isso 100% do material sólido gerado em sua produção tem destinação correta, deixando de serem enviados de acordo com informações constantes no site da empresa, cerca de 88 toneladas de resíduos sólidos aos aterros sanitários desde o ano de 2015. "Essa atitude da Nestlé influencia a criação, manutenção e expansão de outros negócios relacionados à reciclagem, contribuindo também para o desenvolvimento de outras indústrias, como de coprocessamento e compostagem, gerando empregos e renda."[57]

A iniciativa de zero água, diz respeito ao uso de água de reuso para o funcionamento de toda uma fábrica, sem retirar esse recurso da natureza. Existe, no Brasil, apenas duas fábricas com esse tipo de funcionamento, ambas da Nestlé, uma situada em Montes Claros (MG) com a produção das cápsulas Nescafé Dulce Gosto. A água é obtida a partir do leite, por meio do processo de produção de leite condensado na Fábrica de Leite Moça, localizada ao lado da fábrica de cápsulas de café. Essa estratégia possibilita que com o aquecimento do leite e sua consequente evaporação, o vapor seja condensando e volte a seu estado líquido novamente, gerando água de reuso suficiente para manter ao toda as duas fábricas funcionando. Igual processo de retirada da água do leite é feito na fábrica de Palmeiras das Missões (RS), que prepara o leite recebido dos fornecedores e o remete à fábrica de Carazinho, no mesmo estado, para a produção de produtos lácteos, a água de reuso tratada é utilizada na limpeza e no processo de resfriamento por exemplo. Utilizando a água de reuso em suas empresas, a Nestlé deixou de extrair da natureza cerca de 680 milhões de litros de água, referente ao ano de 2017, quantidade passível de abastecer uma cidade com 12.000 habitantes.[58]

Até o ano de 2019, a Nestlé alcançou a marca de 87% do total de suas embalagens a serem recicláveis ou reutilizáveis, reafirmando assim o compromisso assumido em atingir 100% até o ano de 2025, na busca de um futuro sem resíduos, utilizando-se da logística reversa para impedir que as embalagens de seus produtos sejam descartadas em aterros sanitários e acabem chegando aos mares, oceanos

[57] **Zero Resíduo**. Disponível em: https://www.nestle.com.br/proposito/planeta/historias/fabrica-da-purina-da-destino-certo-para-100-do-material-solido. Acesso em: 16 de out. de 2020.

[58] **Zero água**. Disponível em: https://www.nestle.com.br/proposito/planeta/historias/fabrica-da-nestle-funciona-100-com-agua-de-reuso. Acesso em 15 de out. de 2020.

e rios, prejudicando o meio ambiente como um todo.[59] Com as iniciativas citadas, transformando cápsulas de café feitas de alumínio em bicicletas, canetas, canivetes, descascadores de vegetais, porta objetos, tubetes para o plantio de mudas de café, dando destinação correta a 100% dos resíduos produzidos por uma de suas fábricas e gerando água de reuso a partir do leite evitando extrair esse recurso da natureza, a Nestlé está no caminho de alcançar a efetiva reciclagem, sustentabilidade e minimizar ao máximo os impactos negativos sobre o meio ambiente por meio dessas ações positivas ambientais.

[59] **Nossa visão e compromissos**. Disponível em: https://www.nestle.com/csv/global-initiatives/zero-environmental-impact/packaging-plastic-pollution/vision-commitments. Acesso em: 15de out. de 2020.

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi realizar um estudo acerca das implicações nas questões ambientais causadas com o desenvolvimento e do consumismo, incluindo a responsabilidade e a preocupação das empresas frente à degradação ao meio ambiente e o possível esgotamento dos recursos naturais ao longo dos anos, diante das transformações do Estado Moderno.

Conforme o pensamento do sociólogo Zygmunt Bauman, foi possível compreender que a principal característica da modernidade liquida é derreter os sólidos que ela recebe. Isso quer dizer que as Estruturas são dissolvidas, tudo está em constante transformação e nada mais é feito para durar. O que ficou nítido, com o olhar da Obsolescência Programada, é como as indústrias têm trabalhado de forma planejada ao longo dos anos, não se atentando ao pós-consumo.

Para a construção de uma consciência mais ecológica foram realizadas diversas conferências pela ONU (Organização das Nações Unidas), em que o meio ambiente passou a ser tema de total importância e relevância na esfera mundial, surgindo assim uma maior preocupação com sua degradação, e um possível esgotamento de seus recursos naturais, pois a terra não possui recursos suficientes para tornar compatível ao nosso desenvolvimento. Com isso, compreendemos, inclusive, que para uma empresa ser Sustentável faz-se necessário observar que outros problemas estão ligados diretamente ao meio ambiente e precisam ser solucionados, e que são os três pilares essenciais do Desenvolvimento Sustentável, no âmbito Ambiental, Financeiro e Social.

Com a Política Nacional de Resíduos Sólidos foi possível compreender que implantar o sistema de Logística Reversa nas empresas é uma forma de demonstrar que ela se preocupa em atender a legislação de modo eficiente, a fim de preservar os recursos naturais, e promover uma conscientização da coletividade, influenciando fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes a assumirem uma postura socioambiental responsável, pois são considerados responsáveis pelos resíduos sólidos por eles produzidos.

O que repercute diretamente em matéria de Função Social diante das transformações do Estado Moderno, ficando nítido que o papel da empresa deve ser ampliado, e merece atenção do Direito, quanto à questão da Sustentabilidade, pois ela tem ligação como o Princípio da Solidariedade Social o que caracteriza a Função Social da Empresa.

A Logística Reversa proporciona vantagens competitivas para a organização em termos financeiros, uma vez que, reduz os custos das embalagens, e também estará fortalecendo a sua marca ao implementar um projeto que visa respeitar o meio ambiente, com o fim de atingir um resultado sustentável, com essa conscientização do reaproveitamento dos produtos por meio de um processo de reciclagem, ou então um fim adequado de maneira que não agrida a natureza. Pois além de ser um projeto oneroso é também um projeto de retorno a longo prazo, com intuito de que as empresas tenham uma preocupação voltando-se às ações que diminuam os impactos causados ao meio ambiente.

Essas considerações não permitem afirmar terem sido confirmadas todas as hipóteses, pois, por meio da pesquisa realizada ficou evidente que as empresas chegam a relatar a importância do Desenvolvimento Sustentável, porém a maioria não possui políticas efetivas de implantação da Logística Reversa. A construção de preservação de Recursos Naturais passa por eficientes Políticas Públicas, mas é necessário estímulo, pois faltam estratégias empresariais que realmente se preocupem com o pós-consumo e apliquem de forma efetiva, para que os resíduos retornem a cadeia produtiva.

REFERÊNCIAS

7 soluções inovadoras em logística reversa que você precisa saber. VG Resíduos, 2019. Disponível em: https://www.vgresiduos.com.br/blog/7-solucoes-inovadoras-em-logistica-reversa-que-voce-precisa-saber/ Acesso em: 15 de out de 2020.

A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS: Como o Brasil lida com o lixo? Politize, 2018. Disponível em https://www.politize.com.br/politica-nacional-de-residuos-solidos/ Acesso em: 15 de out de 2020.

A SUSTENTABILIDADE SOB O VIÉS DAS EMPRESAS: da necessidade real de implementação à oportunidade de negócios no mundo do trabalho. Disponível em: https://faculdadesenacpe.edu.br/encontro-de-ensino pesquisa/2011/IV/anais/comunicacao/007_2010_ap_oral.pdf. Acesso em: 13 out. 2020.

ALVARENGA, Telma. **Coca-Cola Brasil se une a outras instituições para dar** suporte a catadores de materiais recicláveis durante a pandemia. Disponível em: https://www.cocacolabrasil.com.br/historias/coca-cola-brasil-suporte-catadores-materiais-reciclaveis-durante-pandemia Acesso em 16 out.2020

BASÍLIO, Márcio Pereira. **Tempos Líquidos. BAUMAN, Zygmunt. Tempos líquidos. Tradução Carlos Alberto Medeiros**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. Scielo. Sociologias no.23, p. 01-12 Porto Alegre Jan./Apr. 2010. ISSN 1517-4522. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/soc/n23/16.pdf Acesso em: 14 out. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BEZZERRA, Juliana. Toda Matéria. **Fordismo**. Disponível em https://www.todamateria.com.br/fordismo/ . Acesso em: 12 out.2020.

BRASIL. **Coca-Cola Brasil cria fundo para comunidades de baixa renda**. Disponível em https://www.cocacolabrasil.com.br/imprensa/release/coca-cola-brasil-cria-fundo-para-comunidades-de-baixa-renda Acesso em: 16 out. 2020

BRASIL. **Lei Constituição Federal, Título VIII, Capitulo VI, Do Meio Ambiente**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_26.06.2019/art_225_.asp#:~:text=225.,as%20presentes%20e%20futuras%20gera%C3%A7%C3%B5es. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

BRITO, Ana Fátima de; VIEIRA, Claudia Simone. **Resenha do livro**: Modernidade Líquida. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-90/resenha-do-livro-modernidade-liquida/. Acesso em: 10 out. 2020.

Capital Humano, Departamento de Ação Regional. Disponível em: https://apps.fiesp.com.br/CapitalHumano/(S(3ttfxcwovxgepeljbr3iiyat))/DadosSocioEconomicos/InformacoesSetor.aspx?t=1 Acesso em: 17 de out. 2020

CERQUEIRA, Francisco Wagner de. **Eco-92**. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/geografia/eco-92.htm . Acesso em 15 de outubro de 2020.

CERQUEIRA, Francisco Wagner de. **Rio+10**. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/geografia/rio-10.htm. Acesso em 15 de outubro de 2020.

CMMAD – Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. **Nosso Futuro Comum**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1991, p. 9.

COHEN. Marina. Valorizando **a economia circular e atenta às necessidades do consumidor**, Del Valle lança primeiras embalagens retornáveis de refrescos do país. Disponível em: https://www.cocacolabrasil.com.br/historias/del-valle-lanca-primeiras-embalagens-retornaveis-de-refresco-do-pais . Acesso em: 16 out. 2020.

Como Política Nacional de Resíduos Sólidos influencia o meu negócio? VG Resíduos, 2020. Disponível em https://www.vgresiduos.com.br/blog/como-politica-nacional-de-residuos-solidos-influencia-o-meu-negocio/ Acesso em 15 de out de 2020.

Conferência Rio-92 sobre o meio ambiente do planeta: desenvolvimento sustentável dos países. Disponível em: http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-rio-92-sobre-o-meio-ambiente-do-planeta-desenvolvimento-sustentavel-dos-paises.aspx. Acesso em: 15 out. 2020.

CORBELLINI, Gisele. **A Evolução do Direito Ambiental e a Sua Definição no Brasil**. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7282/Evolucao-historica-do-Direito-Internacional-do-Meio-Ambiente. Acesso em: 15 out.2020.

COSTA, Shirlei Martins; BRITO, OSVALDO PAES. **Logística Reversa**: Geração de emprego e renda com a coleta seletiva do lixo na cidade de Londrina-PR. Disponível em <https://www.inesul.edu.br/coordenadorias/arquivos/ine_1173735828.pdf > Acesso em 15 out.2020.

COSTA, Shirlei Martins; BRITO, OSVALDO PAES. **Logística Reversa**: Geração de emprego e renda com a coleta seletiva do lixo na cidade de Londrina-PR. Disponível em <https://www.inesul.edu.br/coordenadorias/arquivos/ine_1173735828.pdf > Acesso em 15 out.2020.

DORNIER, P. et al. **Logística e operações globais**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 39

Embalagens 100% recicláveis ou reutilizáveis até 2025. Disponível em: https://www.nestle.com.br/proposito/planeta/historias/a-nestl%C3%A9-quer-tornar-todas-as-suas-embalagens-100-recicl%C3%A1veis-ou-reutiliz%C3%A1veis-at%C3%A9-2025. Acesso em: 16 de out. de 2020.

FRAGA, Alexandre Barbosa. **Da rotina à flexibilidade**: análise das características do Fordismo fora da indústria. Rev. Habitus, Vol. 03, n. 01, p.01-09, 2005. Disponível em: https://revistas.ufrj.br/index.php/habitus/article/view/11266 Acesso em: 13 out.2020.

Isis, L.C.B.S. B. **Logística Reversa**. Grupo A, 2019. 9788595027022. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595027022/ Acesso em: 14 de out de 2020.

Lei Nº 12.305, De 2 De Agosto De 2010. Planalto, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l1230.htm Acesso em: 14 de out de 2020.

Logística reversa. Disponível em: https://cetesb.sp.gov.br/logisticareversa/logistica-reversa/contexto-legal-da-logistica-reversa-em-sao-paulo/. Acesso em: 16 de out. 2020.

MAGALHÃES, Lana. **Conferência de Estocolmo**. Disponível em: https://www.todamateria.com.br/conferencia-de-estocolmo/. Acesso em: 15 out. 2020.

MAGALHÃES, Lana. Rio+10. Disponível em: https://www.todamateria.com.br/rio-10/. Acesso em: 15 de out. de 2020.

NAIME, Roberto. **A sustentabilidade segundo Lester Brown, Parte 1/2**. Disponível em:https://www.ecodebate.com.br/2019/10/08/a-sustentabilidade-segundo-lester-brown-parte-1-2-artigo-de-roberto-naime/. Acesso em: 13 out. 2020.

Nossa visão e compromissos. Disponível em: https://www.nestle.com/csv/global-initiatives/zero-environmental-impact/packaging-plastic-pollution/vision-commitments. Acesso em: 15 de out. de 2020.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direito ambiental**. Direito Ambiental Internacional. 2.ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: método 2017. ISBN: 978-85-309-7566-1.

OLIVEIRA, Larissa Pascutti de. **Zygmunt Bauman**: a sociedade contemporânea e a sociologia na modernidade líquida. Sem Aspas, Araraquara, v. 1, n. 1 p. 25-36, 1º semestre de 2012. ISSN: 2358-4238. Disponível em: < https://periodicos.fclar.unesp.br/semaspas/article/view/6970/4996> Acesso em: 13 out. 2020.

Panorama Dos Resíduos Sólidos No Brasil 2018/2019. Disponível em: file:///C:/Users/Ang%C3%A9lica/Downloads/PanoramaAbrelpe_-2018_2019.pdf. Acesso em: 16 de out.2020.

Pela sustentabilidade. Disponível em: https://www.nestle.com.br/proposito/planeta/historias/nestle-esta-entre-as-empresas-mais-sustentaveis-do-mundo. Acesso em: 15 de out. de 2020.

Política Nacional de Resíduos Sólidos. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: https://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos/politica-nacional-de-residuos-solidos.html Acesso em 14 de out de 2020.

PONTES, Fernando; FREDERICO, Tavares Augusto. **O CONSUMO DA NATUREZA**: A IDENTIDADE PRÊT-À-PORTER ECOLOGICAMENTE CORRETA. Cadernos Zygmunt Bauman, vol. 5, n. 9, p. 59-77. 2015. ISNN: 2236-4099.

PORFÍRIO, Francisco. **Modernidade Líquida**. Mundo educação. Disponível em: https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/modernidade-liquida.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

PRS. Portal Resíduo Sólido. Disponível em: https://portalresiduossolidos.com/situacao-atual-dos-rs-no-brasil/. Acesso em: 16 de out.2020.

Reimaginando, repensando e reciclando nossas embalagens: Reduzir a poluição do plástico requer uma estratégia multifacetada. Disponível em: https://www.nestle.com/stories/reimagining-rethinking-recycling-our-packaging. Acesso em: 15 de out. de 2020.

RELATÓRIO DE SUSTENTABILIDADE. Coca-Cola Brasil.2019. P.25 Disponível em https://www.cocacolabrasil.com.br/content/dam/journey/br/pt/private/pdfs/relatorio-de-sustentabilidade-2019.pdf Acesso em: 15 out.2020.

RIO+20. Disponível em: http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html . Acesso em: 15 out. 2020.

RODRIGUES, **Logística Reversa** – Conceitos e Componentes do Sistema. Gávea – RJ, 2002.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. **Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo**. Scientia Iuris, Londrina, v. 20, n. 1, p.119-143, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p119. ISSN: 2178-8189.

SANTOS, Guilherme Ferreira; SILVA, Otávio G. da. **Conceito de "modernidade líquida"**: revisão teórica e implicações para a prática de vida. Cadernos Zygmunt Bauman, vol. 3, n. 5, p. 40-61. 2012. ISNN: 2236-4099.

Sistemas de Logística Reversa e Embalagens em Geral. Disponível em: https://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/sistema-de-logistica-reversa-de-embalagens-em-geral/. Acesso em 17 de out. 2020.

TADEU, Hugo Ferreira Braga et al. **Logística reversa e sustentabilidade**. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

Upcycling com Nespresso: Uma vida após a morte para cápsulas de café. Disponível em: https://www.nestle.com/stories/pen-made-from-recycled-nespresso-capsules. Acesso em: 16 de out. de 2020.

WEDY, Gabriel. **A evolução do Direito Ambiental e a sua definição no Brasil**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mar-23/ambiente-juridico-evolucao-direito-ambiental-definicao-brasil. Acesso em: 15 de out. De 2020.

WOOD, JR. Thomaz. **Fordismo, Toyotismo e Volvismo: os caminhos da indústria em busca do tempo perdido**. Scielo. Rev. adm. empres. vol.32 n.4. pg. 08-18. São Paulo Sept./Oct. 1992. Disponível em: < https://www.scielo.br/pdf/rae/v32n4/a02v32n4.pdf> Acesso em 12 out. 2020.

Zero água. Disponível em: https://www.nestle.com.br/proposito/planeta/historias/fabrica-da-nestle-funciona-100-com-agua-de-reuso. Acesso em 15 de out. de 2020.

Zero Resíduo. Disponível em: https://www.nestle.com.br/proposito/planeta/historias/fabrica-da-purina-da-destino-certo-para-100-do-material-solido. Acesso em: 16 de out. de 2020.

Uma Abordagem Jurídica da Regulamentação e Implementação das Novas Normas de Rotulagem de Alimentos Embalados para Adequação Industrial

Amanda Zanca Menezes

Camila Caroline de Lima Gaudencio da Silva

Larissa Pereira Marques

Sandro Marcos Godoy

INTRODUÇÃO

A discussão a respeito de uma informação nutricional mais adequada e clara ao consumidor teve início em meados dos anos 2000, momento em que a OMS (Organização Mundial de Saúde) começou a incentivar as pessoas a se importarem com tal assunto através de campanhas de conscientização. Deste modo, a OMS começou a impor aos países membros que desenvolvessem formas e estratégias que tornem as escolhas dos alimentos saudáveis mais fáceis de serem feitas pelos consumidores, sejam eles informados ou leigos no assunto, e desta maneira foi incentivada a inserção de advertências dos ingredientes mais prejudiciais à saúde na parte frontal dos rótulos de alimentos embalados.

Os ingredientes taxados para advertência são o açúcar, o sódio e as gorduras saturadas, por que eles são os maiores responsáveis por diversas doenças se ingeridos em altas quantidades, como por exemplo, diabetes, hipertensão, obesidade, cancro e doenças cardiovasculares.

Em 2014 a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) criou um grupo de trabalho referente a esse tema onde diversos setores da sociedade tiveram participação, porém os resultados apareceram e foram divulgados apenas no ano de 2018, onde foram identificados o baixo nível de conhecimento nutricional, a dificuldade de visibilidade, grafia complexa impedindo a leitura e o entendimento das informações prestadas, e a ausência de informações claras sobre o que são os ingredientes, por que por exemplo a maltodextrina que é açúcar com um alto índice glicêmico e que nem todas as pessoas sabem.

A partir deste ponto a ANVISA iniciou a busca por formas de lidar e eliminar esses problemas, através de análises e propostas para aperfeiçoar as informações nutricionais.

O primeiro País da América Latina a adotar o sistema de advertência recentemente foi o Equador, lá não foi decretado um lado certo para ser colocado a tal advertência, pode ser tanto na frente ou atrás do produto.

Dentre vários modelos, o mais incentivado foi o semáforo nutricional, que é um dos modelos de rotulagem para alimentos embalados que foi adotado inicialmente em alguns países do Reino Unido, e tem se multiplicado pelos países inclusive na América Latina, como, Chile, Peru, Uruguai e o mais recente foi o México. Este modelo de rotulagem associa a imagem já conhecida do semáforo de trânsito, à quantidade de açúcar, sal, gorduras e gorduras saturadas, utilizando as cores

padrão: vermelha para alimentos que contêm nível alto desses nutrientes, amarelo para os que contêm em nível médio e verde para os que contêm em nível baixo.

Este modelo de rótulo tem por objetivo facilitar a compreensão do consumidor sobre tais nutrientes, de forma a promover agilidade e melhor visibilidade na escolha do produto que irá consumir, de acordo com a sua necessidade, diverso do modelo de rótulo atual que há no setor produtivo onde as informações nutricionais são apresentadas de modo que dificulta a interpretação utilizando porções que não são usadas no cotidiano comum.

No começo a ideia foi bem aceita pela maioria, até que com o tempo notou-se que certos produtos acabaram sendo "discriminados" por, na maioria das vezes, focar nos pontos negativos dos produtos, por isso algumas empresas se declararam contra o semáforo nutricional, alegando que isso pode acabar desinformando os clientes, pois não há nenhum espaço para que as empresas emitam um esclarecimento de forma clara qual o real intuito do semáforo.

Pela falta de iniciativa no Brasil, este método não está sendo utilizado e continua em discussão, mesmo com várias argumentações das autoridades da saúde alegando que é de extrema necessidade para adequar a dieta moderna e que desta forma as pessoas tenham acesso as informações mais fáceis e simples do que consumir ou não.

O presente trabalho se baseia em pesquisas bibliográficas e referencias teóricos e observação dos resultados obtidos pelos países adotantes do método, apresentando seus benefícios e malefícios para os consumidores, setor industrial e até para o Estado, por conta das modificações que serão postas para a implementação da medida.

UM PANORAMA GERAL SOBRE INFORMAÇÕES NUTRICIONAIS NO BRASIL

O atual artigo visa esclarecer o assunto e identificar que a implementação da advertência nos rótulos de alimentos embalados nacionais não prejudique as partes que estão envolvidas no processo.

A apresentação do rotulo ao consumidor atualmente é localizada na parte traseira ou lateral do produto, sem destaque, utilizando uma linguagem técnica e complexa com letras em tamanho pequeno e com contraste inadequado que causa confusão na interpretação.

É de extrema importância nos tempos atuais que haja conhecimento do que se é consumido, uma vez que está é a era da informação, ademais várias pesquisas ao longo dos anos indicam a crescente preocupação do consumidor com o produto que está consumindo e também levando para seus lares e fazendo com que suas famílias também consumam, desta forma o assunto tem total relevância para elevação da qualidade de vida e qualidade na alimentação possibilitando uma escolha consciente.

Diante o cenário atual no qual há em enfrentamento pandêmico causado pelo vírus Covid-19, é importante analisar todos os ângulos e partes envolvidas no que tange a nova norma nutricional, que são primordialmente as indústrias fabricantes de alimentos, os fabricantes das embalagens, produtores de matéria prima e os consumidores, a incitar soluções para que haja equilíbrio entre todos os setores envolvidos.

É comum que até o presente momento as empresas tenham certas dúvidas quanto ao assunto rotulagem de advertência, tendo em vista que até então o sistema é um tanto quanto desconhecido no Brasil, e o que há para espelhamento são as maneiras como foram adotados em outros países.

A advertência anexa aos rótulos é um sistema que está em constante expansão entre os consumidores, tornando-se cada vez mais conhecido e reivindicado.

Há alguns anos existem diversos modelos circulando em vários veículos de comunicação afim de identificar os índices dos ingredientes que podem ser prejudiciais à saúde humana.

Existe uma discussão acerca de vários modelos, que são: o semáforo, já citado acima, o triângulo e a lupa, abaixo estão, em anexo, imagens para exemplificar.

Imagem 01: Modelo triângulo

Fonte: IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.<https://idec.org.br/idec-na-imprensa/efetividade-das-advertencias-nos-rotulos-de-alimento>

Imagem 02: Modelo lupa.

Fonte: O joio e o trigo < https://ojoioeotrigo.com.br/2018/05/anvisa-se-posiciona-favor-de-alertas-em-alimentos-ultraprocessados/>

Imagem 03: Modelo semáforo

Fonte: Prato Certo <https://www.pratocerto.pt/uploads/fotos_artigos/images/descodificador-de-rotulos-a4_4.jpg>

Imagem 04: Exemplo real do semáforo

Fonte: Continente https://www.continente.pt/stores/continente/pt-pt/public/Pages/ProductDetail.aspx?ProductId=4898365(eCsf_RetekProductCatalog_MegastoreContinenteOnline_Continente)

Os variados modelos são discutidos desde que se instaurou como prioridade tal pauta, e até então o modelo que ganhava maior destaque entre todos era o semáforo, por que seria este o modelo ideal que ajudaria a compreensão do consumidor do que iria ingerir ao consumir tal alimento de forma mais visível e objetiva.

Reforçando isso, há uma campanha mobilizada por um grupo de entidades, são elas: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), representada pelo Núcleo Interdisciplinar de Prevenção de Doenças Crônicas na Infância (Prevenção UFRGS) e Departamento de Nutrição; Hospital de Clínicas de Porto Alegre (HCPA), Conselho Regional de Medicina (CREMERS), Associação Gaúcha de Nutrição (AGAN) e Conselho Regional de Nutricionistas da 2ª Região (CRN-2), com a proposta de incitar a população a participar e cobrar da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, para que reivindiquem a instauração de consulta pública para dar obrigatoriedade às indústrias alimentícias a incluírem o modelo de advertência na parte frontal dos rótulos de embalagens, bem como também uma tabela nutricional com a porção em quilogramas e mililitros mais adequada a realidade do consumidor e deste modo facilitar a compreensão e visibilidade de todos ingredientes adicionados. Assim como esta, surgiram desde o início do tema muitas mobilizações para pedir que a ANVISA regulamentasse o assunto.

Ocorre que durante o período de elaboração deste artigo a ANVISA não só fez a consulta pública como também já definiu as novas regras de rotulagem dos alimentos, vejamos no próximo tópico como funcionará.

A NOVA REGULAMENTAÇÃO DE RÓTULOS DE ACORDO COM A ANVISA

Em 07 de outubro de 2020 a ANVISA publicou em seu site oficial que foi aprovada a nova regulamentação dos rótulos de alimentos industrializados, sendo promulgada no dia 09 de outubro de 2020.

Considerada a principal mudança inovadora, a rotulagem frontal das embalagens por ser o primeiro contato visual do consumidor com o produto, nesta alteração a intenção da norma é esclarecer de pronto a quem for adquirir tal produto o que o mesmo contém de nutriente adicionado à sua composição em grande quantidade, e deve estar localizado na parte superior e frontal do produto, chamado de, modelo lupa, ele será apresentado de acordo com quantos ingredientes compõem o produto de acordo com a imagem anexada abaixo.

Imagem 05: Modelo definido

Fonte: ANVISA https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/aprovada-norma-sobre-rotulagem-nutricional>

A tabela de informação nutricional também sofreu alterações, anteriormente a tabela era apresentada com letras em cores variadas, assim como o fundo que sobrepunha a tabela era geralmente na cor da própria embalagem, causando ao consumidor confusão ao tentar decifrar as informações ali expressas, a nova tabela trará obrigatoriamente as letras na cor preta e o fundo em branco, para eliminar essa dificuldade na visibilidade e legibilidade das informações.

Outra alteração na tabela é a porção de medida, que era variava de produto para produto em mililitros e quilogramas, o novo modelo padroniza essa questão, colocando as porções em 100 mililitros e 100 quilogramas, para proporcionar ao consumidor facilidade ao comparar os produtos e também a quantidade de porções por embalagens, inclusive essa foi uma questão muito incitada pelos consumidores na consulta pública realizada, pois era altamente difícil adequar as medidas da embalagem para sua realidade de consumo.

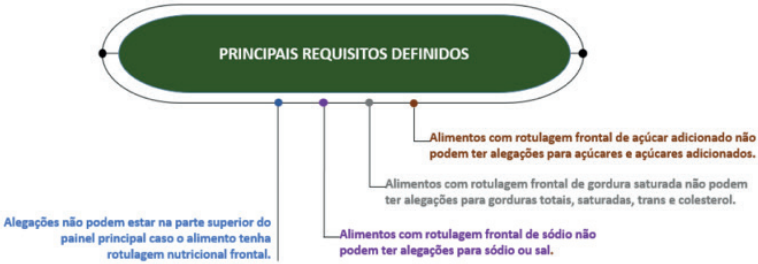
Além dessas alterações a tabela deverá ficar próxima a lista de ingredientes e deverá ser apresentada de forma contínua, não sendo permitida ocorrer quebras na tabela, também não poderá ser anexada em áreas de lacre ou que sejam encobertas, deformadas, dobradas e qualquer posicionamento que dificulte ou impossibilite o consumidor de visualiza-la, há uma única exceção que será aplicada aos produtos cujo rótulo seja inferior a 100cm², neste caso a tabela poderá ser apresentada em áreas encobertas, desde que seja mantida e acessibilidade a ela. Abaixo a imagem exemplifica o anteposto.

Imagem 06: Informação Nutricional

Fonte: ANVISA https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/aprovada-norma-sobre-rotulagem-nutricional>

Mais uma alteração ocorreu quanto às alegações, que seguem regras para sua declaração, e nesse quesito, as principais alterações que foram definidas ocorreram para que não haja contradições e/ou confusões com a rotulagem frontal, e são elas:

Imagem 07: Alegações

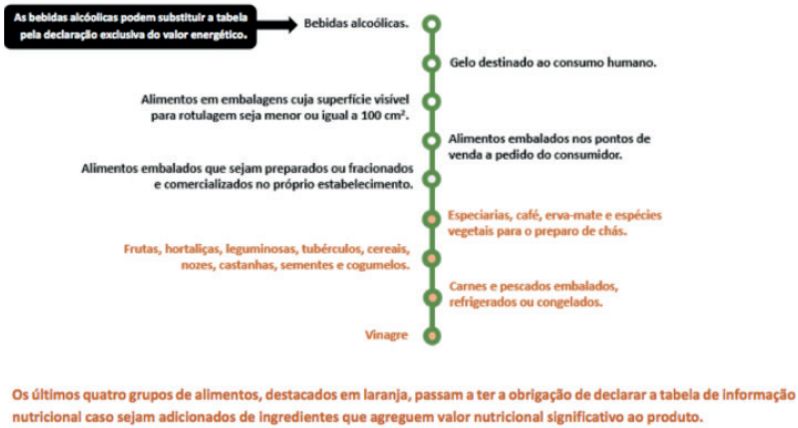


Fonte: ANVISA <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/aprovada-norma-sobre-rotulagem-nutricional>

Quanto às bebidas alcoólicas, elas serão uma exceção, podendo apresentar apenas o valor energético de seu conteúdo, águas envasadas também não terão a obrigatoriedade de apresentação da tabela nutricional por possuírem regras específicas para declarar seus constituintes, bem como outros produtos que gozarão de tal voluntariedade.

Abaixo há uma imagem expositiva dos produtos em que a tabela nutricional é voluntária.

Imagem 08: Apresentação Voluntária



Fonte: ANVISA < https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/perguntas-e-respostas-rotulagem-nutricional>

Para encerar o tópico, há que se pontuar o fator prazos que foram estipulados para que as indústrias se adequem à nova norma.

A título de esclarecimento, a ANVISA publicou em seu site oficial que a nova norma ainda seria publicada no Diário Oficial da União por meio de uma RDC - Resolução de Diretoria Colegiada e de uma IN – Instrução Normativa, e vigorará após 24 meses de sua publicação.

O site elenca como serão aplicados os prazos para alimentos já embalados, alimentos a vencer cujos rótulos estão no padrão que até então é utilizado, diz assim:

> Os produtos que se encontrarem no mercado na data da entrada da norma em vigor terão, ainda, um prazo de adequação de 12 meses.
>
> No entanto, os produtos que forem destinados exclusivamente ao processamento industrial ou aos serviços de alimentação deverão estar adequados já a partir da entrada em vigor do regulamento, de forma a garantir que os fabricantes tenham acesso às informações nutricionais das matérias-primas e ingredientes alimentares utilizados em seus produtos.
>
> Os alimentos fabricados por empresas de pequeno porte, como agricultores familiares e microempreendedores, também possuem um prazo de adequação, mas de 24 meses após a entrada em vigor, totalizando 48 meses no total. Para as bebidas não alcoólicas em embalagens retornáveis, a adequação não pode exceder 36 meses após a entrada em vigor da resolução.
>
> Ressalta-se que os produtos fabricados até o final do prazo de adequação poderão ser comercializados até o fim do seu prazo de validade.
>
> Como os regulamentos se aplicam a praticamente todos os alimentos embalados, os prazos acima são necessários e adequados para as empresas de alimentos realizarem os ajustes em seus produtos, bem como para o setor público organizar ações orientativas e educativas, além de estruturar a fiscalização. (ANVISA, 2020)

Tendo sabido de todo anteposto, buscam-se maneiras econômicas e simplórias para que haja uma ágil adequação das indústrias quanto à recente norma e ao fim dos determinados prazos não arquem com as sanções no caso de descumprimento desta nova regulamentação.

COMPORTAMENTO POPULACIONAL A RESPEITO DA QUALIDADE DE NUTRIENTES DIÁRIAS E FORMAS DE CONSUMO.

No dia 06 de abril de 2020, as autoras do presente trabalho instauraram um formulário on-line para pesquisa de mercado, afim de ampliar a sapiência no que se diz respeito às rotinas alimentícias dos indivíduos.

Seguindo o panorama, os resultados transparecem as rotinas de alimentação. A partir deste prisma, possibilitou-se uma análise da preocupação das pessoas com o que ingerem quando consomem produtos industrializados.

No momento da elaboração deste formulário, o modelo de advertência visado era o semáforo nutricional, como citado no início deste artigo, então, a pesquisa menciona esse termo algumas vezes, porém não exclui a eficácia quanto ao modelo que foi aprovado, uma vez que o formulário traz questões formuladas de maneira abrangente, no que diz respeito à alimentação cotidiana.

Foi realizada uma pesquisa de mercado, na cidade de Marília-SP, com erro amostral de 3% e nível de confiança de 95%.

No total, 185 consumidores voluntários responderam ao formulário e a média das idades é dos 18 aos 55 anos, abaixo é ilustrado, mediante apresentação por gráficos e porcentagens, o conhecimento popular adquirido e suas opiniões sobre o assunto.

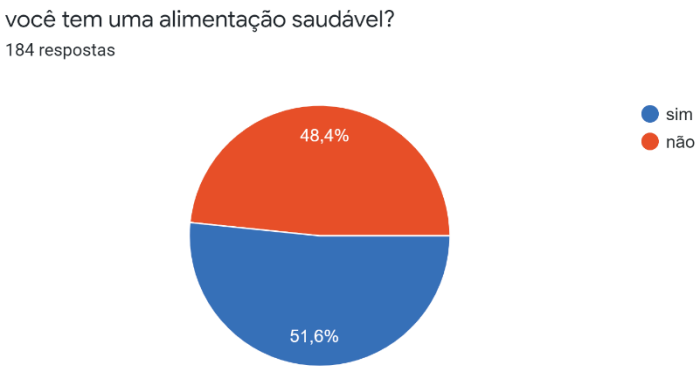
No que diz respeito ao conhecimento do que era semáforo nutricional, 92,4% informaram que não, nunca tinham ouvido falar sobre a modalidade, enquanto 7,6% afirmaram ter conhecido informações, conforme demonstra gráfico a seguir:

Gráfico 01

Fonte: Google Formulários < https://docs.google.com/forms/d/1a_EWzpDZkRfFaI1SJ9pZ9f0GnKEY6iRF7yCc3LLYU3E/edit#responses>

Quando questionados se seus hábitos alimentares eram saudáveis, 51,6% responderam que sim, em contrapartida, 48,4% responderam que não mantêm hábitos alimentares saudáveis, de acordo com o que aponta o gráfico a seguir:

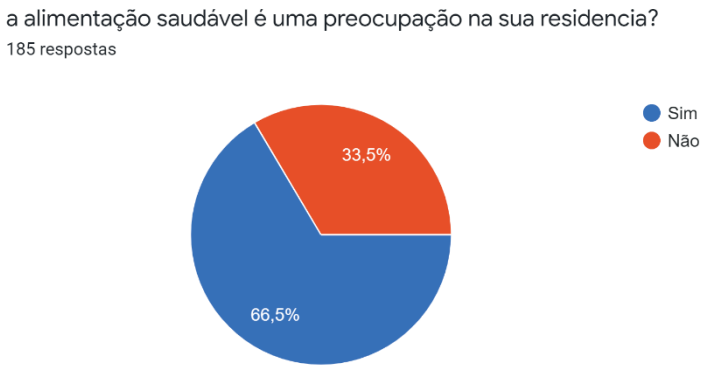
Gráfico 02



Fonte: Google Formulários < https://docs.google.com/forms/d/1a_EWzpDZkRfFaI1SJ9pZ9f0GnKEY6iRF7yCc3LLYU3E/edit#responses>

O próximo tópico foi incitado se a alimentação saudável é prezada nos respectivos lares, e afirmações positivas somaram 66,5%, enquanto as negativas somaram 33,5%, demonstrado no gráfico adiante:

Gráfico 03



Fonte: Google Formulários < https://docs.google.com/forms/d/1a_EWzpDZkRfFaI1SJ9pZ9f0GnKEY6iRF7yCc3LLYU3E/edit#responses>

A seguir, inquiriu-se sobre o quesito aplicabilidade de um rótulo em que os nutrientes detenham melhor expressividade explicativa. Nessa ocasião 96,2% do resultado foi positivo, restando apenas 3,8% que descartaram a viabilidade da proposta, conforme gráfico anexo:

Gráfico 04

Fonte: Google Formulários < https://docs.google.com/forms/d/1a_EWzpDZkRfFaI1SJ9pZ9f0GnKEY6iRF7yCc3LLYU3E/edit#responses>

Na penúltima questão, foram questionados se o novo modelo de rotulagem facilitaria a compreensão por parte dos consumidores a respeito do nutriente que compõe o produto que adquirem, e análise dos dados computados geraram um resultado 96,8% positivo e apenas 3,2% foram negativos, e adiante está o gráfico exemplificativo:

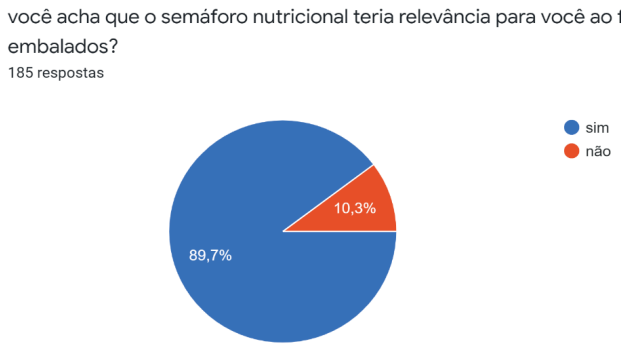
Gráfico 05

Fonte: Google Formulários < https://docs.google.com/forms/d/1a_EWzpDZkRfFaI1SJ9pZ9f0GnKEY6iRF7yCc3LLYU3E/edit#responses>

Põe fim, a pesquisa de mercado, uma indagação acerca da relevância do modelo de rotulagem ser mais discernente conforme efetuassem compras de alimentos embalados, e o desfecho foi de 89,7% dos inquiridos se posicionaram

positivamente enquanto meramente 10,3% responderam negativamente, demonstrado no gráfico infra anexo:

Gráfico 06



Fonte: Google Formulários < https://docs.google.com/forms/d/1a_EWzpDZkRfFaI1SJ9pZ9f0GnKEY6iRF7yCc3LLYU3E/edit#responses>

Conclui-se, ao analisar os dados gráficos supra anexos, que existe certa preocupação por parte dos consumidores sobre a alimentação cotidiana que detém, todavia não é um fato determinante, não desencadeando neuroses e abandono de hábitos alimentares corriqueiros, mas mantendo em proporções controladas, afim de que não acarrete complicações na saúde que pode resultar em diversas doenças.

PROPOSTAS SUGESTIVAS PARA ADAPTAÇÃO DA NOVA NORMA NUTRICIONAL

Embora seja permitido que as embalagens sem a advertência sejam comercializadas até o prazo final para estarem em uniformidade com a norma vigorada, as embalagens atuais já existentes em estoques podem ser utilizadas, sendo inserido, na parte frontal do rótulo, um adesivo autocolante e resistente com o modelo de advertência lupa que fora aprovado, e deste modo também antecipadamente apresentar uma breve informação sobre o adesivo aos consumidores, afim de se evitar que tal estoque seja despojado por ausência do modelo de advertência o que poderá causar desperdício de matéria prima e em contrapartida promover uma redução intrínseca de depredação do meio ambiente decorrente de todo material usado para confeccionar as embalagens, bem como seu descarte.

No mesmo sentido, dispor por meio de comunicação, seja via rádio, internet, televisivos e também na forma de panfletagem anexa às gôndolas dos produtos nos estabelecimentos de varejo, esclarecendo ao consumidor final que existe uma nova norma da ANVISA regulamentando as informações alimentícias e que com vistas a isto o setor industrial está, desde já, adequando-se a essa nova regulamentação em prol de um benefício comum.

Em um primeiro contato visual com a rotulagem de advertência, existe a possibilidade de que haja certo impacto desfavorável aos produtos, porém, algumas alterações auspiciosas podem ser feitas afim de que se reduza essa possibilidade.

Adereços nos rótulos, bem como, faixas flutuantes anexas apenas nas pontas em que a embalagem é selada são atrativas aos olhos dos consumidores, essa faixa poderá conter promoções com brindes ou artigos colecionáveis cativando o público infantil e juvenil.

A título de exemplificação, há infra anexa uma imagem do rótulo com conteúdo promocional.

Imagem 09. Rótulo Promocional

Fonte: Elma Chips <https://tazoselmachips.com.br/>

Pode-se, inclusive, inserir receitas culinárias que podem ser desenvolvidas com o produto sendo seu desígnio o público adulto.

E, subsequentemente, há o modelo com receita culinária impresso, inserida na parte traseira da embalagem, caso o conteúdo da receita seja breve, poderá ser anexado na parte lateral e até mesmo frontal do produto, desde que não encubra a advertência inserida na embalagem, o mesmo é aplicado quanto a informação nutricional onde quer que estejam impressas. No caso de a receita ser impressa na parte da traseira, pode-se incluir na parte frontal uma espécie de chamada de que no verso há uma receita culinária proporcionando certa curiosidade no leitor do rótulo.

Imagem 10. Rótulo com Receita Culinária 1

Fonte Pinterest <https://br.pinterest.com/pin/480337116506695769/>

É comum encontrar nos supermercados e estabelecimentos varejistas os chamados “combos” palavra originaria da língua inglesa do termo “combination”, que traduzindo à língua portuguesa significa combinação.

Tal ação utiliza um rótulo adicional juntando dois produtos diferentes. Essa modalidade também promocional pode oferecer vantagens de cunho oneroso econômico ao consumidor final, que ao adquiri-lo verá esse benefício já no primeiro contato visual.

A imagem inserida posteriormente exibe um exemplo deste modelo.

Imagem 11. Rótulo Combo

Fonte Trimais < https://www.trimais.com.br/344812-combo-refrigerante-coca-cola---refrigerante-fanta-laranja-2l/p>

Embora os rótulos contenham requisitos obrigatórios por força de lei, a apresentação e designer ficam a critério da indústria fabricante, proporcionando, assim, a possibilidade de personificar a embalagem.

O aproveitamento dos espaços da embalagem para destacar os nutrientes é uma funcionalidade a ser aplicada, desta forma ensejando ao consumidor que ali estão adicionados nutrientes vitamínicos, quantidade extra do produto consagrado pelo ramo comercial como "leve 2, pague 1", neste modo fomentando os bons nutrientes agregados ao produto.

Imagem 12. Rótulo Benéfico

Fonte: Marilan Alimentos < https://www.marilan.com/home/lev-biscoitos-integrais/lev-ameixa.html >

CONCLUSÃO

Foram analisadas duas vertentes sobre a aprovação e implementação de norma regulamentar sobre a clareza e precisão das informações nutricionais prestadas sobre os ingredientes e nutrientes que compõem os produtos industrializados.

No contexto abordado concernente à qualidade da alimentação atual e da necessidade e opinião dos consumidores sobre as preferências alimentares, em relação ao prisma de uma alimentação saudável, observou-se que a nova norma de regulamentação dos rótulos de produtos embalados e as informações nele contidas, bem como a quantidade de nutrientes que se ingeridos em demasiadas quantidades, pode acarretar complicações à saúde, devendo ser apresentadas ao consumidor em uma linguagem mais coloquial e com determinados padrões de impressão na tabela de informação nutricional e advertência frontal de que contém açúcar adicionado, sódio, e gorduras, afim de que comtemple uma melhoria de interesse social.

Quanto ao contexto industrial, que será demandado a possíveis prejuízos por questão de estocagem de embalagens e diminuição do consumo de determinados produtos que fabricam em decorrência do impacto da lupa de advertência na parte frontal desta embalagem, identificou-se uma oportunidade de ilibar a fidúcia dos consumidores referente aos produtos que oferta, uma vez que irá proporcionar a ele um controle maior do que ingere e o satisfará patenteando benefícios que, talvez, outrora, não tiveram oportunidade de perceber sobre as necessidades nutricionais, outrossim, proporcionar júbilo ao degustá-lo.

No tocante à contribuição do presente trabalho, deu-se na prerrogativa do assunto, que embora bastante discutido no ramo nutricional em que aconteceram várias mobilizações e manifestações de nutricionistas, engenheiros alimentícios e médicos, ainda havia muita incerteza sobre o assunto e cobrança para que a ANVISA adequasse as informações nutricionais a realidade do consumidor, postura essa adotada pela ANVISA que deliberou, em outubro desse ano, sobre a temática, que inclusive é defeso no Código de Defesa do Consumidor artigo 6º, inciso III, que incide diretamente sobre as relações de consumo, acolhe, se, então, a necessidade da aplicação na nova norma para que atenda aos aspectos jurídicos exigidos por lei.

REFERÊNCIAS

ANVISA Agencia Nacional de Vigilância Sanitária. **Relatório Preliminar De Análise De Impacto Regulatório De Rotulagem Nutricional**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/219201/219401/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_Relat%C3%B3rio+Preliminar+de+AIR+sobre+Rotulagem+Nutricional.pdf/899732a7-d21a-4b39-a0ce-bec1c8850297>. Acesso em 30 maio 2020.

ANVISA Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Relatório Preliminar de Análise de Impacto Regulatório sobre Rotulagem Nutricional.** Gerência-Geral de Alimentos. Brasília/DF, maio. 2018. Disponível em:< http://portal.anvisa.gov.br/documents/219201/219401/An%C3%A1lise+de+Impacto+Regulat%C3%B3rio+sobre+Rotulagem+Nutricional.pdf/c63f2471-4343-481d-80cb-00f4b2f72118>. Acesso 30 maio 2020.

ANVISA Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Perguntas e respostas: rotulagem nutricional.** Disponível em: https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/perguntas-e-respostas-rotulagem-nutricional. Acesso em 27 de outubro de 2020.

ANVISA Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Anvisa aprova norma sobre rotulagem nutricional.** Disponível em: https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/aprovada-norma-sobre-rotulagem-nutricional. Acesso em 27 de outubro de 2020.

ANVISA Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Rotulagem Nacional de Alimentos.** Disponível em: https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/aprovada-norma-sobre-rotulagem-nutricional/apresentacao-rotulagem-nutricional_19a.pdf. Acesso 21 de outubro de 2020.

Equipa Nutrição Continente. **Semáforo Nutricional.** Sonae Investimentos, SGPS, AS. 2012. Disponível em: <http://www.mobilizadores.org.br/wp-content/uploads/2014/12/semaforoNutricional.pdf>. Acesso em 16 de outubro 2020.

IDEC Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. **A Efetividade Das Advertências Nos Rótulos De Alimento.** Disponível em: <https://idec.org.br/idec-na-imprensa/efetividade-das-advertencias-nos-rotulos-de-alimento>. Acesso em 10 de agosto de 2020.

UFRGS Universidade Federal do Rio Grande do Sul. **Nova Rotulagem Nutricional de Alimentos Para o Brasil.** Disponível em: <https://www.ufrgs.br/novarotulagem/a-historia/> Acesso em 15 de setembro de 2020.

Parecer Jurídico – Suspensão de Distribuição de Insumos para o Tratamento de Diabetes

Larissa Raiane Prestes Souza

Rhayze Stange

Sandro Marcos de Godoy

INTRODUÇÃO

A motivação para a realização do presente estudo é a apresentar a medida jurídica necessária, para a solução do caso exposto ao grupo. A problemática em questão, trata-se que um determinado grupo de pacientes nos procurou na qualidade de advogados, apresentando a seguinte situação.

O Município no qual eles residem suspendeu a distribuição de insumos para tratamento de diabetes, porém, uma moradora já ingressou com uma ação contra o município e obteve ganho de causa, no qual o Município fora condenado a retomar o fornecimento da medicação de forma imediata, sobre pena de multa diária no valor de R$5.000,00, porém, esse grupo de 20 pessoas continuam tendo seus direitos violados.

Diante ao exposto, a medida mais adequada que consiga atingir a proteção do direito deste determinado grupo, seria impetrar uma AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

Vale ressaltar que para a propositura da ação existe um rol baste especifico em relação à legitimidade de quem possa impetrar tal ação, o que nos limita na qualidade de advogados. Desta forma, o que podemos fazer para atestar auxílio a este determinado grupo de pacientes, é o devido fornecimento de um PARECER TÉCNICO JÚRIDICO, explicando quais os próximos passos a serem tomados para a situação seja sanada da melhor maneira cabível.

PARECER JURÍDICO – SUSPENSÃO DE DISTRIBUIÇÃO DE INSUMOS - TRATAMENTO DE DIABETES

Parecer jurídico nº0000
Requerente: XXXXX

Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRATAMENTO DE DIABETES. SUSPENSÃO DE DISTRIBUIÇÃO DE INSUMOS.

I - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1. Consultam-nos os Srs. xxxxxxx, informando que o município no qual residem suspendeu a distribuição de medicamentos para tratamento de diabetes, medicamentos esses que foram obrigados por força Lei a distribuírem gratuitamente por parte dos Estados e Municípios.

2. Por tratar-se de tratamento de uma doença sem cura, pois uma vez diagnosticada, cabe ao paciente fazer o controle da glicemia, que pode ser feito em sua própria residência, desde que o paciente tenha acesso à devida medicação fornecida pelo S.U.S.

3. Hoje existe essa medição e os insumos para controle da doença na rede privada, porém, são considerados medicação de alto custo. Situação esta que virou discussão em 2010, entre o Conselho Federal de Medicina e o Governo Federal, em razão da doença ser bastante agressiva e não ter cura, a única forma de garantir o bem-estar dos pacientes, será mediante auto monitoramento.

O médico e na época Ministro da saúde, José Gomes Temporão enfatiza a necessidade deste auto monitoramento:

> O automonitoramento do nível de glicose do sangue por intermédio da medida da glicemia capilar é considerado uma ferramenta importante para seu controle, sendo parte integrante do autocuidado das pessoas com diabetes mellitus insulina- dependentes, aí compreendidos os portadores de diabetes mellitus tipo 1 (DM1), diabetes mellitus tipo 2 (DM2) que usam insulina e diabetes gestacional (DG).[1]

4. Portanto, demonstrada a necessidade dos pacientes, e pelo fato de várias ações solicitando ajuda de custo, tanto por parte do governo ou pelas seguradoras de planos de saúde, surgiu a lei 11.347,28/06, lei essa que garante aos pacientes diagnosticados com Diabetes, a distribuição gratuita e de forma constante da devida medicação.

> Art. 1º Os portadores de diabetes receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde - SUS, os medicamentos necessários para o tratamento de sua condição e os materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar.
>
> § 1º O Poder Executivo, por meio do Ministério da Saúde, selecionará os medicamentos e materiais de que trata o caput, com vistas a orientar sua aquisição pelos gestores do SUS.

5. A única exigência da lei para que os pacientes possam receber os referidos medicamentos seria de que os pacientes deveriam estar inscritos no programa de auxílio do governo, bem como ter a solicitação advinda de seus respectivos médicos especialistas na área para provar a necessidade de uso.

[1] Paim JS. Reforma Sanitária Brasileira Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; 2008.

6. O que neste caso os referidos pacientes encontram-se devidamente inscritos e, portanto, estão dentro de seus direitos.

7. Desta forma, diante da negativa do Município, visto a violação de um direito coletivo, pois para esse determinado grupo de pacientes a situação é bastante específica, que vai além de ser cidadão brasileiro. O que traz o senso de urgência na solicitação deste grupo é o risco grave e iminente a saúde por falta do tratamento.

8. O Código de Direitos do Consumidor traz como defesa três princípios que buscam a proteção dos direitos coletivos:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
>
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
>
> II - Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

9. A não distribuição afeta de forma imediata o princípio da dignidade da pessoa humana, pois é dever do Estado cuidar e zelar pelo bem-estar de todas a pessoas, assim como assegurar a saúde. O que não acontece, neste caso, pois essas pessoas estão desemparadas de seus respectivos direitos, de forma desumana, tanto por parte do Estado quanto do Município, de acordo com a Constituição Federal/88.

10. Faz-se necessário compreender que os elementos apresentados configuram motivação necessária para impetrar uma medida judicial, a fim de que o Município retome de forma imediata à devida medicação, sobre pena de multa diária.

11. Em virtude de tratar de medicamentos de altíssimo custo, de uso diário e constante, motivo pelo qual os usuários desejam ingressar com a medida judicial cabível.

II - DA SOLUÇÃO JURÍDICA ADEQUADA

12. Desta forma, a propositura de uma ação civil pública se faz necessária, pois dessa forma consegue atender o interesse dessas 20 pessoas, com uma eficácia de tempo melhor, pois a causa de pedir e a motivação legal atinge a todos.

13. O meio de requerer o devido cumprimento legal por parte do Município com maior alcance, por tratar de um grupo de pessoas, seria através de uma ação civil pública, descrita pela Lei nº 7.347/85.

Conforme afirma Mazzilli:

> Situados numa posição intermediária entre interesse público e o interesse privado, existem os interesses transindividuais (também chamados de interesses coletivos, em sentido lato), os quais são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (como os condôminos, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público.[2]

14. Para representação desta ação será cabível a Defensoria Pública, Ministério Público, bem como as Associações. Pois esse determinado grupo de pessoas possui um direito em comum sendo violado, e para que consigam atingir de forma mais eficiente e rápida é impetrando a ação civil pública.

15. Com base nos artigos 3º e 11 da Lei n. 7.347, de 1985, a ação civil pública direciona a instauração de processo civil cognitivo de natureza condenatória. Essa condenação poderá ser pecuniária, ou seja, revertida em dinheiro ou se voltar em obrigação de fazer ou de não fazer, vai depender da situação em questão.

16. Inclusive, no caso apresentado, o município deverá ser condenado ao cumprimento imediato, ou se reverterá em indenização, para assegurar que os pacientes não fiquem sem a medicação e ao tratamento.

17. Diante de uma eventual condenação em dinheiro, deve ser revertida em prol do Fundo previsto no artigo 13 da Lei n. 7.347, de 1985, de forma a ser aplicado esse valor para sanar os prejuízos causados.

18. Caso essa ação civil pública seja determinada na imposição de OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA, até mesmo poderá ser feita de ofício pelo juiz.

19. E no mais, diante da gravidade e urgência por parte dos pacientes, essa execução, seja específica ou multa diária, deverão ser determinadas liminarmente, através de uma decisão interlocutória proferida in limine litis no processo da ação civil pública.

[2] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 50.

20. Os artigos 11 e 12, da Lei n. 7.347, de 1985, permite ao juiz conceder tutela específica e impor multa diária in limine litis, sem ter em conta de constar explícito no pedido do autor da ação civil pública.

III - DAS DECISÕES ANÁLOGAS JÁ APLICADAS

> DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. SAÚDE. DIABETES MELLITUS. FITAS DE GLICEMIA NECESSÁRIAS À AFERIÇÃO DO NÍVEL DE GLICEMIA NO ORGANISMO DO PACIENTE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. É dever das autoridades públicas assegurar a todos, indistintamente, o direito à saúde, que se afigura direito fundamental do indivíduo, garantido pela Carta Magna, incumbindo-lhes fornecer, gratuitamente, a terapia medicamentosa necessária ao tratamento da paciente. 2. Direito indisponível insculpido na CF/88 e na legislação infraconstitucional assecuratório das garantias inerentes à cidadania, exemplificativamente, à vida, saúde, alimentação, educação e à dignidade da pessoa.3. *In casu*, instruído o feito com documentos que comprovam que o Substituído está acometimento de "DIABETES MELLITUS", necessitando aferir, periodicamente, o nível de glicemia em seu organismo, através de aparelho eletrônico que utiliza fitas de glicemia. Por ser pessoa carente, procurou a Secretaria de Saúde Municipal, visando o recebimento gratuito do produto, obtendo resposta negativa. Assim a conduta omissiva da autoridade acoimada coatora constitui ofensa a direito líquido e certo reparável pela via eleita. SEGURANÇA CONCEDIDA.[3]
>
> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FITAS PARA MEDIÇÃO DE GLICEMIA. EFICIÊNCIA ENTRE PRODUTOS. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. I - Não há como aferir violação dos arts. 2º, 3º, 4º, 5º e 6º da Lei n. 8.080/90 e do art. 1º, caput e § 2º, da Lei n. 11.347/06, sem adentrar no acervo fático-probatório dos autos e sem que se faça a reanálise de provas ao reexame. Incidência do enunciado n. 7 da Súmula do STJ. II - Agravo interno improvido.[4]

21. Sendo assim, por analogia, podemos estender os efeitos das mencionadas decisões, haja vista guardarem congruência com os parâmetros enfrentados na decisão, quais sejam, que para cada determinação de fornecimento dos medicamentos, ou o pagamento de indenização aos requerentes é certo, pois essa temática é alvo constante de ações.

[3] (TJ-GO - DUPLO GRAU DE JURISDICAO: 756410820148090024, Relator: DR. WILSON SAFATLE FAIAD, Data de Julgamento: 23/06/2016, 5A CAMARA CIVEL, Data de Publicação: DJ 2083 de 04/08/2016)

[4] (STJ - AgInt no AREsp: 887181 RJ 2016/0069492-5, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 25/04/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: De 02/05/2017)

IV - DAS LEGISLAÇÕES APLICADAS ÀS DISCUSSÕES JURÍDICAS

LEI FEDERAL 11.347, 28 DE SETEMBRO DE 2006

22. A lei dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos e materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar aos portadores de diabetes inscritos em programas de educação para diabéticos, e que sua distribuição será de forma continua e gratuita por parte do Estado e seus respectivos Municípios.

> Art. 1º Os portadores de diabetes receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde - SUS, os medicamentos necessários para o tratamento de sua condição e os materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar.
>
> § 1º O Poder Executivo, por meio do Ministério da Saúde, selecionará os medicamentos e materiais de que trata o caput, com vistas a orientar sua aquisição pelos gestores do SUS.
>
> § 2º A seleção a que se refere o § 1º deverá ser revista e republicada anualmente ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos, tecnologias e produtos no mercado.
>
> § 3º É condição para o recebimento dos medicamentos e materiais citados no caput estar inscrito em programa de educação especial para diabéticos.
>
> Art. 2º (VETADO)
>
> Art. 3º É assegurado ao diabético o direito de requerer, em caso de atraso na dispensação dos medicamentos e materiais citados no art. 1º, informações acerca do fato à autoridade sanitária municipal.
>
> Parágrafo único. (VETADO) Art. 4º (VETADO)
>
> Art. 5º Esta Lei entra em vigor no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, a contar da data de sua publicação.

PORTARIA Nº 2.583, DE 10 DE OUTUBRO DE 2007

> Art. 1º Definir o elenco de medicamentos e insumos que devem ser disponibilizados na rede do Sistema Único de Saúde, destinados ao monitoramento da glicemia capilar dos portadores de diabetes mellitus, nos termos da Lei Federal nº 11.347, de 2006.
>
> MEDICAMENTOS:
> Glibenclamida 5 mg comprimido;
> Cloridrato de metformina 500 mg e 850 mg comprimido;
> Glicazida 80 mg comprimido;
> Insulina humana nph - suspensão injetável 100 ui/ml; e
> Insulina humana regular - suspensão injetável 100 ui/ml.

INSUMOS:
Seringas com agulha acoplada para aplicação de insulina;
Tiras reagentes de medida de glicemia capilar; e
Lancetas para punção digital.

DA AÇÃO CIVEL PÚBLICA- LEI Nº 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985

23. A lei que regulamenta a Ação civil pública, disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, e dá outras providências.

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

Ministério Público;

Defensoria Pública;

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

Autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

Associação que, concomitantemente:

Esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

Inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3° Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

§ 4. ° O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 5. ° Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

§ 6° Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial
b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

DA DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUIZO- LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)
Ministério Público,
União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
Entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;
Associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1° O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

CONCLUSÃO

24. Deste modo, a conduta do Município abre sim precedente para uma ação Indenizatória, pelo fato de colocar em risco a saúde de diversas pessoas, em situações bastantes vulneráveis.

25. Inclusive, vele ressaltar que, em pronunciamento, o próprio relator Carlos Alberto França não considera prudente essa suspensão de medicamentos, até por já ter sido matéria discutida e ter virado texto de lei, não faz sentido os pacientes terem que recorrer ao um processo para proteger direito já constituído. Segue seu parecer:

> Duplo Grau de Jurisdição em Mandado de Segurança. Fornecimento de fitas para medição de glicemia. I - Direito líquido e certo. Paciente hipossuficiente. Tratando-se a saúde de um direito indisponível, dispensável ao paciente demonstrar carência de recursos financeiros para ter acesso a procedimentos ou fármacos necessários ao tratamento de sua doença, porquanto o direito à vida sobrepõe-se a qualquer outro. II - Legitimidade do Ministério Público na qualidade de substituto processual. É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, sendo o Ministério Público parte legítima para atuar na condição de substituto processual, na defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis. III - Prescrição médica. Direito líquido e certo. Constitui-se prova válida do direito líquido e certo a ensejar ação mandamental a prescrição de medicamentos, tratamentos, insumos e de aparelho por profissional médico de idoneidade não questionada, uma vez que o laudo médico e o ofício requisitório são provas suficientes para promover a viabilização do fornecimento dos medicamentos ao substituído. IV - Direito à saúde. Obrigação solidária dos entes federativos. Configurada nos autos a necessidade da paciente de obter as fitas para medição diária da taxa de glicemia, deve a Secretaria de Saúde do Município, gestora do Sistema Único de Saúde, prestar o devido atendimento, sob pena de afronta às normas constitucionais que asseguram o direito à saúde (arts. 6º e 196 da CF), pois o fornecimento de medicamentos e tratamentos imprescindíveis à saúde do enfermo é obrigação imposta à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, podendo qualquer deles figurar no polo passivo da ação mandamental. Remessa Necessária a que se nega seguimento.[5]

26. No mais, como bem asseverado, no tópico II, deste parecer, levando em consideração a Lei da ação civil pública, por ser o Ministério Público, tem legitimidade ativa para ajuizar a ação civil pública, de acordo com o artigo 129, inciso III, da Constituição brasileira, e dos artigos 5º, inciso I, 6º e 7º, todos da Lei n. 7.347, de 1985.

[5] (TJ-GO - Reexame Necessário: 03208986320168090166, Relator: CARLOS ALBERTO FRANÇA, Data de Julgamento: 30/11/2017, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 30/11/2017)

27. O ajuizamento da ação civil pública por algum dos outros legitimados como Defensoria Pública ou Associações, o Ministério Público será intimado, pois o mesmo terá a função de fiscal da lei.

28. Vale ressaltar que a saúde é dever do Estado e deve oferecê-la aos cidadãos como contraprestação dos tributos adimplidos.

29. Nesse campo, vigora a autonomia da vontade, o respeito ao ato jurídico perfeito e a vedação à lesão que se verifica quando novas exigências legais são impostas com oneração econômica de uma das partes.

30. Desta forma, descrevo nos termos deste parecer jurídico o que de é fato e direito dos respectivos requerentes. E vos direcionarei a procurar a Defensoria Pública, para requer vossos direitos, diante do nosso impedimento para a propositura da referida ação civil pública.

REFERÊNCIAS

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: Rename - 7ª ed. Brasília: Ministério da Saúde; 2010.

Luiz Renato Topan. Artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, in "DO CONTROLE PREVIO E ABSTRATO DOS CONTRATOS DE ADESÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO", vol. 6. São Paulo: RT. 1993. p.161.

Luiz Antônio Fleury Filho (O Ministério Público na Nova República, Justitia, 127/60).

Lei nº 4.717/1965 (Lei de Ação Civil Pública)

Lei Nº 11.347/06 (Lei de insumos)

Nelson Nery Junior. Código de Processo Civil Comentado. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1997. p.1395.

Organização Mundial da Saúde. Cuidados inovadores para condições crônicas: componentes estruturais de ação: relatório mundial. Brasília (DF): Organização Mundial da Saúde; 2003.

Oliveira SLC, Lunardi Filho WD. AIDS e Diabetes mellitus versus justiça distributiva no sistema público de saúde. Rev Bras Enferm 2004;57(6):750-3.

Paim JS. Reforma Sanitária Brasileira Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; 2008.

Sociedade Brasileira de Diabetes. Diretrizes da Sociedade Brasileira de Diabetes. 2009 - 3ª ed. Itapevi: A. Araújo Silva Farmacêutica; 2009.

ZAVASCKI, T. A. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos.

Unimar
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

A Aplicação dos Direitos Fundamentais na Vida da Mulher Brasileira

Luanna Bertholdo Minardi

Emerson Ademir Borges de Oliveira

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem por objetivo analisar os Direitos Fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 e sua efetividade na vida das mulheres brasileiras. Os Direitos Fundamentais são a aplicação dos Direitos Humanos e compõem um vasto rol no Título II da Constituição Federal do Brasil.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a lei suprema do Brasil, ela é o parâmetro de validade para todas as demais espécies normativas, situando-se no topo do ordenamento jurídico. Foi aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte no dia 22 de setembro de 1988 e promulgada em 5 de outubro de 1988.

Para Norberto Bobbio (1992), filósofo político e defensor do positivismo jurídico, os direitos não surgem todos de uma vez. Os direitos surgem quando devem ou podem. Surgem no momento em que há o aumento de poder do homem sobre o homem, ou quando a liberdade do indivíduo é ameaçada, ou permite o suprimento de suas carências.

Em seu artigo[1] 5º, inciso I, a CF/88[2] refere-se ao Princípio da Igualdade, contendo em seu texto normativo a ideia de igualdade entre o sexo masculino e feminino, o caput garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

> 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:
>
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988, Art. 5º, inciso I).

Em seguida, compõe-se o artigo 6º, principal objeto da presente pesquisa. Este artigo trata-se dos Direitos Sociais, estes que visam garantir de forma igualitária e sem distinção de qualquer natureza os direitos básicos para a qualidade de vida.

> 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 (BRASIL, 1988, Art. 6º).

[1] Parte de uma lei ou código. (Dicionário Silveira Bueno)

[2] CF/88 é a abreviação utilizada para a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ambos artigos supracitados visam garantir o Direito de forma igualitária, o rol de direitos sociais elencado no artigo sexto garante o básico para a subsistência humana, mas quando nos deparamos com o inciso I do artigo 5º que assegura que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" se faz necessário analisar a precariedade na utilização da palavra "igualdade", pois se tratando da historicidade de ambos sexos, a palavra igualdade torna-se o inverso de seu real significado. A palavra "igualdade" em sua literalidade quer dizer "idêntico/ uniforme/ sistema em que os dois membros têm o mesmo valor", considerando principalmente as lutas sociais feministas ao longo da história, dizer que homens e mulheres têm o mesmo valor em texto normativo, torna-se no mínimo utópico[3].

Nos dizeres de Norberto Bobbio (1990), atualmente, o problema dos direitos humanos não é mais o de dar-lhes fundamentos, justificativas, mas, sim, o de efetivamente protegê-los. Nesta linear, entendemos que, por mais que os direitos humanos estejam escritos e fundados, a maior problemática em questão é fazer com que eles de fato sejam aplicados. Isso acentua quando diz respeito às minorias, pois existe uma classe dominante que dificulta a aplicação desses direitos humanos direta ou indiretamente.

As necessidades fundamentais das mulheres, além de não serem exatamente as mesmas que as dos homens, jamais deveriam ser tratadas de forma igualitária, mas sim equitativa. Quando falamos sobre igualdade e equidade, devemos entender primeiramente a literalidade[4] de ambas palavras, assim como passamos a expor em sequência:

> Igualdade – Uniformidade; conformidade; correspondência; concordância; sistema em que os dois membros têm o mesmo valor, de um lado e do outro do sinal de igualdade.
>
> Equidade (sic) - 1. Disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um.2. Conjunto de princípios imutáveis de justiça que induzem o juiz a um critério de moderação e de igualdade, ainda que em detrimento do direito objetivo.3. Sentimento de justiça avesso a um critério de julgamento ou tratamento rigoroso e estritamente legal.4. Igualdade, retidão, equanimidade. (BUENO, 2000)

Enquanto a palavra "igualdade" nos traz o contexto de uniformidade e relação entre indivíduos portadores dos mesmos direitos fundamentais que definem a dignidade

[3] Situação imaginativa remetendo ao ideal; projeto irrealizável; fantasioso.

[4] Sentido estrito da palavra.

da pessoa humana, a palavra "equidade" nos faz entender que consiste em reconhecer igualmente o direito de cada um, ou seja, análise ao caso isolado e a partir da situação casuística[5] aplicar a igualdade, ainda podemos perceber o uso da palavra "retidão" no significado de equidade que nos leva diretamente ao que é "considerado justo".

Produzimos ilustração a seguir para melhor entendimento sobre o assunto:

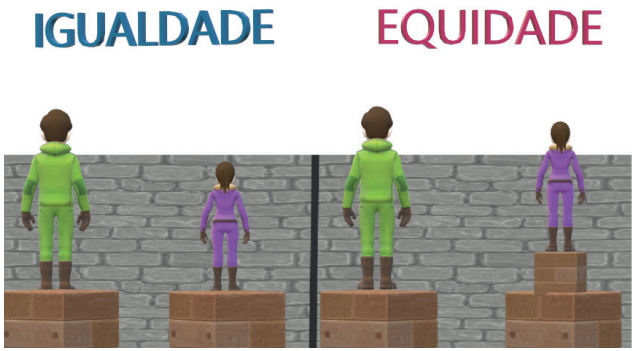


Figura 1: Imagem explicativa ilustrada pela Autora em programa digital próprio para ilustrações.

Para explicar a ilustração acima, suponhamos que ambos os personagens tenham o objetivo de enxergar além da parede ilustrada. No primeiro exemplo, representamos a igualdade, situação em que ambos os personagens receberam uma caixa de tamanho idêntico, mas podemos perceber que o desenho que representa o homem é maior que o desenho que representa a mulher e que com a caixa oferecida igualmente para ambos, apenas o mais alto consegue atingir o objetivo de olhar para além do muro, pois a caixa é suficiente para o caso do homem, mas para o caso da mulher, não surte resultado esperado. Ao analisarmos o segundo exemplo, representado pela equidade, notamos que ambos personagens receberam caixas, mas desta vez, o homem que é mais alto recebeu apenas uma, pois para o caso dele apenas uma caixa é suficiente para que ele atinja seu objetivo, para que a mulher atingisse o mesmo objetivo de enxergar além do muro, se fez necessária a utilização de duas caixas, pois suas condições para atingir o objetivo eram diferentes das condições do homem para atingir o mesmo.

[5] Análise e classificação dos "casos de consciência", isto é, dos problemas que nascem da aplicação das normas morais ou religiosas à vida humana (ABBAGNANO, N. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1970).

O machismo estrutural, que é a forma inconsciente de prejudicar a mulher em aspectos sociais, mediante estereótipos de feminilidades[6], mantém profundidade em suas resistentes raízes, se faz necessário estudo histórico e antropológico sobre esta questão, pois não se trata apenas de características biológicas, a biologia é apenas um ponto de partida para que a construção social dos sexos comece a ser produzida.

Um dos grandes alicerces desta pesquisa é a obra literária de Simone de Beauvoir, O Segundo Sexo, que guarda em si a frase mais conhecida da autora: "Ninguém nasce mulher: torna-se mulher". A partir desta fala, analisaremos sociologicamente a construção social, posteriormente, os direitos sociais em relação ao cotidiano da mulher brasileira, um a um, assim analisando as dificuldades e falhas na efetivação da garantia desses direitos na vida das mulheres, comparada à vida dos homens.

Importante ressaltar que a presente pesquisa não tem por objetivo analisar cada grupo de mulheres em específico (não há o intuito de segmentar mulheres brancas, mulheres negras, mulheres indígenas, mulheres transgênero, etc.), mas sim tratar o sexo feminino de uma forma genérica, com principal enfoque na construção sociocultural da mulher. Todo grupo de mulheres presenciam as seguintes desigualdades, umas mais que outras (a mulher negra, por exemplo, além de carregar a construção social do gênero, também carrega a questão histórica do racismo), cada grupo tem suas diferentes necessidades, mas todas elas lutam com o machismo estrutural todos os dias. A autora não se sente confortável para tratar dessas especificidades, entende que não tem propriedade para abordar o assunto, pois é uma mulher branca, heterossexual e cisgênero[7]. Cada classe de mulheres merece atenção às suas demandas, devendo ser tratadas com equidade. A presente pesquisa, portanto, aborda mulheres brasileiras como um todo, mas apenas nas questões que tangem a construção da mulher e sua influência na desigualdade em aplicação de alguns dos Direitos Fundamentais.

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2001), jurista e magistrado brasileiro, o melhor conceito de direito fundamental é o que revela sê-lo uma norma impregnada

[6] Atitudes ou características consideradas próprias do feminino (Dicionário Silveira Bueno).

[7] A cisgeneridade é a condição da pessoa cuja identidade de gênero corresponde ao gênero que lhe foi atribuído no nascimento (Cambridge Dictionary).

de fundamentalidade. A fundamentalidade é uma característica dos direitos fundamentais que pode tanto ser vista sob o aspecto material, como reconhecimento e proteção de determinados valores, bens jurídicos e reivindicações essenciais aos seres humanos, quanto ser vista sob o aspecto formal, como direitos inscritos na norma suprema do ordenamento jurídico, considerando-as cláusulas pétreas (dispositivo constitucional imutável).

Ingo Sarlet (2001), considerado um dos maiores expoentes do tema conceitua direitos fundamentais:

> [...] posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal) bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais) (SARLET, 2001, pp. 78 e ss).

A existência dos direitos fundamentais tem como condição o existir de uma Constituição, Sarlet (2012) disserta sobre:

> A Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional. Os direitos fundamentais, consoante oportunamente averbou Hans-P. Schneider, podem ser considerados, neste sentido, conditio sine qua non do Estado constitucional democrático (SARLET, 2012, p. 46)

Segundo o magistério de Gomes Canotilho (apud, Alexandre de Moraes):

> [...] os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, **normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual**; (2) implicam, num plano jurídico subjetivo, **o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos**. (CANOTILHO, 1991, p. 56). (Grifo Nosso).

A doutrina classifica os direitos fundamentais em gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica. O termo "gerações" tem sido substituído pela expressão "dimensões" de direitos fundamentais, no sentido de reprovar uma evolução reacionária (LENZA, 2011).

Ingo Sarlet optou pela expressão dimensões:

> Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno direito internacional dos Direitos Humanos (SARLET, 2006, p.55).

No século XVIII, o lema da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade declarou a existência das três primeiras dimensões, que posteriormente evoluíram para a quarta e quinta dimensão dos direitos fundamentais (LENZA, 2011).

Sobre isso, complementa Paulo Bonavides, jurista, cientista político brasileiro e um dos constitucionalistas mais respeitados do país:

> Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade (BONAVIDES, 2013, p. 581).

Os direitos sociais fazem parte dos direitos de segunda dimensão, juntamente com os direitos culturais, econômicos e os direitos coletivos. Esses direitos passaram por um ciclo de baixa aprovação e de eficácia duvidosa, pois a efetivação deles dependia de uma prestação por parte do Estado (BONAVIDES, 2015).

Diante disso, Paulo Bonavides reafirma:

> De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos das liberdades. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formulam **o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais** (BONAVIDES, 2015, p. 579). (Grifo Nosso).

Portanto, os direitos de segunda dimensão precisam do Estado para uma prestação material exigindo tais direitos, o Estado passa a ter papel ativo, ou seja, necessita agir em prol dos necessitados, assegurando a igualdade material entre todos os cidadãos.

A segunda dimensão surgiu com a finalidade de diminuir as diferenças sociais e econômicas, garantindo uma sociedade igualitária conforme o fundamento da dignidade da pessoa humana, mediante prestação do Estado.

DA CONSTRUÇÃO DA MULHER

Simone Lucie Ernestine Marie Bertrand de Beauvoir (1949, v. 2, p. 11), filósofa existencialista, ativista política, feminista e teórica social francesa, nos traz em sua frase "Não se nasce mulher; torna-se mulher", diversas reflexões quanto ao real sentido da identidade de uma mulher. Podemos refletir sobre "ser mulher" ou "estar mulher", pois a afirmação da autora nos traz a ideia de que o fato "ser mulher" não está simplesmente ligado ao sexo, mas sobre uma construção gradual de um estereótipo de feminilidade.

Gomáriz (1992, p.83) aponta que no ano de 1949, momento em que para muitas pessoas a luta feminista e suas reivindicações que vieram do século XIX começara a ter fim, o livro de Simone de Beauvoir, *O Segundo Sexo*, mostraria ao mundo que as lutas e reivindicações feministas não haviam cessado, mas apenas estavam no início. Naquela época, ainda não se falava sobre a complexidade e diferença entre sexo e gênero, mas ainda assim, Simone de Beauvoir em seu livro deu o pontapé inicial para a reflexão sobre o sufragismo[8].

[8] Sufragista- Mulher que reclama para o seu sexo o direito de voto em assembleias políticas (Dicionário Informal).

Ele aponta que as mulheres podem adquirir cidadania conforme o lugar que elas ocupam na sociedade, mas é a natureza desta sociedade que as constrói em cidadãs de segunda classe. *O Segundo Sexo* trouxe à margem as profundezas das raízes da opressão feminina, analisa a construção psicológica da mulher e as condições sociais que a levam à alienação e submissão ao sexo masculino e desta maneira, tornou-se um clássico do feminismo moderno (GOMÁRIZ, 1992, p. 93).

Para Simone de Beauvoir, as condições biológicas da mulher limitavam seus direitos e ações, e isso fazia com que ser mulher fosse como uma exceção, considerado diferente. Para ela, as características físicas não eram o único fator para essa construção da característica de excepcionalidade.

A autora afirma que o corpo da mulher (o sexo) é um fator essencial sobre a situação que ela ocupa neste mundo. Mas ele não é o bastante para a definir. O que determina o valor da mulher na sociedade é uma ação sobre o corpo dela, esta ação é que tornou a mulher o "Outro" e ao longo da história isso significou desigualdade ou até deficiência, isto serviu para que a mulher se tornasse dependente do homem e para que assim fosse transformada em objeto (enquanto não é sujeito), tornando a igualdade impossível (BEAUVOIR, 1949, v.1, p.57).

Conceituar gênero é bastante complexo, já que se baseia em relações dinâmicas e socialmente construídas, que tomam forma conforme contexto sociocultural no qual ocorrem. Gênero está ligado ao cotidiano particular dos indivíduos. Dessa maneira, a conceituação sobre gênero nos é transmitida ao longo de nossas vidas, pois não nascemos com características de comportamentos, nos ensinam. Esse processo de aprendizagem, inclusive, é também grande responsável pela criação das mais variadas diferenças entre homens e mulheres, bem como por diversas desigualdades existentes nas relações de gênero (BRANCO *et al.*, 2001, p. 1.6).

No Brasil, o movimento feminista pela liberdade da mulher, também fora expressivo, ele levantava as situações de desigualdade a que estavam submetidas e reivindicavam de várias formas os seus direitos. Na época da ditadura surgiu a segunda onda do movimento feminista no país, desta vez, lutavam pela democracia. Em 1975 a mobilização teve um importante marco, foi escolhido como o Ano Internacional da Mulher pela ONU[9]. A luta pela mudança da imagem que a identidade feminina possuía, expondo que a subordinação das mulheres não poderia prosseguir, se integrou à luta pela redemocratização do Brasil no final da década

[9] Sigla utilizada para referência da Organização das Nações Unidas.

de setenta. Estes movimentos foram o alicerce para que a inferioridade e subordinação da mulher ao homem começassem a causar mudanças em sua estrutura, esta que se encontrava rígida e inabalável até o momento.

Ao longo da história, as mulheres são socialmente injustiçadas em diversos campos, embora tenham alcançado diversas conquistas, não se poderá falar tão brevemente sobre efetiva equidade de gênero (GREGORI, 1989; SAFIOTI, 2001).

Importante dizer que apesar desta tese apontar em específico as condições sociais da mulher, devido ao processo de aprendizagem que passamos em relação à construção de gênero, muitos homens também enfrentam a obrigação de responder ao modelo hegemônico de masculinidade.

> Ora, a mulher sempre foi, se não a escrava do homem, ao menos sua vassala; os dois sexos nunca partilharam o mundo em igualdade de condições, e ainda hoje, embora sua condição esteja evoluindo, a mulher arca com um pesado *handicap*[10]. Em quase nenhum país seu estatuto legal é idêntico ao do homem, e muitas vezes esse último a prejudica consideravelmente. Mesmo quando os direitos lhe são abstratamente reconhecidos, um longo hábito impede que encontrem nos costumes sua expressão concreta (BEAUVOIR, 1949, v.1, p.17).

Beauvoir (1949) diz que ainda que a questão de igualdade entre os sexos esteja evoluindo, a mulher arca com uma posição em desvantagem que ocupa na sociedade, ainda completa que em quase nenhum país as mulheres têm os mesmos direitos que os homens e mesmo em países que dizem sobre a igualdade entre os gêneros, o hábito que a sociedade constrói em face da mulher ser o "Outro", como a própria autora nomeia, em seus costumes, impede que a igualdade seja concretizada.

No livro, *Gênero, Corpo, Conhecimento* (JAGGAR, BORDO, 1997), a autora e filósofa norte-americana Susan Bordo traz o tema *O Corpo e a Reprodução da Feminidade*: Uma Apropriação Feminista de Foucault, que diz que em seus últimos trabalhos "genealógicos", *Vigiar e Punir e História da Sexualidade*, Foucault salienta a primazia da prática sobre a crença, ocorrendo por meio da organização e da regulamentação do tempo, do espaço e do movimento do nosso cotidiano, nossos corpos são treinados, moldados, e marcados pelas formas históricas predominantes de individualidade, desejo, masculinidade e feminidade. Bordo (1997, p. 20) diz que tal apontamento de Foucault "lança uma sombra carregada e inquietante sobre o panorama contemporâneo", a autora justifica sua afirmação dizendo que

[10] Algo que torna mais difícil para você fazer algo. Desvantagem, empecilho (Cambridge Dictionary).

comparado a qualquer outro período, atualmente, as mulheres gastam muito mais tempo com o tratamento e disciplina de seus corpos.

> Numa época marcada pela reabertura do âmbito público às mulheres, a intensificação de tais regimes parece diversionista e desmobilizadora. Através da busca de um ideal de feminidade evanescente, homogeneizante, sempre em mutação — uma busca sem fim e sem descanso, que exige das mulheres que sigam constantemente mudanças insignificantes e muitas vezes extravagantes da moda — **os corpos femininos tornam-se o que Foucault chama de "corpos dóceis": aqueles cujas forças e energias estão habituadas ao controle externo, à sujeição, à transformação e ao "aperfeiçoamento".**' Por meio de disciplinas rigorosas e reguladoras sobre a dieta, a maquiagem, e o vestuário — princípios organizadores centrais do tempo e do espaço nos dias de muitas mulheres — somos convertidas em pessoas menos orientadas para o social e mais centradas na automodificação (BORDO, 1997). (Grifo Nosso).

A autora explica que pela indução dessas disciplinas, as mulheres memorizam em seus corpos o sentimento e a convicção de carência e insuficiência, alega que em casos extremos, essas práticas podem levar as mulheres à absoluta desmoralização, à debilitação e até à morte. Analisando historicamente, esse disciplinamento e a normatização do corpo feminino, devem ser reconhecidos como uma estratégia durável e flexível de controle social.

Bordo (1997) aponta que atualmente quase não dá para evitar o reconhecimento de que a preocupação com a aparência, que afeta mais as mulheres que os homens, mesmo em nossa cultura narcisista e orientada pelo visual, isso ocorre como uma forma de "recuo", podendo reafirmar as configurações de gênero existentes contra qualquer possível tentativa de substituir ou transformar as relações de poder.

EDUCAÇÃO

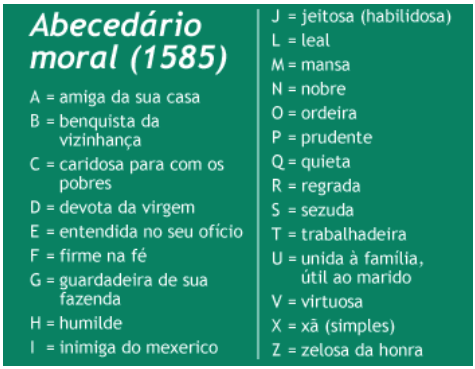
Inicialmente, como mostra Ribeiro (2000), o Brasil foi colônia de Portugal durante 322 anos, neste período a educação das mulheres era restrita aos cuidados com o lar, com o marido e com a prole. A instrução era somente direcionada aos filhos homens dos indígenas e dos colonos. Os colonos cuidavam dos negócios do pai, ou tornavam-se jesuítas. As mulheres em geral não tinham acesso à leitura e à escrita, Silva (2010) afirma que os colégios jesuítas tinham como princípios instruir o povo indígena e formar os quadros para a própria Companhia de Jesus, eles davam prioridade aos rapazes que pretendiam seguir a carreira eclesiástica[11].

[11] Que pertence à igreja; sacerdote; clérigo; padre (Dicionário Silveira Bueno).

Ao falar sobre educação, é de suma importância esclarecer que no Brasil, as escolas apenas aceitavam homens. Em 1863, surgiram as primeiras escolas que aceitaram a frequência de mulheres, embora elas pudessem frequentar a escola, a educação que elas recebiam era totalmente direcionada às tarefas domésticas e ao comportamento que elas deveriam apresentar perante a sociedade. Um tempo depois, as mulheres puderam receber formação para se profissionalizarem com professoras primárias e isto estava ligado ao pensamento de que as mulheres exerciam a maternidade, portanto teriam mais facilidade para lidarem com crianças, embora isso fosse um avanço, as mulheres ainda estavam diretamente ligadas à ideia de maternidade, delicadeza e gentileza.

Segundo Ribeiro (2000), nesta época, as mulheres faziam parte de uma classificação de "sexo imbecil", elas eram equiparadas aos doentes mentais e crianças. Era comum encontrar frases como "Mulher que sabe muito é mulher atrapalhada, para ser mãe de família, saiba pouco, ou saiba nada" ou "Mulher que sabe latim não tem marido, nem bom fim". Isso tudo porque acreditavam na hierarquia dos homens sobre as mulheres, uma mulher instruída naquela época era sinônimo de ameaça aos bons costumes.

Além disso, existia um "abecedário moral" que cada letra do alfabeto continha um padrão de comportamento feminino socialmente desejado, que fora criado para as mulheres que gostariam de aprender a ler, portanto, a maneira de educar e instruir uma mulher nesta época estava ligada ao "moralmente correto" em relação ao comportamento das mulheres (RIBEIRO, 2000, p. 79-80).



(Imagem: GEA/ MultiRio)[12]

[12] Disponível em: <http://www.multirio.rj.gov.br/index.php/leia/reportagens-artigos/reportagens/14812-a-hist%C3%B3ria-da-educa%C3%A7%C3%A3o-feminina>. Acesso em: 18 ago. 2020.

No Brasil, como mostra Ribeiro (2000), a primeira reivindicação pela instrução de uma mulher, partiu de um indígena, que pediu ao Padre Manoel de Nóbrega que ensinasse sua esposa a ler e escrever. Na época do Brasil Colônia, para os indígenas era completamente estranho que os homens tivessem oportunidades educacionais e as mulheres não, os indígenas consideravam as mulheres como companheiras, portanto iguais. Diante do pedido do indígena, os jesuítas manifestaram interesse em fundar escolas para as mulheres no Brasil, mas a rainha de Portugal considerou a ideia fora dos padrões daquela época e não permitiu que isso ocorresse. Os indígenas conseguiram mudar esse quadro, juntamente com os jesuítas, em sigilo conseguiram alfabetizar uma mulher. Existem registros que Catarina Paraguaçu foi a primeira indígena e a primeira mulher brasileira a ser alfabetizada, tendo escrito uma carta ao Padre Manoel de Nóbrega em 1561.

Em 2019, o Censo registrou 1.914.749 matrículas em educação profissional no país, a maior parte dos indivíduos, 78,8% do total de matrículas, que frequentam a educação profissional, têm até 30 anos de idade, do número total de matrículas, 56,7% são do sexo feminino (INEP, 2019, Censo Escolar)[13].

Embora os avanços estejam em crescente, ainda hoje, podemos dizer que a mulher está diretamente ligada à imagem da maternidade, da reprodução humana, da delicadeza e principalmente zeladora do lar. Em pleno século XXI mantemos essa relação. O problema não está em mulheres reproduzirem, mas em obrigatoriamente estarem relacionadas à maternidade, pois homens não estão o tempo todo relacionados com a paternidade, homens são empresários, engenheiros, arquitetos (ressaltando que os cursos superiores na área de exatas, o número de alunos homens é superior ao de alunas mulheres, até por muitas vezes sendo consideradas "profissões masculinas") e, por isso, ao fim, são os provedores da família, a mulher mantém a casa e os filhos em ordem e o homem mantem as contas em dia. No mínimo consideramos este cenário antiquado, mas ainda é a realidade de muitas famílias no país.

A socióloga política e Acadêmica Elisa Reis – Doutora em Ciência Política pelo Massachusetts Institute of Technology, professora titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e membro da Academia Mundial de Ciências (TWAS) - diz que a resposta para a questão sobre as mulheres ainda serem minoria nos campos de ciências exatas e engenharias, está nos processos e

[13] Site do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – Inep.

mecanismos de socialização, que intrinsecamente nos faz crer na existência de características e divisões consideradas naturais em relação às funções sociais, separando homens e mulheres em distintos caminhos para aprender e conhecer. Para ela, esses caminhos a serem traçados à escolha da carreira se deve principalmente à cultura agregada e aprendida durante a infância e adolescência do que à biologia em si. Elisa Reis alerta que a reprodução de padrões de socialização que consistem na recriação de mitos e preconceitos em relação às habilidades e vocações diferentes para os sexos pode ocorrer no meio familiar, nas escolas, nos meios de comunicação e em outros nichos de difusão de valores (REIS; GOMES, 2011).

No livro, *Gênero, Corpo, Conhecimento*, Ruth Berman (1997) disserta sobre a prática social da ciência em relação as mulheres. A autora começa dizendo que as mulheres frequentemente entendem a ciência como algo "pesado" e externo ao seu modo de pensar. Tal afirmação não lhe causa espanto, Berman justifica dizendo que a ciência está associada a uma estrutura de poder e que as mulheres têm sido mantidas a distância.

> Nossas experiências de vida nos têm condicionado para servir e não para nos identificar facilmente com o domínio sobre a natureza ou sobre outros seres humanos. Seja qual for o passado, as mulheres estão experimentando atualmente profundas mudanças em suas vidas. Estamos muito mais envolvidas com aparelhagem técnica cada vez mais sofisticada em casa e com alta tecnologia no local de trabalho. Nossa presença na força de trabalho público é muito mais ampla e cada vez mais obrigatória e estamos lutando por melhores salários e mais satisfação em nossos empregos. Mais da metade da população universitária é constituída por mulheres e temos um número cada vez maior de graduadas em faculdades de ciências (BERMAN, 1997, p.241).

Segundo Evelyn Fox Keller (1985), física, escritora e ativista feminista norte-americana, a "natureza" é enxergada como feminina: pode ser controlada, usada e explorada pelo "homem". Além disso, há abusos e distorções da metodologia científica sugerindo que as mulheres são inferiores, invocando a mística da "ciência" e a pretensa "prova científica" como meios de declarar que características humanas superiores e inferiores são um "ditame" natural, tentando justificar a hegemonia da elite dominante.

> As racionalizações para essa presunção de tendências biológicas como determinantes de papéis sociais incluem duvidosas "diferenças" estatísticas sobre agressividade (interpretada como iniciativa), ação hormonal, lateralização

> cerebral etc., entre ratos machos e fêmeas. Essas alegações foram repetidas e cuidadosamente refutadas com muita documentação (Barnett, 1983; Bleier, 1984; Fausto-Sterling, 1986; Gould, 1981; Hubbard, 1982; Lewontin e outros, 1984; Lowe, 1978; Tobach e Rosoff, 1978-1984), mas são ainda frequentemente apresentadas como fatos (BERMAN, 1997).

Diante dos diversos aspectos mencionados acima, não há que se falar em igualdade de gênero na questão da educação, ao tecermos uma linha desde o Brasil Colônia até os dias atuais notamos diversas evoluções a respeito da educação na vida da mulher brasileira, mas não podemos dizer que tratar este Direito Fundamental com igualdade é sinônimo de justiça, pois conforme apontado por Reis (2011), há uma reprodução de padrões de socialização que consistem na recriação de mitos e preconceitos em relação às habilidades e vocações diferentes para os sexos, desta maneira, pela construção sociocultural da mulher, seria necessário tratar o direito à educação com equidade, pois há uma diferença educacional entre os sexos intrínseca, enraizada e quase imperceptível na nossa sociedade.

SAÚDE

Quando apontamos o Direito Fundamental "saúde" em relação às mulheres, logo pensamos que nesta pauta teríamos apenas o tópico sobre aborto induzido, que é a interrupção gestacional causada propositalmente. Um artigo científico que tem como objeto assuntos defendidos pelo movimento feminista, de certo terá como assunto principal o aborto. Ocorre que a saúde das mulheres não se precariza apenas neste sentido.

Embora a medicina esteja em constante avanço, há um longo caminho a ser percorrido quando se trata da saúde feminina. Muitas mulheres sofrem com a falta de informação em diversos aspectos relacionados à saúde, como todo brasileiro, independente de gênero, é necessário aqui destacar que a educação do país é falha em muitos aspectos por se tratar de uma "Educação Depositária" como nomeada por Paulo Freire (1974), a educação é limitadamente depositada aos cidadãos, ouve-se "Isso não se discute na escola.", desta maneira o cidadão se limita ao que é ensinado nas escolas, não se cria autonomia para o aprendizado sobre a realidade cotidiana, ninguém aprende sobre cuidados básicos com a saúde, ou sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, tanto a Medicina quanto o Direito deveriam ter parte na construção dos cidadãos brasileiros. Importante destacarmos esta temática para prosseguirmos com a questão sobre a saúde feminina.

ABORTO

Além de não obter informações necessárias e essenciais sobre sua saúde, deve-se lembrar que a saúde da mulher é afetada pela carência de recursos em geral, pois ao se falar de aborto, necessário se faz dizer que o Brasil não tem recursos estruturais, educacionais, culturais e profissionais para que seja realizada uma legalização instantânea do aborto. Quando falamos sobre o assunto, devemos estar cientes que se trata de um processo gradual de implementação do referido recurso.

No Brasil, a prática de indução do aborto é descrita desde o período colonial (BORSARI *et al*., 2012; REBOUÇAS & DUTRA, 2011). As primeiras cartas escritas pelos jesuítas ao chegarem no país relatavam que o aborto era habitual entre as mulheres indígenas as quais o induziam pressionando suas barrigas, carregando peso ou ingerindo beberagens (PRIORE, 2001). Nas aldeias indígenas, o aborto era culturalmente realizado a partir do terceiro filho, pois caso houvesse guerra, os pais poderiam proteger apenas duas crianças (MATOS, 2011; NARDINI, 2008), além disso, a chegada dos portugueses ao Brasil deu início à exploração do trabalho indígena com remunerações miseráveis, o que também era um fator para que as gestantes indígenas induzissem o aborto (FREYRE, 1933/1980). Na época, não havia proibição para o aborto, mas a prática dele não era bem vista (HENTZ, 2013). Havia uma espécie de fiscais de costumes nomeados em cada paróquia e tinham a função de vigiar as mulheres que tinham a fama de induzirem o aborto nas outras que acobertavam a gestação para que suas relações extraconjugais permanecessem ocultas, as quais esses "fiscais" eram incumbidos de descobrir e trazer a público (CASTELBAJAC, 2010).

Na época, o objetivo era a multiplicação de pessoas para a ocupação demográfica das terras brasileiras, portanto, existia interesse de Portugal e da Igreja no controle das relações adúlteras pelas quais se reproduziam bastardos e mestiços. A realização do casamento, era então incentivada, pois dava à mulher o papel restrito à procriação e à vida familiar, o que facilitava a ordem que a metrópole desejava instalar (PRIORE, 2009).

O aborto não era considerado crime, mas sim conduta faltosa até o século XIX (CASTELBAJAC, 2010). Associar aborto ao homicídio, importava menos à igreja do que o adultério, isso acontecia por vigorarem as delimitações aristotélicas em relação ao período de animação fetal (PRIORE, 2011).

Após este período, o aborto ganhara condenação a quem o praticasse, a intimidade da mulher poderia ser vasculhada pelo olhar crítico da igreja, mediante seus confessores (Priore, 2001). Através disso, as opiniões da igreja em relação à maternidade ganhavam força e espaço. A maternidade era considerada como destino e realização sublime à natureza feminina e para justificar os incômodos da gestação e as dores do parto, alegavam que a maternidade era uma forma de remissão ao pecado original, por isso, os sacerdotes recomendavam que as mulheres suportassem por tudo pacientemente, pois era o pagamento de uma dívida com Deus (Priore, 2009). Segundo Priore (2009; 2001) a valorização na maternidade deu força para a construção de uma mentalidade de preservação da gravidez e promoção da fecundidade feminina, assim o aborto passou a representar um erro, gerando repúdio.

No ano de 1830, com a sanção do Código Criminal do Império Brasileiro, o aborto tornou-se crime, mas, conforme Wiese (2012), a prática de indução do aborto não punia as gestantes que o fizesse, mas punia apenas aos terceiros envolvidos.

> Secção III - Aborto
>
> Art.199. Ocasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.
>
> Penas – de prisão com trabalho por um a cinco anos. Se o crime for cometido sem o consentimento da mulher pejada.
>
> Penas – penas dobradas.
>
> Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verifique.
>
> Penas – de prisão com trabalho por dois a seis anos. Se este crime for cometido por médico, boticário, cirurgião, ou praticante de tais artes.
>
> Penas – dobradas (Brasil, 1830).

No início do século XIX, o Direito não tinha interesse em responsabilizar a mulher que praticasse a autoindução do aborto, pois durante o processo criminal era vista como "uma pobre coitada que em um momento de desespero teve que eliminar a gestação" (VÁZQUEZ, 2014, p. 149). O Estado considerava a mulher como frágil, devendo ser protegida da má-fé de terceiros (CASTELBAJAC, 2010).

A criminalização do aborto provocado pela própria gestante apenas ocorreu no final do século XIX com a promulgação do Código Penal da República no ano de 1890, fora incluído como delito passível das mesmas penas que o aborto consentido e praticado por terceiros (CIESLINSKI, 2010).

Com a Reforma da Sabóia[14] (1882) a ginecologia e a obstetrícia foram inseridas aos currículos de medicina, dando assistência às gestantes e ampliaram os conhecimentos sobre as doenças sexualmente transmissíveis, sobre gravidez e aborto (MARTA & JOB, 2008). Surgiu perante o Estado discussão sobre a voluntariedade do aborto, a medicina buscou o confisco alegando que a ignorância sobre o procedimento que cercavam as beatas, curandeiras, parteiras e as próprias gestantes, causava insalubridade no espaço social (PRIORE, 2011; 2009; CASTEBAJAC, 2010). Tal afirmação favorecia aos interesses do Estado e da igreja, pois a afirmação que reduzia as relações sexuais à reprodução humana defendido pela igreja, passara a ser adotada pela medicina da época, diante disto surgiram estudos que reforçavam a imagem da mãe ideal, do instinto materno, também exaltando valores morais sobre a honra feminina, assinalada por sua conduta moral e castidade, no século XX (HENTZ, 2013; SANTOS, 2011).

O Código Penal de 1940 mantém a criminalização do aborto induzido, como dispõe nos artigos 124 ao 128, porém inseriu algumas exceções. Quando um aborto é realizado por profissional da medicina em situação que não haja outra forma de salvar a vida da gestante, nomeado como "aborto terapêutico"; aborto realizado quando a gestação decorre de estupro, chamado de "aborto sentimental"; e recentemente, aborto do feto anencéfalo[15]. O aborto induzido em qualquer destas situações não cominará em pena (CIESLINSKI, 2010).

Embora o aborto seja considerado crime, como estabelecido no artigo 124 do Código Penal, especialistas advertem que tal criminalização não impede que o procedimento seja realizado ilegalmente, tanto pela própria gestante quanto em clínicas clandestinas que realizam o procedimento. Como se trata de procedimento ilegal, não existem dados oficiais, mas é estimado que por ano, no país, quinze mil mulheres necessitam de atendimento médico por complicação após a interrupção da gravidez.

Um levantamento do Ministério da Saúde estima entre 983,7 mil e 1,1 milhão de interrupções voluntárias na gestação por ano, em 2008 e 2017, em mulheres com idades entre 10 a 49 anos. O Ministério da Saúde também estima que ocorrem 250 mil internações no SUS relacionadas ao aborto induzido; entre 2016 e 2017,

[14] Reforma que inseriu subespecialidades clínicas na formação médica.

[15] Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54 (ADPF 54/DF) garantiu, no Brasil, a interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo.

2 mil mulheres morreram em decorrência do aborto induzido; em 2017 e 2018, o custo com hospitalizações por aborto no SUS foi de 486 milhões de reais; o custo médio das internações por interrupção da gestação com complicação no período foi 317% maior em relação aos custos daquelas que não apresentaram problemas.

Para Nader, Blandino e Macie (2007), o principal motivo de indução do aborto se associa à gravidez indesejada, se fazendo necessário, diante disso, ampliar as possibilidades do planejamento gestacional, valorizando assim, o Planejamento Familiar.

O Ministério da Saúde, Brasil (2002), propôs lei que regulamenta o Planejamento Familiar, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pela Presidência da República, a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, estabelece que as instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde (SUS) devem garantir na rede de serviços, toda e qualquer assistência à concepção e à contracepção como parte integrante das demais ações que fazem parte da assistência integral à saúde.

No final do ano de 2007, o governo do país criou o Programa Especial de Planejamento Familiar, como forma de contornar a problemática acerca do aborto, o programa teve apoio de um grupo feminista que aproveitou o lançamento do programa para a manifestação dos princípios feminista sobre a laicidade do Estado, dos direitos reprodutivos, citou a problemática do aborto inseguro e manifestou afirmação do projeto de descriminalização (SCAVONE, 2008).

O Planejamento Familiar, precisa consistir para além da reprodução de informações e criar espaços de diálogo para que a população, principalmente masculina, possa ser protagonista e tenham envolvimento neste processo e ainda, por ele se responsabilizassem, fazendo parte sobre as decisões pelo método contraceptivo e partilhando com as mulheres o direito a uma vida reprodutiva guiada pela escolha consciente (NADER; BLANDINO; MACIE, 2007).

Por curiosidade e pensando na presente pesquisa, pesquisamos na internet formas caseiras para a indução de aborto e nos deparamos com um vasto rol de procedimentos, apesar dos sites avulsos sobre este conteúdo, o que mais nos preocupou foi encontrar um livro em PDF com o título “Meios de Provocar o Aborto”, um livro português, escrito na Cidade do Porto no ano de 1900. O livro fala sobre a criminalização do aborto em diversos países, diz em quais situações indica a indução do aborto e posteriormente, ensina diversas maneiras de indução do aborto. Basta refletirmos que o livro fora escrito há cento e vinte anos, o quão nocivo à vida de uma gestante este livro poderia ser? Ele está disponível a toda e qualquer

pessoa, para que possa utilizar da maneira que bem entender. O acesso a esse conteúdo é muito simples! Embora a publicidade do referido material literário implique crime previsto no artigo 286 do Código Penal por incitar, publicamente, a prática de crime, o material está disponível para toda e qualquer pessoa ler.

Quando tratamos sobre esse assunto, é importante ressaltarmos que nenhum método contraceptivo é 100% eficaz. Uma vez que ocorra gravidez indesejada considerada sua procedência impossível pela gestante, nada impede que ela procure por esses métodos.

Conforme levantamento realizado pela Folha de São Paulo (COLLUCI; FARIA, 2018), o Ministério da Saúde estima que são realizados por ano, cerca de 950 mil a 1,2 milhões de abortos no país, e que a estimativa durante 10 anos fica em torno de 9,5 milhões a 12 milhões de abortos induzidos.

A prática de indução do aborto realizada clandestinamente gera complicações à saúde das mulheres. Souza[16] (2018, p. 26), alega que as complicações mais graves em decorrência da indução do aborto abrangem infecção no trato pélvico-genital, hemorragia, insuficiência renal, choque séptico e embolia. Olhando por esse lado, o número excessivo de abortamentos inseguros e suas complicações gera custos elevados ao Estado, os quais poderiam diminuir se o aborto induzido fosse descriminalizado e as mulheres brasileiras conseguissem realizar este procedimento de uma forma segura, sem a necessidade de colocarem à risco suas próprias vidas.

Conforme o Ministério da Saúde (COLLUCI; FARIA, 2018), entre os anos de 2008 e 2017, o Estado brasileiro gastou R$ 486 milhões de reais com internações para o tratamento de complicações derivadas de aborto, em sua maioria por indução, perfazendo um percentual de 75%, ao passo que 2,1 milhões de mulheres foram internadas por esse motivo.

Pela criminalização do aborto, muitas vezes, as gestantes que o induzem não procuram apoio médico posterior à realização do procedimento, pois temem serem punidas pelo ato, que ao contrário do que se pensa, nunca é uma decisão fácil a ser tomada por uma mulher. O retardamento de uma intervenção médica sobre estes casos pode agravar as complicações do procedimento, tendo como resultado muitas vezes, o óbito da gestante.

[16] Maria de Fátima de Souza (MINISTÉRIO DA SAÚDE).

Em um projeto que estudou o aborto no Brasil por 20 anos, realizado pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2009, p. 31), fora declarado que na década de 90, o aborto induzido estava entre a terceira e a quarta causa de mortalidade no país, com aproximadamente 76 mortes a cada 100 mil mulheres. Desde 1990 até os anos 2000, notou-se a diminuição dos casos, que fora associada ao início da comercialização do Misoprostol, um medicamento indicado para combater males no estômago e posterior difusão deste medicamento como método abortivo. Após a proibição do medicamento, as complicações infecciosas e hemorrágicas decorrentes do aborto aumentaram em quase 50% (SOUZA, 2018).

A CF/88 protege a vida intrauterina, pois trata-se de um Ser da espécie humana que desde a décima oitava semana de gestação, tem o córtex cerebral totalmente formado – órgão responsável pela capacidade de sentir e pensar (SINGER, 1993, p. 112); e que quando atinge a vigésima semana, é considerado moralmente uma pessoa (LIMA JÚNIOR, 2017, p. 195), então merecendo tutela estatal. A problemática está na modulação desta tutela, de maneira que direitos tout court apenas pessoas têm.

A proteção à vida intrauterina existe, entretanto, não é uniforme durante toda a gestação, pois a proteção tem aumento progressivo conforme o desenvolvimento do feto e na medida em que ele passa a adquirir condições vitais para sobreviver fora do útero. A proteção da vida de um feto não tem a mesma intensidade que a de um sujeito já nascido (SARMENTO, 2005, p. 65). Para Manuel Jacinto Sarmento, Doutor em Estudos da Criança, área de especialização em Estudos Socioeducativos, essa comparação sobre importância atribuída ao feto e à vida já nascida, também pode ser observada no ordenamento jurídico. A sanção atribuída a uma gestante que pratica o aborto (1 a 3 anos de detenção) é consideravelmente menor que a pena prevista para o crime de homicídio simples (6 a 20 anos de reclusão).

Tais premissas não são levadas em consideração, assim, existe uma grande proteção à vida do feto pela norma penal, que na prática não tem eficácia. Enquanto isso, a criminalização do aborto carrega milhares de mulheres mortas todos os anos no país, vidas que deveriam ser inviolavelmente protegidas pelo estado, conforme previsto na CF/88. Ao final, não há proteção efetiva à vida nem do feto, nem da gestante.

Ao início do presente tópico, apontamos que o aborto não é o único problema na questão de precarização da saúde das mulheres, pois quando as mulheres decidem pela manutenção gestacional, podem estar sujeitas à violência obstétrica.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Antigamente, o processo do parto não era um procedimento médico, os partos geralmente aconteciam no domicílio da gestante e normalmente eram efetuados como auxílio de outras mulheres que faziam parte da família ou da comunidade da gestante. Por volta do século XVI, com o surgimento das universidades, a medicina deixa de ser apenas conhecimento popular e místico e torna-se parte do conhecimento científico, portanto, elitizado. Como já mencionado, a ginecologia e obstetrícia apenas foram inseridas no currículo da medicina pela Reforma de Sabóia em 1882, com os avanços da medicina o conhecimento empírico passou a perder força e valor, incluindo o trabalho das parteiras.

Muitos atos considerados corriqueiros em hospitais e clínicas passaram a ser considerados hostis com a saúde da mulher. A luta contra a violência obstétrica se baseia nos Direitos Humanos, nas garantias sexuais e reprodutivas. Os direitos reprodutivos dizem sobre o poder decisório sobre a geração ou não da prole, o número de filhos e o intervalo de tempo entre eles. Para seu completo gozo e fruição pressupõem-se a garantia da saúde pública de qualidade, com ampla informação, de autonomia, liberdade, de não discriminação, sem coerção, dentre outros direitos básicos, garantidos a todos os seres humanos.

Em 2007, a Venezuela reconheceu em lei, a existência de um tipo de violência contra a mulher que ocorre em ambiente hospitalar no momento do parto, a violência obstétrica. Nos termos da OMS:

> No mundo inteiro, muitas mulheres experimentam abusos, desrespeito, maus tratos e negligência durante a assistência ao parto nas instituições de saúde. Isso representa uma violação da confiança entre as mulheres e suas equipes de saúde, e pode ser também um poderoso desestímulo para as mulheres procurarem e usarem os serviços de assistência obstétrica. Embora o desrespeito e os maus-tratos possam ocorrer em qualquer momento da gravidez, no parto e no período pós-parto, as mulheres ficam especialmente vulneráveis durante o parto. Tais práticas podem ter consequências adversas diretas para a mãe e a criança. Relatos sobre desrespeito e abusos durante o parto em instituições de saúde incluem violência física, **humilhação profunda e abusos verbais, procedimentos médicos coercivos ou não consentidos (incluindo a esterilização), falta de confidencialidade, não obtenção de consentimento esclarecido antes da realização de procedimentos, recusa em administrar analgésicos, graves violações da privacidade, recusa de internação nas instituições de saúde, cuidado negligente durante o parto levando a complicações evitáveis e situações ameaçadoras da vida, e detenção de mulheres e seus recém-nascidos nas instituições, após o parto, por incapacidade de pagamento**. (Grifo Nosso).

Alguns atos de violência obstétrica estão tão enraizados na prática médica que por muitas vezes, as vítimas sentem-se intimidadas aos abusos e violência que sofreram. A seguir, apresentaremos alguns destes atos violentos.

Negativa do Direito ao Acompanhante da Parturiente e a Falta de Suporte Emocional

A Lei nº 11.108/05, determina que os hospitais, maternidades e assemelhados são obrigados a permitir a presença de um acompanhante indicado pela gestante para acompanhá-la no trabalho de parto, durante o parto e no pós-parto, por um período de até dez dias, tanto em instituições públicas quanto privadas.

Embora a referida legislação esteja vigente desde 2005, conforme dados recolhidos pela Rede Cegonha, projeto em parceria com o SUS, colhidos por todo o Brasil no período de novembro de 2011 e março de 2012, consultando cerca de 25.000 mulheres, fora constatada falta de efetividade da medida legal. O estudo concluiu que seis anos após a sanção da lei, 62,4% das mulheres passaram pelo trabalho de parto desacompanhadas, 57,3% dessas gestantes desacompanhadas afirmaram que o prestador de serviço não permitiu a presença de acompanhante e 14,7% afirmaram que estavam desacompanhadas por desconhecerem sobre este direito.

Prática de protocolos médicos desencorajados pela OMS

Aplicação de ocitocina, uso intravenoso de soro de hidratação, posição de litototmia para o parto normal, dentre outros. É comum que como início do procedimento, as gestantes recebam soro intravenoso para hidratação, o uso do soro prejudica a mobilidade da gestante, tornando dificultosa a forma de lidar com as dores uterinas. A aplicação venosa é desnecessária em partos naturais, mas é muito praticada atualmente, principalmente no uso de ocitocina sintética, a qual tem a função de promover as contrações uterinas de forma ritmada, até o nascimento de fato. Ao entrar em trabalho de parto, a própria gestante produz ocitocina, a aplicação venosa só é necessária quando há diagnóstico de que o trabalho de parto não evolui, podendo causar riscos ao bebê.

Outra prática comum é a posição de litotomia que, segundo a OMS, a posição que deve ser adotada pela mulher no momento expulsivo, deve sempre ser aquela na qual se sinta mais confortável. A posição de litotomia é a menos recomendada, a expulsão do bebê é feita contra a gravidade, o peso do neném sobre os ossos do cóccix (fato impeditivo de dilatação) e causa tensão aos músculos do períneo pela posição das pernas (aumentando o risco de laceração).

Episiotomia

Em um artigo chamado "Episiotomia: revendo conceitos" publicado por um conjunto de especialistas da área obstétrica do estado de São Paulo o procedimento fora definido:

> Segundo a OMS (1996) a episiotomia é uma operação ampliadora para acelerar o desprendimento diante de sofrimento fetal, progressão insuficiente do parto e iminência de laceração de 3º grau (incluindo mulheres que tiveram laceração de 3º grau em parto anterior). Já Guariento e Delascio referem que essa cirurgia ampliadora está indicada também para se evitar a compressão prolongada da cabeça, particularmente em prematuros, o que favorece o trauma craniano. Referem, também, que não é só para a cabeça primeira que se praticará a episiotomia, senão também para derradeira, de acordo com o obstáculo à respectiva desenvolução. Observam-se, ainda, muitos outros motivos alegados para se realizar a episiotomia. Rezende ainda considera esse procedimento indispensável nas primiparturientes e nas multíparas que já foram episiotomizadas.
>
> Um levantamento realizado em 2003 em hospitais de onze países (Argentina, Brasil, Bolívia, Chile, República Democrática do Congo, Equador, Índia, Tibet, Uruguai, Venezuela e Zâmbia), revelou que a taxa de episiotomia foi superior a 90% entre as nulíparas.

O referido artigo diz que não há um consenso sobre o índice ideal de episiotomias a serem realizadas, a OMS recomenda que seja de 10%, percentual bem distante do que ocorre na realidade. A episiotomia é repassada entre professores e alunos de medicina, mas sem respaldo científico. Em decorrência disso, tem-se o uso quase unânime de intervenção cirúrgica, com aplicação de anestesia, suturação, além de proporcionar riscos de infecção e erro nestes casos que, na realidade, deveriam ocorrer em processo natural, sem necessidade de maiores intervenções.

No documentário chamado "Violência Obstétrica: a voz das brasileiras", que contém diversos depoimentos pessoais sobre experiências vivenciadas no momento do parto, Ana Paula Garcia relata sua experiência com a episiotomia:

Me causou durante uns bons meses desconforto físico, ela inflamou, infeccionou e... [pausa demonstrando constrangimento] eu me sentia estranha, eu não gostava que meu marido encostasse naquela região. Então me afetou bastante essa episiotomia. Eu me senti violada, violentada. [...] quando eu leio algum relato de violência sexual, como a vítima se sente depois, eu consigo traçar um paralelo...

Amarrar a gestante e colocá-la em ambiente hostil

Em agosto de 2014, fora relatado em matéria publicada no jornal Estadão, que o estado de São Paulo foi condenado a pagar uma indenização de cinquenta mil reais para uma ex-detenta que durante o trabalho de parto fora obrigada a permanecer algemada. Este fato ocorreu em 2011 e teve repercussão na mídia nacional. Após o ocorrido, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), publicou no Diário Oficial a Resolução nº 3, de junho de 2012, que não recomenda a utilização de algemas ou outros meios de contenção em detentos que sejam conduzidos ou permaneçam em unidades hospitalares, salvo se restar demonstrado a necessidade da sua utilização.

Há além desses exemplos, diversas outras maneiras de violência obstétrica, o desrespeito ao direito à saúde da mulher é violado de forma muitas vezes inconsciente, não há como falarmos sobre direitos iguais se as medidas devem ser tomadas de forma equitativa. Um homem não passa pela gestação, logo, no âmbito da saúde, não têm as mesmas demandas que as mulheres.

ANOREXIA

A precariedade da saúde da mulher não está presente apenas no âmbito da gestação, também consiste nos padrões de beleza impostos socialmente, que segundo David Joseph Bohm (2004), considerado um dos físicos teóricos mais importantes do século XX e que contribuiu com ideias não ortodoxas à neuropsicologia e filosofia da mente:

> O padrão estético de beleza atual, perseguido pelas mulheres, é representado imageticamente pelas modelos esquálidas das passarelas e páginas de revistas segmentadas, por vezes longe de representar saúde, mas que sugerem satisfação e realização pessoal e, principalmente, aludem à eterna juventude (BOHM, 2004, p.19).

Como aponta BORDO (1997, p. 24), o corpo extremamente magro da pessoa com anorexia, apresenta-se como uma caricatura do ideal contemporâneo de esbeltez exagerada para as mulheres, este que apesar das diferenças raciais e étnicas, tornou-se regra para as mulheres de hoje. A autora completa dizendo que "a magreza é apenas a ponta do iceberg, pois ela exige por si mesma interpretação". Primeiramente, notamos a inscrição dolorosamente literal no corpo anoréxico das normas que regem a construção de feminidade, Bordo (1997) afirma que a sociedade ainda associa concepções domésticas ao feminino, per-

siste em amarras ideológicas sobre a divisão sexual do trabalho rigorosamente dualista, a mulher como maior nutridora emocional e física. As regras dessa construção do feminino fazem com que as mulheres aprendam a alimentar outras pessoas, mas não a si mesmas, e que o desejo de autoalimentação deve ser considerado voraz e excessivo.

> A fome feminina, no entanto, é retratada como algo que precisa ser refreado e controlado e o comer feminino é visto como um ato furtivo, vergonhoso, ilícito, como nos comerciais de Andes Candies e Mon Chéri, onde um "minúsculo pedacinho" de chocolate, saboreado em particular, vem a ser a generosa recompensa por um dia de cuidados dedicados aos outros (BORDO, 1986, p. 25)

A alimentação não é a questão a ser analisada no presente tópico, mas sim apontar que o controle do apetite das mulheres é o que há de mais concreto sobre a norma geral que rege a construção da feminidade, de que a fome feminina deve ser contida (BORDO, 1989). A autora completa dizendo "No corpo da anoréxica, essas normas são impiedosas e profundamente gravadas como se o fossem com água-forte[17].

TRABALHO

O artigo 7º, inciso XX, assegura a proteção da mulher no mercado de trabalho mediante incentivos específicos.

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> [...]
> XX - Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; (BRASIL, 1988, Art. 7º).

O próprio dispositivo reconhece a vulnerabilidade do sexo feminino no mercado, isso está relacionado também à construção do papel da mulher na sociedade, embora atualmente os avanços estejam evidentes, principalmente por termos em nossa CF/88 o dispositivo supracitado que em seu texto propõe medida para a equidade da situação, a carga cultural e sociológica que as mulheres carregam, insiste em acompanha-las.

[17] Mistura de água e ácido azótico usada para desoxidar e gravar metais. (N. da T.)

A dicotomia entre público e privado de faz útil para a compreensão da divisão sexual do trabalho. Relacionamos as mulheres à esfera privada e os homens à esfera pública. Partimos da ideia de que a mulher está mais direcionada à própria natureza e o homem mais direcionado à cultura. Dizer que a mulher está associada à natureza, se fundamenta em ser mãe e o papel que ela exerce na criação da prole. Dessa ligação direta sobre mulher e instinto materno que se criou, a esfera de atividades das mulheres se tornou principalmente doméstica; enquanto a dos homens, espaços políticos e públicos (BRANCO et al., 2001, p.1.7).

Danièle Kergoat[18] (2003, p.55), aponta que a situação em que se encontram os homens e mulheres, não são frutos meramente de um destino biológico, mas principalmente e primeiramente resultados de construções sociais. Diz ainda que "homens e mulheres não são uma coleção – ou duas coleções – de indivíduos biologicamente distintos", mas sim que constituem em dois grupos sociais e que de direcionam em um só grupo de relações: as relações sociais de sexo. Assim como qualquer e toda relação social, as relações sociais de sexo também têm uma base material, o trabalho, que se expressa através da divisão social do trabalho entre os sexos, nomeada, em suma, "divisão sexual do trabalho".

Para Kergoat, a divisão sexual do trabalho é uma maneira de dividir o trabalho social mediante relações sociais de sexo. Explica que isso se adapta historicamente e a cada sociedade. A autora menciona que a divisão sexual do trabalho tem por características, em primeiro lugar, a prioridade em destinar os homens à esfera produtiva e as mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a ocupação de cargos agregados de forte valor social pelos homens.

Para Kergoat (2003) a divisão social do trabalho se baseia em dois princípios: o Princípio da Separação, que consiste em estabelecer que existem trabalhos de homens e trabalhos de mulheres e, o Princípio da Hierarquização que consiste em dizer que o trabalho de homem, vale mais que o trabalho de mulher.

Quando falamos sobre trabalho, atualmente, conectamos a ideia de produção, trabalhar é produzir. Essa produção está apenas relacionada ao material,

[18] Danièle Kergoat. Acadêmica e socióloga feminista francesa. Sua pesquisa enfoca gênero e relações sociais de sexo, trabalho, movimentos sociais, o poder de agir.

produzir movimentação econômica em nossas vidas, é necessário produzir renda para garantir os meios de existência. Não se diz sobre o trabalho necessário para a reprodução da espécie, ou seja, o trabalho exercido na vida privada, não se conectam à produtividade supracitada.

Embora os movimentos políticos tivessem sido alicerce para que a inferioridade e subordinação da mulher ao homem começassem a causar mudanças em sua estrutura e consequentemente, para a inserção da mulher no mercado de trabalho, com o passar dos anos, notou-se o enfraquecimento dessas lutas sociais, como se a questão da desigualdade de gênero no mercado de trabalho estivesse sanada, o que não é verdade.

Desigualdade de gênero no mercado de trabalho é assunto antigo, mas que ainda persiste no nosso país. Conforme dados apontados pelo Semesp, atualmente, existem mais mulheres com formação no ensino superior (55,1%) atuando no mercado de trabalho do país e no número de admitidos entre janeiro a dezembro de 2019, principalmente na faixa etária de 25 a 34 anos, mas entre os admitidos acima de 55 anos, os homens predominam.

Embora o número de mulheres admitidas seja maior e o conhecimento sobre este fator nos dê melhores esperanças, quando passamos a analisar o rendimento médio mensal entre os gêneros, percebemos que as mulheres são mais contratadas, pois recebem menor salário. Os homens admitidos com ensino superior têm sua média salariam em R$ 4.640,00 (quatro mil seiscentos e quarenta reais), enquanto as mulheres admitidas com ensino superior têm sua média salarial em R$ 3.287,00 (três mil duzentos e oitenta e sete reais) a diferença salarial é de 41% entre os gêneros. O levantamento também aponta que as mulheres têm pouca evolução salarial, enquanto os homens apresentam grandes avanços após os 30 anos de idade.

Bruschini (1995 apud KON, 2002, p. 93) aponta que no Brasil, essas relações ainda existem predominantemente assimétricas e hierárquicas, destaca que as posições ocupadas por ambos os sexos são desiguais, tanto quando falamos sobre produção, quanto nas relações familiares. As oportunidades de trabalho decorrem em grande parte do papel da mulher na sociedade, no âmbito familiar e doméstico, da capacidade de conciliar o trabalho profissional com o doméstico e de sua capacitação (conotação diferente da de escolaridade) para exercer funções hierarquicamente maiores.

ALIMENTAÇÃO

A alimentação é um direito inerente à dignidade da pessoa humana e alicerce para a fruição dos Direitos Fundamentais. É dever do poder público a adoção de políticas e ações concretas para a promoção e garantia da alimentação adequada, de forma igualitária, sem qualquer tipo de discriminação a todos os brasileiros.

A insegurança alimentar e nutricional (ISAN) é um tipo de injustiça social que consiste em irregularidade e inconstância no acesso à alimentação nutritiva em qualidade e quantidade suficiente, ou também, em preocupação com a ausência do alimento no futuro, fato que compromete o acesso a outros Direitos Fundamentais e necessidades essenciais. A ISAN é um fenômeno multidimensional de natureza política, econômica, de meio ambiente e sociocultural, que gera impactos relacionados à disponibilidade, ao acesso, à utilização e à estabilidade no fornecimento dos alimentos.

Ao contrário do que pensamos, os casos de ISAN não resultam apenas em carências nutricionais, fome, desnutrição, mas também em excesso de peso, doenças crônicas, consumo de alimentos de baixa qualidade ou prejudiciais à saúde, estresse e sofrimento emocional, perda da autoestima e exclusão social. A ISAN é um problema mundial de saúde e está diretamente ligado à luta pelo Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA).

Nos últimos anos, diversos relatórios comprovaram que o sexo feminino é mais vulnerável a ISAN que o sexo masculino, portanto, discutir sobre a justiça de gênero é de extrema importância para promover a Segurança Alimentar e Nutricional (SAN) ao redor do mundo. No Brasil, a Pesquisa Nacional por Amostra Domiciliar de 2013 (PNAD 2013), aponta dados que evidenciam a prevalência de aproximadamente 19% de ISAN moderada e grave em domicílios chefiados por mulheres. Os resultados desta pesquisa evidenciam que a desigualdade entre homens e mulheres é um motivo para o surgimento de quadros de ISAN entre as mulheres e suas famílias, principalmente quando as mulheres são responsáveis pela renda familiar.

Ao início, mencionamos a construção social dos estereótipos de papéis de gênero, também a relacionando com a educação e com o trabalho, desta maneira, podemos também dizer que em decorrência desta construção sociocultural, o acesso das mulheres aos alimentos de forma regular, permanente, de qualidade e quantidade suficiente também se compromete. Para o acesso aos alimentos, as

mulheres estão condicionadas à relação de poder dentro de sistemas patriarcais e capitalistas, estes que geralmente atribuem ao sexo feminino menor poder que o sexo masculino, em decorrência disto, menos acesso aos alimentos e outros bens e serviços.

A Segurança Alimentar e Nutricional (SAN) no Brasil tem como base práticas alimentares que promovem saúde, sempre respeitando as diversidades culturais, ambientais, econômicas e que sejam socialmente sustentáveis. O conceito de SAN no país, reúne dimensões biológicas, econômicas, políticas, culturais e sociais que determinam a alimentação dentro dos processos humanos. Diante disso, surgem padrões de sistemas que afirmam que a produção de ISAN consiste em processos que são quadros de crise desses sistemas, estando diretamente ligados e que requerem soluções igualmente sistêmicas e coordenadas. Essa reunião de sistemas contribui na compreensão das interações, mas também apresenta requisitos ao processo que constrói um sistema nacional de segurança alimentar e nutricional.

No Brasil, os programas de transferência direta de renda tiveram suas primeiras iniciativas na cidade de Campinas, no início dos anos 1990, com o Programa Municipal de Renda Mínima. Em Brasília, surge o Programa Bolsa Escola e, já em 2001, o Programa Bolsa Alimentação, criado pelo Ministério da Saúde, além de outros auxílios financeiros vinculados ao programa "Comunidade Solidária" (ANSCHAU, 2012. p. 178).

A partir de 2002, o Programa Fome Zero foi destaque da política social do então Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva. Em 2003, fora anunciada a criação do Programa Bolsa Família, que visava consolidar uma estratégia de transferência condicionada de renda, priorizando a família como unidade de intervenção e proporcionando condições de superação das dificuldades materiais. O Programa Bolsa Família tem como alicerce a transferência de renda com o objetivo de promover alívio imediato da pobreza, condicionalidades que reforçam o acesso aos direitos sociais básicos nas áreas de educação, saúde e assistência social e programas complementares para que os beneficiários tenham a possibilidade de superar a posição de vulnerável (MDS, 2013)[19].

Nas discussões sobre o Programa Bolsa Família, as mulheres representam uma importante perspectiva referente à crítica sobre as responsabilidades em

[19] Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

peso vinculadas à reprodução social que recai sobre o gênero feminino (ASSUNÇÃO, 2012). Pela numerosa abrangência em número de famílias beneficiárias e por sua influência nas relações entre os envolvidos nas ações do Estado, o programa é tema de pesquisas que refletem sobre a incorporação de padrões de relações de gênero e concepção de família e da mulher nos programas assistenciais voltados a ela. Quando relacionamos o Programa Bolsa Família ao combate à pobreza, pode-se compreender a contribuição dele aos pensamentos que sustentam as estruturas que associam diretamente a mulher ao papel da maternidade e às tarefas pertencentes à esfera produtiva clássica (MARIANO, 2009).

Isso porque o Programa Bolsa Família definiu a mulher como titular preferencial, pois nos lares das famílias mais carentes é esse o ideal predominante e esperado, visto que há prevalência de aproximadamente 19% nos casos de ISAN em famílias chefiadas por mulheres (PNAD 2013), as pesquisas abordando essa preferência na titularidade contou com grande aprovação popular. Um estudo apontou que 87,5% dos titulares do programa acham que a titularidade do programa deve ficar em nome da mulher – a maioria das pessoas entrevistadas era do sexo feminino; 64% afirmaram que elas "conhecem melhor as necessidades da família" e 17,1% afirmaram que elas "tendem a gastar com alimentação e com os filhos", além disso, há concordância implícita por parte dos beneficiados e de gestores sobre a titularidade preferencial às mulheres (IBASE, 2008, p.15).

Na região litoral de Pernambuco, Assunção (2012) em uma pesquisa com mulheres pescadoras, registrou que as mulheres são as maiores e principais responsáveis pelo gasto do benefício. Embora fosse esperado que o Programa Bolsa Família apresentasse um potencial para o empoderamento feminino, isso não ocorreu, pois o programa não fora criado com este intuito, fora desenvolvido para nada além do alívio da pobreza socioeconômica, para um processo de mudanças nas relações familiares, especialmente entre o casal (NADÚ, 2013, p.2).

Quando falamos sobre segurança alimentar, devemos incluir as questões de gênero, pois o sexo feminino é tradicionalmente responsável pela distribuição, preparo e cuidados com os alimentos na família e a estrutura patriarcal[20] ainda presente na sociedade contemporânea gera desvantagens nas condições nutricionais do sexo feminino. Desta maneira, surge a questão: qual a maneira

[20] Sistema social em que homens mantém o poder e liderança. Em âmbito familiar, o pai mantém autoridade sobre a esposa e os filhos.

de incorporar à perspectiva de autonomia feminina a discussão sobre os direitos básicos como o acesso a alimentação adequada? (LAVOR, 2012, p. 16). O Direito Humano a Alimentação Adequada deve captar o processo de transformação da natureza em natureza humana, ou seja, em gente saudável, participativa e cidadã (LAVOR, 2012, p. 17).

A fome ronda a vida das pessoas mais vulneráveis economicamente, e as mulheres formam o grupo mais frágil socialmente. Tudisco (1985), em estudo sobre os padrões alimentares de mães de baixo nível socioeconômico durante a fase de amamentação e após o desmame, concluiu que 69% das mulheres analisadas apresentavam dieta inapropriada, ocasionando baixa ingestão de calorias e nutrientes essenciais, o que proporcionava risco de insegurança alimentar para essas mulheres.

MORADIA

Conforme apontamos ao discorrer dos tópicos desta tese, com a precarização do estudo relacionada à construção sociocultural da mulher, podemos perceber que este é o ponto principal para a desigualdade entre os sexos, Saviani (1991, p. 55) afirma que o estudo das raízes históricas da educação contemporânea ressalta a relação entre a educação e a consciência que o homem tem de si mesmo, esta que se modifica de tempos em tempos, de lugar para lugar, conforme o modelo ideal de homem e sociedade. Diante disso, fica claro o papel que a educação exerce na constituição do ser e que pela sua desigualdade latente entre sexos desde o Brasil Colônia, tece desigualdade em todos os tópicos aqui discorridos.

Embora as conquistas sob a estrutura do patriarcado, Saffioti (1997), afirma que o poder ainda é "macho, rico e branco", fazendo referência às inúmeras e diferentes formas de aparecer da desigualdade, que se manifestam nas condições de classe, gênero e etnia, que estão relacionadas aos sistemas de dominação e exploração (capitalismo, patriarcado, racismo), entendidos numa unidade simbiótica[21], que se tornaram inseparáveis ao longo de um processo histórico, não sendo formado, portanto, "em três diferentes ordenamentos das relações sociais, correndo paralelamente" (SAFFIOTI, 1997, p. 61). Afirma ainda a autora que esses três antagonismos, "entrelaçam-se de modo a formar um nó".

[21] Dois ou mais seres que, apesar de pertencerem a diferentes espécies, são definidos como um só organismo.

A pesquisa realizada por Vianna (1985-1990) na cidade de Teresina, no Piauí, sobre ocupações urbanas, tinha como objetivo a reconstituição do processo de lutas por moradia, por ocupações de terrenos urbanos, buscando identificar, entre outros aspectos, como ocorreram aquelas ocupações, quais os interlocutores estabelecidos no processo de lutas, como estes tornaram suas reivindicações visíveis, de que maneira resistiram às investidas repressivas, como conversavam e negociavam com o poder público e como as negociações contribuíram para a redefinição das relações entre as formas associativas do campo popular e o poder público.

A pesquisa fora realizada em um período marcado pela ação dos sem teto em Teresina, estes que com suas lutas deixaram suas marcas da resistência pela moradia, tornando possível iniciativas posteriores, também contribuindo para a construção de novas formas de gestão pública no âmbito local. Não podemos desconsiderar a desigual relação entre homens e mulheres no que tange direito à moradia.

Sabe-se que por ser registrada sob a ótica dos dominantes, a história pode por consequência, dissimular, ocultar, desconsiderar, banalizar ou diminuir suas páginas mais obtundentes. Castells (1999, p. 170), aponta que muitas lutas urbanas, "foram movimentos feministas que envolviam as necessidades e a administração da vida diária":

> [...] o progresso mais importante a partir dos anos 80 foi o extraordinário aumento no número de organizações de base popular, em sua grande maioria criadas e dirigidas por mulheres nas áreas metropolitanas dos países em desenvolvimento. Essas organizações foram estimuladas por explosões demográficas urbanas, crises económicas e políticas de austeridade ocorridas simultaneamente, que deixaram as pessoas, e particularmente as mulheres, frente a frente com o simples dilema entre lutar ou morrer (CASTELLS, 1999, p. 223).

Alejandra Massolo (1992, p. 338 apud CASTELLS. 1999, p. 223¬-4), analisou movimentos sociais femininos urbanos mais recentes e aponta que:

> A subjetividade feminina quanto a experiências de luta é uma dimensão reveladora do processo de construção social de novas identidades coletivas através de conflitos urbanos. Os movimentos sociais das décadas de 70 e 80 tornaram visíveis e perceptíveis as diferentes identidades coletivas de segmentos das classes populares. As mulheres faziam parte da produção social dessa nova identidade coletiva partindo de suas bases territoriais diárias transformadas em bases para a ação coletiva. Elas conferiram ao processo de construção da identidade coletiva a marca dos múltiplos significados, motivações e expectativas do gênero feminino, um conjunto complexo de significados encontrados nos movimentos urbanos, mesmo quando as questões de gênero não são explícitas e quando seus quadros constitutivos são mistos e os homens assumem a liderança.

Embora regulado por leis que garantem a função social da propriedade urbana, o Estado se mantém calado, ou até passa a promover segregação socioespacial e a desigualdade com diversas políticas que sustentam os interesses de proprietários, de agentes imobiliários e de outros sujeitos de direito consolidados. As mulheres têm muitos adversários neste aspecto, inclusive no próprio espaço doméstico, podem tanto serem materializados no marido ou no pai descrentes na luta.

TRANSPORTE

Ao entrarmos neste tópico, interessante salientarmos que o direito ao transporte público na vida da mulher brasileira é violado de maneira diferente dos demais citados nesta tese. Não dizemos sobre suas dificuldades ao conseguir efetivar seu direito fundamental ao transporte, mas sobre os assédios constantes que elas estão sujeitas a enfrentar.

O assédio sexual no transporte público também se trata de fenômeno jurídico recente, após a sanção da Lei nº 13.718/2018 que trouxe a pena de 1 a 5 anos de reclusão para os crimes de importunação sexual, fato importante que passou a mostrar para a população feminina que assédio sexual nos transportes públicos é crime e as mulheres que sofrem com esse problema estão amparadas pela referida lei.

A violência contra a mulher é uma conduta presente desde o surgimento da cultura patriarcal, que além de contribuir para o surgimento da violência, também contribuiu para a naturalização desta prática na sociedade. Cunha (2014) afirma:

> [...] A violência contra a mulher é um fenômeno antigo e, também por isso, muito banalizado. Ele se encontra justificado por pressupostos biológicos bem duvidosos, mas infelizmente comuns, que apontam a mulher como ser mais frágil, de menor força física e capacidade racional, que por sua própria natureza domesticável tem tendência a ser dominada, pois necessita de alguém para protegê-la e orientá-la. (CUNHA, 2014, p. 2).

Segundo Porto e Amaral (2014), o patriarcado foi instituído na sociedade, pela criação do arado[22]. Neste momento o homem passa a dominar desde a produção agrícola até as mulheres, dando início à submissão das mulheres ao patriarca, apenas sendo atribuído a elas as funções da criação dos filhos e cuidados com a casa.

[22] Ferramenta agrícola usada no preparo da terra que vai ser plantada.

> [...] A sociedade passou a ser patriarcal quando o homem se tornou sedentário e passou a dominar a produção e administrar o excedente e a propriedade, a partir da invenção do arado. Neste momento da história, o homem toma consciência do seu papel na reprodução humana; e a fidelidade feminina passa a ser exigida, para que a herança seja transmitida aos filhos. Começa então a surgir a opressão feminina, com a subordinação da mulher ao direito paterno para garantir a transmissão de sua linhagem e propriedade. Nesse sentido, com o advento da propriedade, ocorreu a "derrota histórica do gênero feminino" e a partilha de tarefas, cabendo a mulher exclusivamente, as funções da criação dos filhos e os cuidados da casa, ficando cada vez mais afastada das funções sociais (PORTO; AMARAL, 2014, p. 211).

Maximilian Karl Emil Weber , intelectual, jurista e economista alemão considerado um dos fundadores da Sociologia (1991, p. 235), destaca como eram tratados aqueles que estavam sob autoridade do patriarca:

> Precisamente a primitiva concepção patriarcal trata, ao contrário, - e isto também após o reconhecimento. (de modo algum "primitivo") das relações entre procriação e nascimento -, o poder doméstico sob o aspecto de propriedade: os filhos de todas as mulheres submetidas ao poder doméstico de um homem, seja esposa, seja escrava, são considerados, independentemente da paternidade física, "seus" filhos, bem como são considerados seu gado os animais nascidos de seus rebanhos. (WEBER, 1991, p. 236).

Necessário se faz definir o que é violência sexual e assédio sexual. O relatório mundial sobre violência e saúde, publicado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2002, caracteriza violência sexual:

> [...] qualquer ato sexual, tentativa de obter um ato sexual, comentários ou investidas sexuais indesejadas, ou atos direcionados ao tráfico sexual ou, de alguma forma, voltados contra a sexualidade de uma pessoa usando a coação, praticados por qualquer pessoa independentemente de sua relação com a vítima, em qualquer cenário, inclusive em casa e no trabalho, mas não limitado a eles. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2002).

A violência sexual consiste em todo e qualquer ato de cunho sexual ou sua tentativa, contra a sexualidade de um indivíduo utilizando a coação em qualquer cenário.

O assédio sexual é caracterizado por comportamento de cunho sexual praticado pelo agressor de maneira repetitiva, após tentativa não recepcionada pelo destinatário. Pamplona Filho[23] (2011) conceitua: "toda conduta de natureza sexual

[23] Professor de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuadamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual" (PAMPLONA FILHO, 2011, p. 35).

Segundo Santos (2016), os assédios sexuais nos transportes públicos podem ocorrer de várias formas, vejamos:

> [...] abordagens invasivas, constrangedoras e ameaçadoras de cunho sexual, sem o consentimento da outra parte. Podendo manifestar-se na forma de toques indesejados em partes íntimas das passageiras e dos chamados "encoxamentos" – termo popular para descrever o ato de o passageiro encostar-se maliciosamente contra o corpo das mulheres. O assédio sexual apresenta-se também na forma verbal e através de atos obscenos, quando o passageiro exibe e/ou toca os órgãos genitais em público, geralmente encarando para uma mulher (SANTOS, 2016, p. 12).

O assédio sexual praticado nos meios de transporte público pode se apresentar de diversas maneiras, tanto por abordagens invasivas, toques indesejados em partes íntimas das passageiras e dos chamados "encoxamentos", podendo também manifestar-se na forma verbal e através de atos obscenos.

Gomes (2018) registrou relatos de vítimas de assédios, diferente do que estabelece o ordenamento jurídico brasileiro, os assédios em transporte público ocorrem de forma discreta.

> Uma característica comum nestes casos é que, dos relatos, nota-se que o agressor não faz usos de "violência ou grave ameaça, como comumente é conceituada no âmbito jurídico. Conforme, já exposto, o agressor se utiliza da aglomeração e do confinamento dos coletivos para se aproveitar das vítimas e promover apertões, passada de mão, "encoxadas" e até mesmo ejaculações. (GOMES, 2018, p. 33).

Não há uso de violência ou grave ameaça. Os agressores agem na superlotação, na aglomeração, promovendo apertões, passadas de mão, "encoxadas" e, até mesmo ejaculações. Gomes (2018) acrescenta:

> Necessário destacar que em sua maioria **o quantitativo dos meios de transportes coletivos, principalmente os ônibus e metrôs, são insuficientes para a demanda existente, causando a superlotação e facilitação da prática de delitos furtivos contra as mulheres**. Como se não bastasse este fato, por muito tempo esse tipo de comportamento foi tido como natural: ausência de amparo às vítimas e de punição aos culpados por gerar poucas (GOMES, 2018, p. 33). (Grifo Nosso).

A prática do assédio sexual viola a dignidade humana, pois causa sérias consequências às vítimas. Neste sentido, Silva (2018) acrescenta:

> A violência sexual pode acarretar consequências como depressão, isolamento, culpa, constrangimento, ideação suicida, vergonha do próprio corpo, irritabilidade, entre outros prejuízos à vítima, em curto e longo prazo (WILLIAMS, 2014). Adicionalmente, há risco de abuso de álcool e drogas, síndrome do pânico, baixa autoestima (Casique & Furegato, 2006), fobias e Transtorno de Estresse Pós-Traumático (Faúndes, Rosas, Bedone, & Orozko, 2006) (SILVA, 2018, p. 27).

Diante disso, podemos perceber que além do constrangimento e medo de que a mulher passa durante o ato do assédio, há ainda a possibilidade de o ato acarretar-lhe problemas psicológicos graves.

LAZER

Apesar de apresentar-se como um direito social na Constituição Federal de 1988, há no Brasil, uma escassez de estudos aprofundados sobre o lazer. Nos Estados Unidos, na União Soviética e em diversos países da Europa Ocidental, há um grande volume de estudos feitos sobre o assunto e pela alta qualidade desses estudos, fora reivindicado o surgimento da "Sociologia do Lazer". A definição de lazer mais adotada pelos estudiosos é dada por Joffre Dumazedier (1973, p. 34), sociólogo francês, pioneiro nos estudos do lazer, professor na Sorbonne, Université René Descartes:

> O lazer é um conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se e entreter-se ou, ainda, para desenvolver sua informação ou formação desinteressada, sua participação social voluntário ou sua livre capacidade criadora após livrar-se ou desembaraçar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais (DUMAZEDIER, 1973, p. 34).

O autor relaciona o lazer com a satisfação de certas necessidades humanas como descanso, diversão, recreação, distração, desenvolvimento intelectual. Ele caracteriza lazer como uma atividade ou inatividade voluntária, onde o indivíduo sente-se liberto de qualquer "prisão".

Devido à escassez de estudos aprofundados sobre o lazer no Brasil, ao nos debruçarmos sobre este tópico em direção aos Direitos Fundamentais na vida da mulher brasileira, enfrentamos a falta de pesquisas e estudos sobre a falha da aplicação deste direito especialmente na vida das mulheres. Utilizamos como meios de pes-

quisa o Google Acadêmico, Scielo[24], Portal da CAPES[25] e BDTD[26], encontramos alguns artigos relacionados ao direito de lazer, mas nada diretamente relacionado ao ponto que pretendemos trazer à presente pesquisa, portanto, a linha de pensamento sobre o lazer na vida da mulher brasileira, será desenvolvida com autonomia.

Conforme aponta Dumazedier (1973, p. 34), o lazer é um conjunto de atividades que o indivíduo se entrega por livre e espontânea vontade e, ao final, o próprio autor cita que isso ocorre "após livrar-se ou desembaraçar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais". Seria possível dizer que a mulher, dada sua construção sociocultural voltada ao lar e à maternidade, exercer o pleno direito ao lazer? Desembaraçar-se das obrigações familiares e sociais não é tão simples assim, diferentemente das obrigações profissionais que têm respaldo na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/43), principalmente para o sexo feminino.

O papel da maternidade sempre foi construído como o ideal máximo da mulher, associado a um sentido de renúncia e sacrifícios prazerosos. Ao final do século XVIII, e no século XIX, a mulher foi agregada ao papel da boa mãe, dedicando-se integralmente à maternidade, responsável pelo espaço privado, privilegiadamente representado pela família (Braga & Amazonas, 2005).

Ao longo da história a maternidade tornou-se a única função feminina valorizada socialmente, desde o início das civilizações se estendendo até meados do século XX, a função de ser mãe permitia que a mulher fosse reconhecida e valorizada. Desta maneira, ser mãe seria pertencer a uma classe especial, ter uma posição de prestígio dentro da sociedade. Entretanto, apesar de a maternidade ser apontada como um evento inerente à condição feminina, Elisabeth Badinter[27] (1985) declara que o amor materno é resultado de uma construção sociocultural, nada tendo a ver com instinto, fator sanguíneo ou determinismo da natureza. A sacralização da figura materna surgiu como maneira de reprimir o poder e a autonomia da mulher, com a construção de um discurso que culpa e ameaça, caso ela não cumpra o dever da maternidade "natural e espontâneo".

[24] Scientific Electronic Library Online

[25] Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior

[26] Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações

[27] Filósofa, autora e historiadora francesa. Ela é mais conhecida por seus tratados filosóficos sobre feminismo e o papel da mulher na sociedade.

Não há como a mulher se livrar das obrigações familiares e exercer plenamente o seu direito ao lazer, pois se assim o fizesse, não estaria em sua totalidade, cumprindo o papel da maternidade. O direito ao lazer, torna-se, portanto, apenas uma idealização na vida da mulher.

SEGURANÇA

A segurança pública, segundo o Artigo 144 da Constituição Federal, é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sua função é preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

> E, no tribunal, todos dizem que a culpa é nossa. Nós, mulheres, sabemos provocar. Sabemos infernizar. Sabemos destruir a vida de um cara. Somos infiéis. Vingativas. A culpa é nossa. Nós que provocamos. Afinal o que estávamos fazendo ali? Naquela festa? Àquela hora? Com aquela roupa? Por que afinal aceitamos a bebida que nos foi oferecida? Pior ainda: como não recusamos o convite de subir até aquele quarto de hotel? (MELO, 2019, p. 73)

Patrícia Melo (2019)[28], em seu livro "Mulheres Empilhadas", no trecho transcrito acima, traz o real motivo do abalo ao direito à segurança pública da mulher. No trecho, a autora produz o que acontece após uma denúncia de violência ou abuso contra a mulher, a vítima é questionada, é colocada como "predadora" e ao invés de vítima, torna-se perante a sociedade julgadora, culpada. Como se o abecedário moral supracitado ainda estivesse nas entranhas de nossa sociedade, exigindo da "boa moça" comportamentos atribuídos ao seu gênero.

Para tratar sobre a agressão contra as mulheres, no Brasil, fora promulgada a Lei nº 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha. Segundo Streck [29] (2011), a Lei Maria da Penha é a ruptura das legislações anteriores que colocavam a questão da mulher em segundo plano. Na história da legislação brasileira é claramente perceptível que as mulheres eram tratadas de forma discriminatória. O autor aponta que a questão do estupro, por exemplo, era há pouco tempo considerado crime contra os costumes e não como crime contra a dignidade sexual como atualmente.

[28] Escritora, roteirista e dramaturga.

[29] Jurista brasileiro, conhecido principalmente por seus trabalhos voltados à filosofia do direito e à hermenêutica jurídica. É professor dos cursos de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e atua como advogado.

O Artigo 7º da Lei Maria da Penha reconhece cinco formas de violência contra a mulher:

> São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
>
> I - a **violência física**, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
>
> II - a **violência psicológica**, entendida como qualquer conduta que lhe cause danos emocionais 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, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
>
> III - a **violência sexual**, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
>
> IV - a **violência patrimonial**, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
>
> V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria (BRASIL, 2006). (Grifo Nosso).

Valéria Fernandes[30] (2015) afirma que, a reabilitação do agressor é uma importante medida, pois o problema real da violência contra a mulher está inserido em valores culturais do patriarcado que transformam a mulher em um indivíduo inferior e objetificado (a vítima que denuncia a violência livra-se do agressor, este que perpetuará o ciclo de violência em outra relação). A pesquisadora também aponta alguns conceitos errôneos sobre a violência contra a mulher que ainda hoje estão enraizados na sociedade e até mesmo no legislativo, vejamos:

> **1) conceito errôneo:** a violência doméstica é um evento isolado, pois na verdade a cada três mulheres do mundo uma sofreu violência; 2) conceito errôneo: os homens são tão maltratados quanto as mulheres, pois 95% das vítimas são mulheres; 3) conceito errôneo: a violência atinge classes sociais mais baixas, mas verdade é apenas mais visível nas classes inferiores, que não usam

[30] Promotora de Justiça especializada em Gênero e Enfrentamento à Violência contra a Mulher.

> serviços particulares; 4) conceito errôneo: os indivíduos com cultura e estudo não praticam violência, pois é a formação familiar e social que gera padrão violento e não a cultura; 5) conceito errôneo: os agressores sofrem de doença mental, pois menos de 10% dos agressores têm algum tipo de transtorno; 6) conceito errôneo: a violência é causada pelo uso de álcool ou drogas, pois não são essas substâncias que causam a violência, tanto que muitos atos são praticados por pessoas sóbrias; 7) conceito errôneo: as vítimas provocam o ato violento, pois, mesmo que a conduta da vítima contrarie o agente, a violência é sua responsabilidade; 8) conceito errôneo: as mulheres não abandonam os parceiros porque gostam da situação; na verdade, não rompem a relação em razão de sentimento de impotência, fraqueza e medo; 9) conceito errôneo: se a mulher abandona o parceiro, não sofre mais perigo, pois essa é a situação mais grave e 98% dos homicídios de mulheres na Espanha entre 1997 e 2000 ocorreram depois que elas denunciaram o agente ou pediram separação; 10) conceito errôneo: em regra, a violência doméstica produz lesões de menor gravidade, pois as mulheres sofrem mais sequelas em razão da violência do que em razão de acidentes de trânsito, assaltos ou outros crimes; 11) conceito errôneo: a violência psicológica é menos grave do que a física, já que essa violência afeta a saúde mental das mulheres e muitas têm estresse pós-traumático; 12) conceito errôneo: a violência é inata ao homem, pois a violência é apreendida como uma forma de solução de problemas (FERNANDES, apud BRASILEIRO, 2016). (Grifo Nosso).

Segundo o Mapa da Violência de 2015, no Brasil, a maioria dos responsáveis pela violência contra a mulher, são homens que as vítimas tiveram relações afetivas. A maioria das vítimas têm idade entre 18 a 30 anos, bem como, faixa etária que está compreendida a maior parte dos agressores. O fato de haver uma relação de afetividade entre o agressor e a vítima, pode estar relacionado ao sentimento de posse culturalmente enraizado na sociedade como herança histórica, pois como já mencionamos anteriormente, a mulher era considerada propriedade do marido. Esse sentimento de posse é sustentado culturalmente e influencia a mídia a romantizar essa posse. (PEREZ, 2015). Um exemplo disso, foi o assassinato de Eloá Cristina Pereira Pimentel, de 15 anos de idade, ocorrido no ano de 2008 em Santo André-SP. Lindemberg Fernandes Alves, de 22 anos de idade, não se conformou com o término do namoro com Eloá, efetuando o sequestro dela e uma amiga, tendo duração de 5 dias. A mídia transmitiu o caso dando ênfase ao ocorrido como um desentendimento do jovem casal, sem ressaltar que sequestro tratava-se de um crime, havia romantização de Lindemberg, que era tratado pela mídia como homem trabalhador e honesto (PEREZ, 2015).

A Lei Maria da Penha impede a retirada de denúncia realizada, por esse motivo, muitas mulheres decidem não denunciar seus agressores, temendo um arrependimento posterior e até mesmo medo da reação negativa do agressor. Mesmo a lei estando munida de medidas protetivas, muitas mulheres não se sentem confiantes para com a instituição como uma saída para as violências sofridas (JONG, LIN CHAU ET AL, 2008).

> Esses matadores de mulheres, eu aprendi, tem um vocabulário próprio. Você tem que saber traduzir o que eles dizem quando eles dizem "eu te amo". Quando eles dizem "eu te amo", saiba: eles estão dizendo que você tem dono. Quando eles falam que sentem ciúmes, você tem que entender que eles estão falando de direito de uso de propriedade. Você é como o carro dele. O celular dele. A casa dele. O sapato dele. Ele é o senhor do engenho. Você é a escrava. Ele é o fazendeiro. E você, o gado. Ele é o proprietário. E você, o produto. E seu casamento, seu namoro, seu vínculo são sua desgraça, sua condenação à morte. Quando ele pede desculpa, quando ele pede para voltar, ele está avisando: sua contagem regressiva já começou. Então é bom você ser esperta. Fuja desse homem. Desapareça. Apague a mensagem (MELO 2019, p. 88).

Neste outro trecho, tirado da obra literária de Patrícia Melo (2019), podemos perceber dois importantes pontos: 1) Simone de Beauvoir (BEAUVOIR, 1949, v.1, p.17), diz que a mulher se não fora sempre escrava do homem, era ao menos sua vassala, ou seja, considerada propriedade e devendo obedecer o "senhorio"; 2) a teoria do ciclo de violência (WALKER, 1979, citada por ANGELIM, 2004), se afirma quando Melo (2019) diz sobre o pedido de desculpas, pois a teoria diz que identificamos uma relação violenta a partir de uma perspectiva sistêmica e dinâmica. Walker afirma a existência de três fases: Construção da Tensão: incidentes menores, tende a considerar os fatos como se estivesse sob controle e há aceitação da conduta do agressor por meio de explicações racionalizadas. Tensão Máxima: há o descontrole da situação, as agressões são levadas ao extremo. Nesta fase, ocorre uma reconfiguração da dinâmica do relacionamento, podendo ocorrer a separação, intervenção de terceiros ou a manutenção da relação violenta. Lua de Mel: ocorre uma reestruturação do relacionamento. O agressor se demonstra arrependido, promete que nunca mais ocorrerão situações de violência na relação e reestabelece a relação conjugal. Ao longo do tempo, tende-se a iniciar um novo ciclo.

CONCLUSÃO

Apesar de significativas evoluções no âmbito jurídico relacionadas ao sexo feminino, ainda não podemos considerar que o inciso I do artigo 5º da República Federativa do Brasil de 1988, está correto ao dispor em seu texto que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações", embora possamos encontrar diversas disposições legais que protegem e reconhecem a vulnerabilidade da mulher frente às desigualdades, ainda estamos distantes de dizer que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Perfeita é nossa Carta Política em sua teoria, ocorre que em sua efetivação, deixa a perfeição teórica à deriva, pois há na vida da mulher brasileira uma construção sociocultural que a tornou inferior aos homens.

Ao apontarmos alguns dos Direitos Fundamentais, principalmente alguns dos Direitos Sociais que visam a garantia ao mínimo para a vida digna do ser humano, pudemos compreender que desde o Brasil Colônia de Portugal as mulheres são vítimas da desigualdade, o motivo sempre foi a construção sociocultural do feminino, ligando sempre a mulher à maternidade, às atividades domésticas e submissão ao marido.

Homens e mulheres não são iguais em direitos e obrigações, ambos são compostos por necessidades diferentes, tanto biologicamente, quanto socialmente, portanto, deveria o texto constitucional dispor sobre a equidade que, gradativamente, seria um possível caminho rumo à igualdade entre os sexos. Programas sociais foram criados para a promoção da equidade entre os sexos, leis foram promulgadas para proteger a mulher, mas a enorme distância de posições sociais entre homens e mulheres, enraizada e intrínseca na sociedade, torna a tentativa de equidade mais complexa.

Conforme aponta Simone de Beauvoir (1949, v.1, p. 17),

> Em quase nenhum país seu estatuto legal é idêntico ao do homem, e muitas vezes esse último a prejudica consideravelmente. Mesmo quando os direitos lhe são abstratamente reconhecidos, um longo hábito impede que encontrem nos costumes sua expressão concreta.

Ao perceber que as desigualdades são compostas pela construção sociocultural da mulher, a igualdade entre os sexos só será possível quando tal se dissolver, sabendo que biologicamente a mulher pode gerar vidas, mas não é sua obrigação, sequer fato que a define e que não deve submissão ao homem. Criar a mulher como ser humano livre, assim como é considerado o homem.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, H. B. *Aborto*: o grande tabu no Brasil. Católicas pelo Direito de Decidir. 2012.

AMARAL, W. N.; PORTO, M.L.: *Violência sexual contra a mulher*: Histórico Antecedentes Históricos. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/sepa/article/download/313/261>. Acesso em: 17 out. 2020.

Angelim, F. P. *Construindo novos discursos sobre a violência doméstica*: uma articulação entre a Psicologia Clínica e a Justiça. Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília, Brasília, 2004.

ANSCHAU, Francielle Richetti, *et al.* Rev. Nutr., Campinas, 25(2):177-189, mar./abr., 2012.

ASSUNÇÃO, Viviane Kraieski de *et al*. *Comer mais e melhor*: os impactos do Programa Bolsa Família na alimentação de famílias de pescadoras artesanais de Pernambuco. Amazônica - Revista de Antropologia, Vol. 4, No 2 (2012).

Badinter, E. (1985). *Um amor conquistado*: o mito do amor materno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

Barnett, S.A. 1983. "Humanity and Natural Selection." Ethology and Sociobiology 4:35- 51.

Bartky, Sandra. 1988. "Foucault, Femininty, and the Modernization of Patriarchal Power." In Feminism and Foucault: Reflections on Resistance, ed. Irene Diamond and Lee Quinby. Boston: Northeastern University Press.

BEAUVOIR, S. *O Segundo Sexo*: A Experiência Vivida. Tradução Sérgio Milliet. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

BEAUVOIR, S. *O Segundo Sexo*: Fatos e Mitos. Tradução Sérgio Milliet. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

BELLUCCI, N. P. Estranhamento; alienação e discriminação de gênero: o trabalho da mulher professora. In: ENCONTRO BRASILEIRO DE EDUCAÇÃO E MARXISMO, 5., 2011, Florianópolis. Anais... Florianópolis: UFSC, 2011. Disponível em: <http://www.5ebem.ufsc.br/trabalhos/eixo_03/e03f_t003.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

Bleier, R. 1984. Science and Gender: A Critique of Biology and Its Theories on Women. New York: Pergamon Press.

BOBBIO, Norberto, 1909- A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª Reimpressão.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

Bordo, Susan. 1985. "Anorexia Nervosa: Psychopathology as the Crystallization of Culture." The Philosophical Forum 17, n° 2 (Winter):73-103. Reprinted in Diamond and Quinby, 1988.

Bordo, Susan. 1989. "Reading the Slender Body." In Women, Science, and the Body Politic: Discourses and Representations, ed. Mary Jacobus, Evelyn Fox Keller, and Sally Shuttleworth. New York: Methuen.

Bordo, Susan. 1997. O corpo e a reprodução da feminidade: uma apropriação feminista de Foucault. In: JAGGAR, A.; BORDO, S. R. Gênero, corpo e conhecimento. Tradução de Tradução de Britta Lemos de Freitas. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempo. 1997. p.19-41. Disponível em: <https://crabgrass.riseup.net/assets/127594/versions/1/Jaggar,%20Alis%20%26%20Bordo,%20Susan%20G%C3%AAnero,%20Corpo,%20Sexualidade.pdf>. Acesso em: 03 set. 2020.

BRAGA, M.G.R. & Amazonas, M.C.L.A. (2005). Família: maternidade e procriação assistida. Psicologia em Estudo, Maringá, 10(1), 11-18.

BRANCO, Adélia de Melo et al.; FILHO, Anísio Lopes de Andrade et al (Org.). Capacitação em gênero e gestão social: Programa de Ações Afirmativas. Brasília: MDA/INCRA, 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [?2016]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao.html>. Acesso em 26 set. 2020.

Brasil. Decreto nº 7272, de 25 de agosto de 2010. Regulamenta a lei n 11.346, de 15 de setembro de 2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional com vista a assegurar o direito humano à alimentação adequada. Brasília, DF: Diário Oficial da União 2010.

Brasil. Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União 2006.

BRASIL. Ministério Da Justiça. Conselho Nacional De Política Criminal E Penitenciária. **RESOLUÇÃO Nº 3, DE 1º DE JUNHO DE 2012**. Brasília, DF: Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_23390310_RESOLUCAO_N_3_DE_1_DE_JUNHO_DE_2012.aspx>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Assistência em Planejamento Familiar: Manual Técnico. Secretaria de Políticas de Saúde. Área Técnica de Saúde da Mulher. 4. ed. 2002.

BORDO, S. R. O corpo e a reprodução da feminidade: uma apropriação feminista de Foucault. In: JAGGAR, A.; BORDO, S. R. Gênero, corpo e conhecimento. Tradução de Tradução de Britta Lemos de Freitas. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempo. 1997. p.19-41. Disponível em: <https://crabgrass.riseup.net/assets/127594/versions/1/Jaggar,%20Alis%20%26%20Bordo,%20Susan%20G%C3%AAnero,%20Corpo,%20Sexualidade.pdf>. Acesso em: 03 set. 2020.

Brody A, Spieldoch A, Aboud g. Género y Seguridad Alimentaria. Hacia una Seguridad Alimentaria y Nutricional con Justicia de Género. Informe Geral. Bridge 2014. Londres: Institute of Development Studies UK 2014.

BUENO, Silveira. 1898-1989. Silveira Bueno: minidicionário da língua portuguesa – Ed. rev. e atual – São Paulo: FTD, 2000.

CANOTILHO, 1991 *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTELLS. Manuel. O poder da identidade. São Paulo: Paz e Terra. 1999. v.2.

CUNHA, Bárbara M. Da. Violência contra a mulher, direito e patriarcado: perspectivas de combate à violência de gênero. Disponível em: <http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/12/Artigo-B%C3%A1rbaraCunha-classificado-em-7%C2%BA-lugar.pdf>. Acesso em: 07 set. 2020.

Desenvolvimento Regional: Processos, Políticas e Transformações Territoriais Santa Cruz do Sul, RS, Brasil, 11 a 13 de setembro de 2019 ISSN: 2447-4622. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidr/article/view/19085/1192612772>. Acesso em: 17 set. 2020.

DUMAZEDIER, Joffre. Lazer e Cultura Popular. São Paulo: Perspectiva, 1973. FAO, ADB. Gender equality and food security: Women's Empowerment as a Tool Against Hunger. Philippines: Asian Development Bank 2013. Fausto-Sterling, A. 1986. Myths of Gender: Biological Theories About Women and Men. New York: Basic Books.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha*: O Processo Penal no Caminho da Efetividade: Abordagem Jurídica e Multidisciplinar. São Paulo: Atlas, 2015.

Fried, B. 1982. "Boys Will Be Boys: The Language of Sex and Gender." In Biological Woman: The Convenient Myth, ed. R. Hubbard, M. S. Henifin, and B. Fried. Cambridge, Mass.: Shenkman.

GOMÁRIZ, Enrique. Los estúdios de gênero y sus fuentes epistemológicas: periodización y perspectivas. In: Fin de siglo. Genero Y cambio civilizatorio. (S.L.): Isis Internacional, 1992.

GOMES, Adriely L. *Violência sexual contra a mulher nos espaços públicos*: uma avaliação jurídica das ações do Judiciário e Legislativo. Disponível em: <https://monografias.ufma.br/jspui/handle/123456789/2684>. Acesso em: 22 ago. 2020.

Gould, S. J. 1981. The Mismeasure of Man. New York: W. W. Norton.

GUIMARAES, Fabrício; SILVA, Eduardo Chaves da; MACIEL, Sérgio Alberto Bitencourt. Resenha: "mas ele diz que me ama...": cegueira relacional e violência conjugal. **Psic.: Teor. e Pesq.**, Brasília, v. 23, n. 4, p. 481-482, Dec. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722007000400015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 out. 2020.

CISGENDER. Dicionário online de Cambridge. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/cisgender>. Acesso em: 28 ago. 2020.

HANDICAP. Dicionário online de Cambridge. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/handicap>. Acesso em: 28 ago. 2020.

Hubbard, R. 1982. "Have Only Men Evolved?" In Biological Woman: The Convenient Myty, ed. R. Hubbard, M. S. Henifin, and B. Fried. Cambridge, Mass.: Schenkman.

IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2013: Segurança Alimentar. Rio de Janeiro 2014.

IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2013: Segurança Alimentar. Rio de Janeiro 2014.

Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE). Repercussões do Programa Bolsa Família na Segurança Alimentar e Nutricional das famílias beneficiadas. Relatório Técnico (preliminar). Rio de Janeiro: IBASE, 2008. 273p. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. 2010. Acre, Rio Branco.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA (INEP). Censo Escolar, 2019. Brasília.

Jaret, P., and L. Nilsson. Photographs. 1986. *Our Immune System*: The Wars Within. National Geographic 169, n° 6:702-734.

JONG, Lin Chau *et al*. *Desistindo da denúncia ao agressor*: relato de mulheres vítimas de violência doméstica. Revista da Escola de Enfermagem da USP, v. 42, n. 4, p. 744-751, 2008.

JUSTIÇA determina que mulher algemada em parto seja indenizada. Estadão. 14 de agosto de 2014. Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,justica-determina-que-mulher-algemadaem-parto-seja-indenizada,1544024>. Acesso em: 08 set. 2020.

KELLER, E. F. 1983. *A Feeling For the Organism*. New York: W. H. Freeman.

KELLER, E. F. 1985. *Reflections on Gender and Science*. New Haven, Conn.: Yale University Press.

KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo. In: TEIXEIRA, Marilane, *et al*; (Org). Trabalho e cidadania ativa para as mulheres: desafios para as políticas públicas. São Paulo: Prefeitura Municipal. Coordenadoria Especial da Mulher, 2003.

KON, Anita. A economia política do gênero: determinantes da divisão do trabalho. Revista de Economia Política. v. 22, n. 3, jul. /2002.

LAVOR, Adriano de. Gênero, direitos humanos e segurança alimentar. In: Radis Comunicação e Saúde, 119, jul/2012. Rio de Janeiro, 24 p.

Lei Maria da Penha. Lei n 11.340 de 7 de agosto de 2006. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Presidência da República.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Lewontin, R., S. Rose, and L. Kamin, 1984. Not in Our Genes: Biology, Ideology and Human Nature. New York: Pantheon Books.

Lowe, M. 1978. "Sociobiology and Sex Differences." Sings 4, n° 1:118-126.

Maluf RS, Reis MC. Segurança alimentar e nutricional na perspectiva sistemática. In: Rocha C, Burlandy L, et al (Ed.). Segurança Alimentar e Nutricional: perspectivas, aprendizados e desafios para as políticas públicas. Rio de Janeiro: FIOCRUZ 2013.

Maluf, R. S, Reis MC. Segurança alimentar e nutricional na perspectiva sistemática. In: Rocha C, Burlandy L, et al (Ed.). Segurança Alimentar e Nutricional: perspectivas, aprendizados e desafios para as políticas públicas. Rio de Janeiro: FIOCRUZ 2013.

MARIANO, Silvana Aparecida; CARLOTO, Cássia Maria. Gênero e combate à pobreza: programa bolsa família. Estudos Feministas, Florianópolis, 17(3): 312, setembro-dezembro/2009.

MARTINS, A. L.; MENDONÇA, L. C. Aborto – Mortes Preveníveis e Evitáveis: dossiê. 2005. Rede Feminista de Saúde.

MDS - Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. RI Bolsa Família e Cadastro Único. Rio Branco, 2014. 6 p.

MELO, Patrícia. Mulheres Empilhadas. – São Paulo: LeYa, 2019. 288 p.

Menezes F, Burlandy L, Maluf RS. Princípios e Diretrizes de uma Política de Segurança Alimentar e Nutricional. Textos de Referência da II Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Brasília/DF: Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA) 2004.

NADER, P. R. A; BLANDINO, V. R. P; MACIE, E. L. N. Características de abortamentos atendidos em uma maternidade pública do Município da Serra – ES. Revista Brasileira de Epidemiologia, São Paulo, v. 10, n. 4. p. 615-624, dez. 2007.

NADÚ, Amanda do Carmo Amorim; SIMÃO, Andréa Branco; FONSECA, Maria do Carmo. Empoderamento feminino e relações de gênero no contexto do programa bolsa família em contagem: breves reflexões.

Nascimento RCD, Maluf RS. Construção do Sistema e da Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional: a experiência brasileira. Brasília, DF: Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA) 2009.

Njuki J, Parkins JR, Kaler A. Transforming Gender and Food Security in the Global South. Routledge studies in food, society and the environment. Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge: Routledge Taylor & Francis Group 2016.

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE. Relatório mundial sobre violência e saúde. Publicado em: 2002. Disponível em: <https://www.opas.org.br/wpcontent/uploads/2015/09/relatorio-mundial-violencia-saude.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O Assédio Sexual Na Relação de Emprego. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

Patel RC. Food Sovereignty: Power, Gender, and the Right to Food. PLoS Med 2012;9(6) e1001223. https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1001223.

Quantidade De Homens E Mulheres. **IBGE**, Brasília, [?2019]. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Quem matou Eloá. Direção: Lívia Perez. Produtora Doctela .2015. Documentário, 24 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4IqIaDR_GoQ>. Acesso em: 08 out. 2020.

REIS, A. P. P. Z., GOMES, G. A. *Práticas Pedagógicas Reprodutoras De Desigualdades*: A Sub Ades: A Sub-Representação De Meninas Entre Alunos Superdotados. Florianópolis, v.19, n.2, p.503-520, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v19n2/v19n2a13.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

RIBEIRO, Arilda Inês Miranda. Mulheres Educadas na Colônia. In: LOPES, Eliane Marta Teixeira; FILHO, Luciano Mendes de Faria; VEIGA, Cynthia Greive (Orgs.). 500 Anos de Educação no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte, MG: Autêntica, 2000, p. 79-94.

RODRIGUES, L. O. Minorias. *Mundo Educação*, Aparecida de Goiânia, [?2019]. Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/sociologia/minorias.htm>. Acesso em: 03 set. 2020.

SAFFIOTI, Heleieth. *O poder do macho*. 9. cd. São Paulo: Moderna. 1997.

SAMPAIO, Noelia. O preconceito na sociedade contemporânea. *Justiça e Cidadania*, Rio de Janeiro, 27 nov. 2015. Disponível em <https://www.editorajc.com.br/desconstruindo-o-preconceito-na-sociedade-contemporanea/>. Acesso em 06 set. 2020.

SANTOS, Maria da C. dos. Corpos em trânsito: um estudo sobre o assédio sexual nos transportes coletivos de Aracaju. Disponível em: <https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/8649/2/MARIA_CONCEICAO_SANTOS.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria dos Direitos Fundamentais: artigo. Disponível em <https://www.plinioleite.com.br/direito>. Acesso em: 23 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b.

SARMENTO, Manuel Jacinto. Gerações e alteridade: interrogações a partir da sociologia da infância. Educação & Sociedade, Campinas, v. 26, n. 91, p. 361-378, maio/ago. 2005.

SAVIANI, D. Educação: do senso comum à consciência filosófica. 10 ed. São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1991.

SCAVONE, L. Políticas feministas do aborto. Revista de Estudos Feministas., Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 675-80, mai. /ago. 2008.

Selim L. Gender Inequality and Food Security. In: THOMPSON PB, KAPLAN DM. (Ed.). Encyclopedia of Food and Agricultural Ethics. Dordrecht: Springer Netherlands 2013.

SEMESP. Desigualdade de Gênero no Mercado de Trabalho, 06 mar. 2020. Disponível em: <https://www.semesp.org.br/noticias/levantamento-semesp-desigualdade-genero-mercado-de-trabalho/>. Acesso em: 05 out. 2020.

SILVA, Luiza de M. Assédio sexual contra mulheres em transporte público: das passageiras à empresa. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/10822/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20%283%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 07 out. 2020.

SILVA, Maria Beatriz Nizza. A Educação da Mulher e da Criança no Brasil Colônia. In: STEPHANOU, Maria; BASTOS, Maria Helena Camara (Orgs.). Histórias e Memórias da Educação no Brasil, Vol. I: Séculos XVI-XVIII. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 131- 145.

Sobre discriminação, preconceito e outras expressões da desigualdade. **Carta Capital**, São Paulo, 13 jul. 2018. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/dialogos-da-fe/sobre-discriminacao-preconceito-e-outras-expressoes-da-desigualdade/>. Acesso em: 08 out. 2020.

SOUZA, Z. C. S. N. et al. Trajetória de mulheres em situação de aborto provocado no discurso sobre clandestinidade. Acta Paulista de Enfermagem, São Paulo, v. 23, n. 6, p. 732-736, maio/jun. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica in: CAMPOS, Carmem Hein de. (Org.) Lei Maria da Penha: comentada em uma Perspectiva jurídico-Feminina. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 430p.

SUFRAGISTA. Dicionário online informal, 10 dez. 2010. Disponível em: <https://www.dicionarioinformal.com.br/sufragista/>. Acesso em: 19 set. 2020.

Tobach, E., and B. Rosoff, eds. 1978-1984. Genes and Gender, vol. 1-4. New York: Gordian Press.

TUDISCO, Eliete Salomon *et al*. Comparação do padrão alimentar de mães de baixo nível socioeconômico durante a fase de lactação e após o desmame. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 19, n. 2, Apr. 1985.

VIANA, Masilene. R. *E os "sem-teto" também tecem a cidade*: as ocupações urbanas em Teresina (1985-1990). 1999. 187f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – PUC. São Paulo. UFPI. Teresina, 1999.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2015 – *Homicídios de Mulheres no Brasil*. 1ª Edição. Brasília – DF – 2015.

WEBER, Max. Economia e Sociologia: fundamentos da sociologia compreensiva. vol. 02. Disponível em: <https://ayanrafael.files.wordpress.com/2011/08/weber-meconomia-e-sociedade-fundamentos-da-sociologia-compreensiva-volume-2.pdf>. Acesso em: 09 out. 2020.

Morte Encefálica na UTI Neonatal: Interrupção de Suporte Vital e a Autorização Familiar

Andressa Ferreira de Mello

Eduardo Casado Moreno

Marcela Brito Oliveira

José Luiz Mansur Júnior

INTRODUÇÃO

A teoria natalista, dita como a adotada pelo sistema jurídico pátrio, considera o nascituro sujeito de "mera expectativa de direitos". E quanta expectativa, pontuamos. São nove meses de expectativas, de toda a família.

A preocupação ao tema proposto, fora minimizar as mazelas da não aceitação, por parte da família, do fim da vida nas UTIs neonatais, um local representativo de vitalidade e luz. Para corroborar, o conceito de nascituro por Hildebrand: "O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo". (HILDEBRAND, 2007, p. 205).

Perante tal conceito, há os seguintes questionamentos: Sobra compreensão quando houve tanto cuidado e expectativa de um fato como conceituado anteriormente futuro e certo, e logo em seguida há uma constatação de morte? E o pior, uma morte com pulso. Como convencer a família de que o prolongamento da vida por meios artificias só prolongaria seu sofrimento, geraria custos desnecessários, ocuparia leitos que poderiam salvar a vida de outro bebê e que muito seria benéfica a doação para transplante de órgãos?

DO NASCITURO

O Código Civil em seu artigo 2º expõe que "a personalidade civil começa do nascimento com vida", entretanto, mesmo que não haja a devida normatização acerca e desconsiderada a personalidade civil, são assegurados os direitos ao nascituro desde a concepção, traços da teoria Concepcionista, defendida por Diniz (2014).

Dentre tantos, ao nascituro é assegurado o pagamento de alimentos gravídicos provisionais ou definitivos por parte do reconhecido, vide a Lei nº 11.804 de 5 de novembro de 2008. Também o Estado tem obrigações quanto ao desenvolvimento digno e saudável do embrião, provendo à mãe a realização do atendimento pré e perinatal no Sistema Único de Saúde, conforme o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) nos artigos 7º e 8º:

> Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.
>
> Art. 8 o É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição

> adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016).

DO NASCIMENTO COM VIDA

A docimásia hidrostática de Galeno é um procedimento feito pela perícia médico-legal que se certifica se o bebê realmente "nasceu" ou se trata de um natimorto (que faleceu em útero materno ou no momento do parto). Se o bebê iniciou a sua primeira troca gasosa, isto é, se ele começou a respirar, e tempo depois veio a falecer. Por isso, é imerso o parênquima pulmonar em meio aquoso.

Existem também outros procedimentos como: avaliação pulmonar visual, que analisa características como cor, consistência, *intra viatam* ou *post mortem*, entre outros aspectos do pulmão, radiológica, que verifica se houve dilatação do órgão devido o recebimento de ar e a existência de bolsa de ar no estômago e a existência de gases intestinais.

MORTE E MORTE ENCEFÁLICA

O Código Civil estabelece diversas espécies de mortes, mas a mais evidente e certa é a morte real. Trata-se a morte real do óbito adequadamente atestado por médicos, quando identificada a cessação das ondas cerebrais. Isso ocorre quando o cérebro não mais se comunica com o restante do corpo, ainda que alguns órgãos funcionem temporariamente. A ME não pode ser confundida com dano cerebral grave, com estado vegetativo persistente, morte cortical ou anencefalia.

No Brasil, ele foi aludido pela primeira vez em 1968, por ocasião do primeiro transplante cardíaco. A *posteriori*, em 1983, a Clínica Neurológica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, por meio de seus docentes, estabeleceu o conceito de morte encefálica, o qual passou a ser aceito e utilizado por todo o País.

Em 1991, o Conselho Federal de Medicina (CFM) regulamentou o diagnóstico de morte encefálica para pessoas com idade superior a 2 anos. Então a Lei Nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, estabeleceu que a competência para definição dos critérios para o diagnóstico de morte encefálica cabia ao Conselho Federal de Medicina. Assim, nesse mesmo ano, a concepção de morte encefálica foi revista por uma "câmara técnica" formada por vários neurologistas, resultando na Resolução n°. 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina, que ampliou o conceito anterior de

morte encefálica, definindo critérios para crianças recém-nascidas a termo até 2 anos de idade, considerando não haver consenso sobre a aplicabilidade desses critérios em crianças menores de 7 dias e prematuros.

No Brasil e em outros países, essa condição representa a morte da pessoa, embora a aceitação do diagnóstico por parte da sociedade seja incompreensível, ainda que o diagnóstico de morte seja compatível com batimentos cardíacos, uma vez que, com os avanços tecnológicos, atualmente, é possível manter uma pessoa ligada a aparelhos por anos.

A incidência de morte encefálica em Unidades de Terapia Intensiva no Brasil é bem comum e possui diversas causas quando se trata de adultos. Do total de óbitos de um hospital, estima-se que de 1% a 4% sejam por ME. Em unidades de terapia intensiva, estes valores se elevam para 10-15%.

Figura 1 - Prevalência de ME no Brasil R.M.O - Retirada de múltiplos órgãos

Fonte: Registro Brasileiro de Transplantes 2007 ABTO.

O indivíduo que se dispõe com morte encefálica, apesar de cada órgão e tecido ter seu tempo específico para doação após a captação, permite que haja uma doação multiorgânica, diferentemente de uma morte cardíaca, por exemplo, que concede a doação apenas do tecido ocular. Por esse motivo, é importante a divulgação do assunto e profissionalização na área da saúde, na notificação e celeridade nos demais procedimentos do protocolo para salvar vidas.

MORTE ENCEFÁLICA EM CRIANÇAS

A incidência de morte encefálica nas Unidades de Terapia Intensiva é relativamente comum no Brasil, mas não em crianças. Conforme conversa com o médico

Dr. Uri Adrian Prync Flato, com dezoito anos de experiência e quem nos propôs essa problemática, com base em uma ocorrência real em um hospital particular na cidade de Marília/SP, a incidência de casos de morte encefálica nas UTIs neonatais é muito baixa, devido ao que foi apontado por ele a "neuroplasticidade do sistema nervoso da criança", que ajuda na regeneração das células nervosas. No ABHU (Associação Beneficente Hospital Universitário) houve dois casos num período de 5 anos.

Segundo o Doutor Uri, esses casos raros geralmente estão ligados à má prática do profissional de saúde como em caso de hipóxia (Ausência de oxigênio suficiente nos tecidos para manter as funções corporais) devido a um parto prolongado, por exemplo, e o difícil acesso a UTIs neonatais que ainda é realidade em nosso país. Muitas cidades menores, até mesmo em estados mais desenvolvidos como os do Sul do país, não contam com UTIs neonatais, aparelhos e infraestrutura, necessárias para auxiliar os profissionais da saúde no cuidado de recém-nascidos.

Na cidade de Marília/SP, os sobreviventes de um dano cerebral são cuidados com ajuda de aparelhos e algumas poucas seguidas no Projeto Amor de Criança sob a coordenação do Médico Pediatra Francisco de Agostinho Júnior, criado para prestação de serviços à saúde nas várias áreas do conhecimento humano e assistencial para crianças e adolescentes diagnosticadas com paralisia cerebral, bem como, para as suas famílias. Além da prestação de serviços multidisciplinar de saúde, no desenvolvimento do escopo assistencial do Projeto Amor de Criança, são doadas às famílias dos pacientes, cestas básicas, fraldas, cadeiras de roda, exames de alto custo e leite especial, bem como, às famílias, o Projeto Amor de Criança propicia uma assessoria e consultoria jurídica gratuita e especializada em proteção aos direitos das crianças e adolescentes diagnosticadas com paralisia cerebral e de seus núcleos familiares.

PROTOCOLO DE MORTE ENCEFÁLICA

Para a confirmação de que o paciente sofreu Morte encefálica, é necessário seguir um protocolo estipulado pelo Conselho Federal de Medicina, Resolução Nº 2.173/17. Este possui várias etapas que incluem uma série de exames que devem ser realizados para a sua confirmação.

Primeiro, deve-se analisar os critérios para abertura do protocolo. Os pacientes devem apresentar estado de coma não perceptível, ausência de relatividade supra espinhal, apneia persistente, e também devem apresentar um quadro clinico com os seguintes pré-requisitos:

a) Presença de lesão encefálica de causa conhecida, irreversível e capaz de causar morte encefálica;

b) Ausência de fatores tratáveis que possam confundir o diagnóstico de morte encefálica;

c) Tratamento e observação em hospital pelo período mínimo de seis horas;
Quando a causa primária do quadro for encefalopatia hipnótico-isquêmica, esse período de tratamento e observação deve se estender por no mínimo, 24 horas;

d) A temperatura corporal superior a 35°C;

e) Saturação arterial de oxigênio acima de 94%;

f) Pressão arterial sistólica maior ou igual a 100 mmHg ou pressão arterial média maior ou igual a 65mmHg para adultos, para crianças com idade de até 5 meses incompletos 60 mmHg, crianças com 5 meses a 2 anos incompletos 80 mmHg ou conforme a tabela da Resolução CFM nº 2173.

Figura 2: Dados Pressão Arterial.

Idade	Sistólica (mmHg)	PAM (mmHg)
Até 5 meses incompletos	60	43
De 5 meses a 2 anos incompletos	80	60
De 2 anos a 7 anos incompletos	85	62
De 7 a 15 anos	90	65

Fonte: Produzida pelo próprio autor com base nos dados de (Resolução CFM nº 2173).

Se o paciente apresentar um quadro clínico com os pré-requisitos citados acima, o médico poderá iniciar o protocolo de morte encefálica, instituindo a primeira etapa do procedimento.

EXAME CLÍNICO

Na primeira parte do protocolo, devem ser realizados dois exames clínicos que confirmem o coma não perceptível. No primeiro exame, o médico deverá avaliar o nível de consciência do paciente. Para definição desse nível é utilizada

a escala de coma de Glasgow. Essa escala possui uma pontuação, que é utilizada para definir o nível do coma do paciente, em que o médico responsável irá avaliar três requisitos: a abertura ocular, resposta verbal e resposta motora. Cada uma delas atribuem pontos de acordo com a resposta do paciente, quanto menor a pontuação mais grave é a lesão e se a pontuação for três, significa que o paciente não responde a nenhum estímulo, ou seja, são mínimas as chances de seu retorno.

Figura 3: Tabela de pontuação

Indicadores	Resposta observada	Escore
Abertura Ocular	Espontânea Estímulos verbais Estímulos dolorosos Ausente Não Testável	4 3 2 1 NT
Melhor Resposta Vereal	Orientado Confuso Palavras inapropriadas Sons ininteligíveis Ausente Não Testável	5 4 3 2 1 NT
Melhor Resposta Motora	Obedece comandos verbais Localiza estímulos Retirada inespecífica Padrão flexor Padrão xtensor Ausente Não Testável	62

Fonte: Muniz, 2020

Após a confirmação do coma não perceptivo, o médico irá verificar se existe ausência de função do tronco encefálico, examinando se existe a ausência de alguns reflexos no paciente.

O médico irá analisar primeiro a ausência do reflexo fotomotor, verificando se as pupilas do paciente estão fixas e sem qualquer resposta à estimulação

luminosa. Em seguida, é analisado se existe a ausência de reflexo córneo-palpebral. O médico irá realizar um pequeno estímulo no canto lateral inferior da córnea com um gotejamento de soro fisiológico ou com algodão umedecido com soro, para verificar se o paciente tem alguma resposta.

Realizados os dois primeiros testes, o médico fará o terceiro teste em que será verificado se existe também a ausência do reflexo oculocefálico, movimentando a cabeça do paciente no sentido lateral e vertical para constatar se há ausência de desvio dos olhos durante a movimentação. Constatada essa falta, o médico pode dar início ao quarto teste para analisar a ausência do reflexo vestíbulo-calórico. O paciente terá o conduto auditivo externo irrigado com 50 a 100 ml de água fria com a cabeça colocada em posição supina a 30° para que seja observado a existência da escassez de desvio ocular durante um minuto. Por fim, o quinto e último exame que verifica a falta ausência do reflexo de tosse, através de um estímulo traqueal com uma cânula de aspiração.

TESTE DE APNEIA

Após realizar os dois exames clínicos, os médicos realizam o teste de apneia, que é fundamental e obrigatório para determinar a morte encefálica. Esse exame tem como finalidade verificar se o paciente possui qualquer movimento respiratório espontâneo.

O médico responsável irá desligar os aparelhos de ventilação mecânica e, através de um cateter intratraqueal irá realizar um fluxo de oxigênio continuo. Em seguida, o paciente será observado de 8 a 10 minutos.

EXAMES COMPLEMENTARES

Após os testes comprovarem a ausência de função do tronco encefálico, o médico competente dará início aos exames complementares. Os principais exames que serão realizados são:

a) Angiografia cerebral, o exame de angiografia tem como finalidade detectar anomalias como um aneurisma, arterite, AVC, nos vasos cerebrais do paciente;

b) Eletroencefalograma, o EEG é um exame fundamental para monitorar e registrar qualquer atividade elétrica que ocorre no cérebro do paciente;

c) Doppler Transcraniano, exame realizado para avaliar a circulação sanguínea dos vasos principais no interior do crânio do paciente;

d) Cintilografia, SPECT Cerebral, é um exame que detecta alterações no fluxo de sangue do cérebro e nas suas funções, com intuito de identificar doenças degenerativas do cérebro.

Todos os exames citados devem ser feitos para determinar se houve morte encefálica, após a realização dos exames complementares, é elaborado um laudo assinado por um profissional da área capacitado e com experiência nos exames direcionados a essa área.

REPETIÇÃO DO EXAME CLÍNICO (2º EXAME)

No segundo exame clínico deve ser realizado por outro médico, em que serão utilizadas as mesmas técnicas do primeiro exame, não sendo obrigatório repetir o teste de apneia quando o resultado do primeiro exame for positivo, devendo também, respeitar um intervalo entre o primeiro e o segundo.

O médico deverá esperar um intervalo de tempo para realizar o segundo exame em crianças com menos de 2 anos. Para as crianças com 7 dias completos (recém-nato) até dois meses incompletos o intervalo será de 24 horas, já para crianças com 2 a 24 meses incompletos o tempo será de 12 horas, e for acima de 2 anos o intervalo será de 1 hora. Para realização do segundo exame clinico como descrito na Resolução CFM nº 2173.

Figura 4: Tabela Repetição de Exames

Faixa Etária	Intervalo Mínimo (horas)
7 dias (recém-nato à termo) até 2 meses incompletos	24
De 2 a 24 meses incompletos	12
Mais de 24 meses	1

Fonte: elaborado pelos autores.

A EQUIPE MÉDICA

Para que todos os exames sejam realizados, a equipe médica deve cumprir alguns requisitos, em que os médicos que compareceram aos exames para

determinação de morte encefálica, não podem fazer parte da equipe de remoção e de transplante de órgãos, cabendo a direção do hospital indicar os médicos capacitados para realizar e interpretar os procedimentos dos exames no paciente.

Os médicos devem ter no mínimo 1 ano de experiência no atendimento de pacientes em coma, ter acompanhado ou participado pelo menos de 10 determinações de morte encefálica e ter realizado um treinamento especifico para esses casos.

COMUNICAÇÃO AOS FAMILIARES OU RESPONSÁVEL LEGAL NO PROTOCOLO

Após a realização de todos os exames e testes do protocolo, o médico responsável deverá informar a família ou o responsável legal, sobre os resultados de cada etapa realizada e, os resultados dos exames e procedimentos realizados. Se os resultados confirmarem o diagnóstico de morte encefálica, o médico deverá comunicar a família que o paciente se encontra em estado crítico e, que o quadro clinico é praticamente irreversível.

É admitido, para trazer mais segurança para os familiares e responsáveis, a escolha de um médico de confiança da família do paciente, para acompanhar tais procedimentos que serão realizados no paciente.

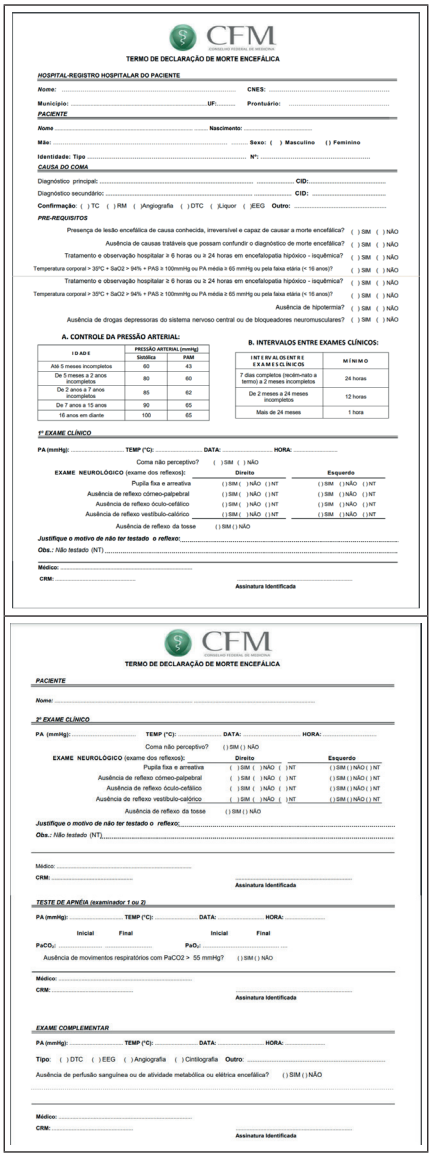
Em muitos casos quando o paciente é diagnosticado com morte encefálica os familiares confundem com um estado de coma, e acreditam que ele poderá retornar, o que é impossível, pois o quadro do paciente quando ocorre a morte encefálica é irreversível.

Muitos médicos se encontram numa situação difícil nos casos de morte encefálica, pois tem a difícil missão de comunicar as famílias das perdas de seus entes queridos, e muitos familiares não conseguem aceitar essa difícil perda, porém não há mais o que ser feito em casos como estes.

DECLARAÇÃO DE MORTE ENCEFÁLICA

Depois de comunicar a família ou o responsável do paciente, o próximo passo é realizar o termo de morte encefálica em que serão registrados todos os resultados dos exames clínicos e exames complementares, ficando uma via arquivada no prontuário do paciente junto com todos os exames e, a segunda via é enviada para central de transplantes.

Figura 5: Termo de Morte Encefálica



CFM

TERMO DE DECLARAÇÃO DE MORTE ENCEFÁLICA

HOSPITAL-REGISTRO HOSPITALAR DO PACIENTE

Nome: ..... CNES: .....

Município: ..... UF: ..... Prontuário: .....

PACIENTE

Nome ..... Nascimento: .....

Mãe: ..... Sexo: ( ) Masculino ( ) Feminino

Identidade: Tipo ..... Nº: .....

CAUSA DO COMA

Diagnóstico principal: ..... CID: .....

Diagnóstico secundário: ..... CID: .....

Confirmação: ( ) TC ( ) RM ( )Angiografia ( ) DTC ( )Liquor ( )EEG Outro: .....

PRE-REQUISITOS

Presença de lesão encefálica de causa conhecida, irreversível e capaz de causar a morte encefálica? ( ) SIM ( ) NÃO

Ausência de causas tratáveis que possam confundir o diagnóstico de morte encefálica? ( ) SIM ( ) NÃO

Tratamento e observação hospitalar ≥ 6 horas ou ≥ 24 horas em encefalopatia hipóxico - isquêmica? ( ) SIM ( ) NÃO

Temperatura corporal > 35ºC + SaO2 > 94% + PAS ≥ 100mmHg ou PA média ≥ 65 mmHg ou pela faixa etária (< 16 anos)? ( ) SIM ( ) NÃO

Tratamento e observação hospitalar ≥ 6 horas ou ≥ 24 horas em encefalopatia hipóxico - isquêmica? ( ) SIM ( ) NÃO

Temperatura corporal > 35ºC + SaO2 > 94% + PAS ≥ 100mmHg ou PA média ≥ 65 mmHg ou pela faixa etária (< 16 anos)? ( ) SIM ( ) NÃO

Ausência de hipotermia? ( ) SIM ( ) NÃO

Ausência de drogas depressoras do sistema nervoso central ou de bloqueadores neuromusculares? ( ) SIM ( ) NÃO

A. CONTROLE DA PRESSÃO ARTERIAL:

IDADE	PRESSÃO ARTERIAL (mmHg)	
	Sistólica	PAM
Até 5 meses incompletos	60	43
De 5 meses a 2 anos incompletos	80	60
De 2 anos a 7 anos incompletos	85	62
De 7 anos a 15 anos	90	65
16 anos em diante	100	65

B. INTERVALOS ENTRE EXAMES CLÍNICOS:

INTERVALOS ENTRE EXAMES CLÍNICOS	MÍNIMO
7 dias completos (recém-nato a termo) a 2 meses incompletos	24 horas
De 2 meses a 24 meses incompletos	12 horas
Mais de 24 meses	1 hora

1º EXAME CLÍNICO

PA (mmHg): ..... TEMP (ºC): ..... DATA: ..... HORA: .....

Coma não perceptivo? ( ) SIM ( ) NÃO

EXAME NEUROLÓGICO (exame dos reflexos):

	Direito	Esquerdo
Pupila fixa e arreativa	( ) SIM ( ) NÃO ( ) NT	( ) SIM ( ) NÃO ( ) NT
Ausência de reflexo córneo-palpebral	( ) SIM ( ) NÃO ( ) NT	( ) SIM ( ) NÃO ( ) NT
Ausência de reflexo óculo-cefálico	( ) SIM ( ) NÃO ( ) NT	( ) SIM ( ) NÃO ( ) NT
Ausência de reflexo vestíbulo-calórico	( ) SIM ( ) NÃO ( ) NT	( ) SIM ( ) NÃO ( ) NT

Ausência de reflexo da tosse ( ) SIM ( ) NÃO

Justifique o motivo de não ter testado o reflexo: .....

Obs.: Não testado (NT) .....

Médico: .....

CRM: .....

Assinatura Identificada

CFM

TERMO DE DECLARAÇÃO DE MORTE ENCEFÁLICA

PACIENTE

Nome: .....

2º EXAME CLÍNICO

PA (mmHg): ..... TEMP (ºC): ..... DATA: ..... HORA: .....

Coma não perceptivo? ( ) SIM ( ) NÃO

EXAME NEUROLÓGICO (exame dos reflexos):

	Direito	Esquerdo
Pupila fixa e arreativa	( ) SIM ( ) NÃO ( ) NT	( ) SIM ( ) NÃO ( ) NT
Ausência de reflexo córneo-palpebral	( ) SIM ( ) NÃO ( ) NT	( ) SIM ( ) NÃO ( ) NT
Ausência de reflexo óculo-cefálico	( ) SIM ( ) NÃO ( ) NT	( ) SIM ( ) NÃO ( ) NT
Ausência de reflexo vestíbulo-calórico	( ) SIM ( ) NÃO ( ) NT	( ) SIM ( ) NÃO ( ) NT

Ausência de reflexo da tosse ( ) SIM ( ) NÃO

Justifique o motivo de não ter testado o reflexo: .....

Obs.: Não testado (NT) .....

Médico: .....

CRM: .....

Assinatura Identificada

TESTE DE APNÉIA (examinador 1 ou 2)

PA (mmHg): ..... TEMP (ºC): ..... DATA: ..... HORA: .....

	Inicial	Final		Inicial	Final
$PaCO_2$:	.....	.....	PaO_2:	.....	.....

Ausência de movimentos respiratórios com PaCO2 > 55 mmHg? ( ) SIM ( ) NÃO

Médico: .....

CRM: .....

Assinatura Identificada

EXAME COMPLEMENTAR

PA (mmHg): ..... TEMP (ºC): ..... DATA: ..... HORA: .....

Tipo: ( ) DTC ( ) EEG ( ) Angiografia ( ) Cintilografia Outro: .....

Ausência de perfusão sanguínea ou de atividade metabólica ou elétrica encefálica? ( ) SIM ( ) NÃO

Médico: .....

CRM: .....

Assinatura Identificada

Fonte: Retirado do site oficial do Conselho Federal de Medicina

Efetuada a declaração, o médico responsável possui autoridade ética e legal para suspender o suporte terapêutico, visto que é irreversível o quadro clínico, mas se o paciente for doador de órgãos ou a família concordar em realizar a retirada dos

órgãos, o médico deverá aguardar a retirada para doação ou a recusa da doação, para realizar a suspensão do suporte terapêutico, onde posteriormente será registrado na declaração de óbito do paciente a mesma determinação da hora e a data da morte encefálica.

Segundo a Resolução CFM n° 1.826/2007, devido à irreversibilidade na morte encefálica, do ponto de vista ético e moral que o médico responsável tem total autoridade para retirar os suportes que mantinham os órgãos funcionando de um não-doador, não sendo considerado um delito contra a vida, tendo em vista que o paciente está morto e não em um estado terminal.

ANENCEFÁLIA E SUA RELAÇÃO COM TRANSPLANTES DE ORGÃOS

No Brasil, o diagnóstico de morte encefálica é regulamentado por uma Resolução do Conselho Federal de Medicina, em que são determinados os exames clínicos necessários e avaliação de médicos diferentes, para ter certeza do diagnóstico.

Os temas ocasionados sobre anencefalia, dizem respeito à vida e à dignidade humana, prevista em nossa constituição. Na ADPF 54, Barroso salienta, sobre o direito à vida e à autonomia das mulheres. A discussão fica inserida sobre o abortamento, em face da "antecipação terapêutica do parto", nos casos de fetos anencéfalos e também alegou ser uma patologia daquelas que tornam inviável a vida extrauterina.

O anencéfalos, na condição de doador de órgãos, apresenta vários pontos difíceis a serem discutidos. Quanto à condição jurídica, temos como base o artigo 2°do Código Civil, Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002: "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Sendo assim, para criar um critério especifico para casos de anencéfalos, causaria muitas incertezas, e na medida em que se individualizaria esse critério da morte em função de uma malformação da criança. Sob outra perspectiva, a mudança dos critérios de morte, no caso da anencefalia, é motivada pela possibilidade de este ser empregado para o transplante de órgãos.

No Parecer nº 24/03 do CFM, emitido no Processo-Consulta n° 1.839/98, considera-se que deva ser respeitado o desejo de uma mãe de levar a gestação ao termo ao invés de solicitar um aborto, com o quais muitos juízes já estão concordantes. Além de que, o casal pode optar, após o nascimento, doar seus órgãos para salvar outras crianças com chances de vida (CFM, 2003).

Uma das adversidades são as crianças que só podem receber órgãos de outras crianças com dimensões compatíveis, e os anencéfalos dispõem de órgãos compatíveis para transplantes. O próprio Conselho Federal de Medicina - CFM fez pronunciamento favorável à doação de órgãos e tecidos de anencéfalos para transplante, após o Parecer supracitado, agora, por meio da Resolução n° 1.752/04, desde que formalmente autorizada pelos pais com a antecedência mínima de 15 dias da data provável do nascimento.

Entretanto, a resolução nº 1.949, de 10 de junho de 2010 revoga a Resolução CFM nº 1.752/04, que trata da autorização ética do uso de órgãos ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais.

O consentimento sobre a doação de órgãos deve ser feito pelos familiares do potencial doador, sendo que pode ser autorizado ou não.

Em 1997, a Lei 9.934 criou o Sistema Nacional de Transplantes, para cada Estado da Federação, uma Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDO). Essa lei define a forma de doação e regulamenta a atividade, inclusive com a criação dos Cadastros Técnicos para distribuição, mais conhecida como lista única.

Existem algumas dificuldades acerca do tema apresentado, a primeira delas é a dificuldade de entrar em um consenso em relação à doação de órgãos de anencefálicos, que consiste na evidencia de sua morte. Considerando que a vida do anencefálico, de regra, não excede 7 dias, que são requisitados para a comprovação do diagnóstico de morte encefálica. Outra dificuldade acerca da manutenção e qualidade dos órgãos do anencéfalo, pois até que sobrevenha sua morte, só assim poderiam ser removidos.

Sendo assim, ao se considerar o número de crianças que aguardam um órgão para sua própria sobrevivência, bem como a incompatibilidade vital que o anencéfalo apresenta, seria aceitável a retirada de órgãos do mesmo logo após a expulsão do útero materno.

ANENCEFALIA E TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E SUAS QUESTÕES LEGAIS

Os transplantes de órgãos e tecidos no Brasil estão dispostos pela Lei nº 9.434, regulamentada pelo Decreto nº 2.268, ambos de 1997. Em nosso texto jurídico não há menção referente ao doador anencéfalo, todavia eles dispõem que o indivíduo incapaz, em vida, somente poderá ser doador de medula óssea, ato depende somente de prévia autorização de ambos os pais ou responsáveis legais e que deve ser reafirmado por autoridade judicial, conforme prevê a lei.

O primeiro documento brasileiro especifico que visou regulamentar a doação de órgãos anencéfalos foi a Resolução CFM nº 1.752, de 8 de setembro de 2004. A lei autorizava a remoção utilitarista de órgãos anencéfalos, considerados "natimortos cerebrais", os pais precisariam manifestar formalmente favorável no prazo de 15 dias antes do parto.

Entretanto, houve a publicação, do Ministério da Saúde, da Portaria nº 487, de 02 de março de 2007, em que determina que a retirada de órgãos de neonato anencéfalos para fins de transplante ou tratamento deveria ser procedida de diagnóstico de parada cardíaca irreversível. Ficando assim, essa portaria como uma determinação contrária a Resolução citada anteriormente.

Conforme a Resolução CFM nº 1.480/97, não houve consenso sobre a aplicabilidade dos critérios dispostos no ato normativo em crianças menores de sete dias e prematuros.

O Relator Consultor, da Consulta nº 8.905/98, do CREMESP, proferiu parecer no sentido de que sejam asseguradas as condições cardiorrespiratórias do anencéfalo para que seja viável o transplante, reforçando que, cientificamente, não há perspectiva de vida para o mesmo.

Sendo assim, a discussão fica em torno dos aspectos éticos de uma lei que altera o critério de morte encefálica para o anencéfalo, considerando os aspectos da Resolução CFM nº 1.480/97.

Entretanto, considerando o ordenamento jurídico brasileiro, uma lei federal pode alterar o parâmetro de morte para o caso do anencéfalo. Sendo assim, não há nenhum outro instrumento normativo ou ato regulador emitido pelo Conselho Federal de Medicina. Em nossa estrutura hierárquica do ordenamento jurídico brasileiro, as leis federais são superiores em relação a ato normativo oriundo do CFM.

CONSENTIMENTO PARA DOAÇÃO PÓS-MORTE ENCEFÁLICA

No processo de doação e transplante, a família é o elemento fundamental e principal. A transparência e esclarecimento desse processo, ocorre quando a família é devidamente informada e esclarecida as dúvidas sobre a gravidade da condição do paciente, afinal a falta de informação e esclarecimento é uma situação que gera angústia, dor e desespero nos familiares. Quando há morte encefálica, obrigatoriamente deve ser notificada a Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDO).

Na maioria dos hospitais, existe uma equipe interdisciplinar de saúde que deve oferecer apoio aos familiares, independente da manifestação contrária à doação. A postura profissional, ética e respeito diante do sofrimento da família é um dever do funcionário que está acompanhando, e muito importante nesse processo, pois a família pode pensar que o único interesse do profissional que está ali acompanhando é a doação de órgãos.

O consentimento pode ser dado por cônjuge ou familiar até 2° grau e requer duas testemunhas. Caso o potencial doador for juridicamente incapaz, ambos os pais, se vivos, ou os responsáveis legais podem dar o consentimento. Uma única exceção, é o caso da pessoa não identificada, que não poderá ser doadora.

Um ato considerado humanitário e nobre, é a doação de órgãos, porém, ainda muito questionado, pelas variadas razões, principalmente relacionadas a religiosidade. O consentimento é de exclusividade da família do doador. Para a comunicação das famílias em relação a doação, há uma Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDO) onde possuem pessoas treinadas e capacitadas para essa abordagem. Elas ficam disponíveis para se deslocarem, caso preciso, até a instituição onde o doador em potencial está internado. Contudo, na maioria das vezes, essa abordagem ocorre com profissionais da própria instituição, que, como qualquer pessoa, manifestam dificuldades para estabelecer contato com os familiares de pessoas falecidas. Essa abordagem é de extrema importância, pois a partir dela teremos a resposta positiva ou negativa dos familiares.

CONCLUSÃO

O presente trabalho, concluiu que nos casos de diagnósticos de morte encefálica, mesmo que a vida fosse prolongada por suporte de ventilação mecânica, seria uma vida inviável, pois o paciente possui um quadro clinico irreversível.

O protocolo atualizado pelo Conselho Federal de Medicina, Resolução nº 2.173/2017, é completo e realizado cuidadosamente para um diagnóstico sem erros.

Muitos familiares ainda não aceitem nos casos de morte encefálica o desligamento dos suportes, e acabam ingressando na justiça contra os hospitais e médicos, mas, cabe ressaltar que os médicos através da Resolução CFM nº 1.826/2007, do ponto de vista ético e legal, tem o dever de retirar os suportes após o diagnóstico, não sendo considerado eutanásia nem um delito contra a vida, visto que morte encefálica é equivalente à morte clínica. Trata-se de um paciente morto e não terminal.

Também, seria inviável economicamente manter um paciente com um diagnóstico de morte encefálica ocupando um leito em uma UTI, em meio ao caos que estamos vivenciando na saúde brasileira, onde existe uma demanda muito grande em leitos de UTI, até mesmo devido à recente pandemia de COVID-19.

Os avanços tecnológicos propiciaram com que a vida fosse prolongada por suporte e ventilação mecânica. E isso facilitou também, para conservação dos órgãos para que essa condição de morte resultasse na salvação de outras vidas, através da doação de órgãos

Ainda assim, a prática de se interromper o suporte vital em caso de ME, não somente em UTI neonatais, ainda tem seus litígios, pois envolve percepções controversas entre médicos e familiares. Ainda mais quando o cenário é o Brasil, culturalmente caloroso e sentimental. O preparo adequado na notificação e maior publicidade de dados acerca dessa condição, proporcionarão uma aceitação melhor sociocultural.

APÊNDICE

Entrevista realizada no dia 14 de outubro de 2020, com o doutor Uri Adrian Prync Flato.

1) Há quantos anos exerce Medicina?
Resp.1: Dezoito anos de experiência como médico

2) Qual a frequência de casos de morte encefálica em crianças no hospital? (Qualitativo).
Resp.2: Casos nos últimos 5 anos, baixa prevalência devido neuroplasticidade do sistema nervoso da criança e as sobreviventes são cuidadas com ajuda de aparelhos e algumas poucas seguidas no projeto amor de criança.

3) É explicado o protocolo criado pelo CRM para os familiares, quanto a todos procedimentos feitos antes do desligamento?
Resp.3: O protocolo é informado e explicado aos familiares e sanado todas as dúvidas. Entretanto um momento muito difícil pois compreender que coração batendo com morte encefálica não é compatível com a vida é muito difícil.

4) Se existe autonomia por parte dos médicos para desligamento dos aparelhos, o consentimento dos familiares talvez seja uma brecha no protocolo criado pelo CRM?
Resp.4: Existe autonomia dos médicos baseado nos critérios validados pelo conselho federal de medicina e amparado pelas leis brasileiras (uma condição obrigatória de notificação de suspeita de morte encefálica pela Ministério da Saúde). Informar a família sempre que houver suspeita, antes da abertura do protocolo. Realizar testes diagnósticos conforme determinados pelo CFM, em caráter de urgência. Conforme a Lei 9.434/97 e a Resolução 1.480/97.

5) E como funciona essa autorização é oral ou exige formalidade de documentação?
Resp.5: O dilema está na não aceitação do entendimento que morte encefálica não é compatível com a vida. E com a tecnologia e recursos médico-hospitalares existentes hoje, pode-se manter um indivíduo com coração batendo por anos.

6) Há maior problema na UTI neonatal ou com pacientes de mais idade?
Resp.6: O maior desafio é na população pediátrica em especial nos recém-nascidos, devido ser um evento raro, geralmente está relacionado à má pratica dos profissionais de saúde e ou dificuldade de acesso a uma unidade de neonatal. No universo da obstetrícia a expectativa é de vida e luz, e um evento desta magnitude é sempre catastrófico o desafio é utilização de recursos escassos em manutenção de vida biológica ou como evento futilidade, ou seja, sem recuperação.

REFERÊNCIAS

AMOR DE CRIANÇA. **Projeto amor de Criança**. Disponível em: http://projetoamordecrianca.com.br/oprojeto.php. Acesso em: 19 set. de 2020

Brasil. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente -ECA. Brasília, 1990.

Brasil. Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008. **Lei de Alimentos Gravídicos**. Brasília, 2008.

CABETTE. Eduardo. Morte encefálica e Inicio da Vida: Analisando incompatibilidades. Disponível em: https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/481504482/morte-encefalica-e-inicio-da-vida-analisando-incompatibilidades. Acesso em: 13 de out. 2020.

Campanha de Doação de Órgãos. Disponível em: http://portalarquivos.saude.gov.br/campanhas/doeorgaos-old/. Acesso em: 17 de out. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20171205/19140504-resolucao-do-conselho-federal-de-medicina-2173-2017.pdf. Acesso em: 14 de out. 2020.

HILDEBRAND. Antônio Roberto. **Dicionário jurídico**: principais expressões de uso do cotidiano: termos e palavras latinas na prática forense. 4 ed. Leme. JH Mizuno, 2007. p.205.

Lei n° 9.434, de fevereiro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 15 de out. 2020.

Resolução 1.752/04 publicada no diário oficial. Disponível em : https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2922&catid=3:po. Acesso em: 13 de out.2020.

Resolução CFM n° 2.173, de dezembro de 2001. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2173. Acesso em 17 de out. 2020.

SOUZA, Daniel Ribeiro Soares de. et al. Morte Encefálica: Conhecimento e Opinião dos Médicos da Unidade de Terapia Intensiva. Revista Brasileira de Educação Médica. Brasília. Vol.43. n 03. set. de 2019.

Termo de Declaração de Morte Encefálica. Disponível em: https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20190629/11152913-termo-de-declaracao-de-morte-encefalica-revisado-junho-2019.pdf. Acesso em 22 de out. 2020.

Parecer Jurídico - Remédio de Alto Custo - Tratamento *OFF LABEL* - Impossibilidade - Responsabilidade - Plano de Saúde

Beatriz Guerreiro Silva

Brenda Carolina Goes Carvalho

Camila Asha Champam de Lacerda

Douglas Luiz da Silva

Mariana Brambilla Mazine

Rafael de Lazari

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1. Consulta-nos a Operadora de Planos de Saúde BBCDM, informando que no mês de setembro de 2020 recebeu uma solicitação de autorização para tratamento em paciente portador de câncer no estômago, requerendo o uso de medicação específica para câncer de próstata.

2. Por tratar-se de tratamento de alto custo e "*off-label*", a operadora indeferiu o requerimento, motivo pelo qual mencionado paciente ingressou com medida judicial.

3. Em resposta a ser ofertada por meio de parecer jurídico especializado, busca-nos a Operadora de Planos de Saúde opinião acerca de determinados questionamentos, *in verbis*:

> A. *O direito à saúde deve ser sobreposto sobre todos os outros ou pode haver limitação?*
>
> B. *Existe algum impedimento legal para a venda de medicamentos para tratamento "off-label"?*
>
> C. *Em eventual erro médico, a Operadora de Plano de Saúde poderá ser responsabilizada judicialmente?*
>
> D. *O Judiciário pode impor, sem qualquer limitação, às Operadoras de Plano de Saúde o custeio de todo e qualquer tratamento?*

4. Em que pese haver, *in casu*, circunstâncias fáticas ensejadoras dos questionamentos, o presente Parecer Técnico analisará o contexto genérico das dúvidas jurídicas, ofertando respostas fundamentadas na lei e na jurisprudência atual acerca do tema.

5. Contudo, necessário se faz contextualizar a situação fática, bem como, na esfera científica, sobre a espécie de tratamento denominada "off- label", a fim de desenvolver o raciocínio jurídico.

6. No mais, ressalta-se que, sem prejuízo de opinião em sentido distinto, o presente parecer jurídico tratará sobre os questionamentos aqui elaborados de maneira técnica, embasados na lei e jurisprudência atual sobre o tema.

DA SITUAÇÃO FÁTICA ENSEJADORA DAS DISCUSSÕES JURÍDICAS

7. Trata-se de parecer jurídico destinado à Operadora de Planos de Saúde BBCDM.

8. Discorre a solicitante que, no mês de setembro do corrente ano, recebeu uma solicitação de autorização para tratamento em usuário portador de câncer no estômago, requerendo o uso de medicação específica para câncer de próstata.

9. Pelo setor responsável, foi apurado que o tratamento custa em torno de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e não possui eficácia comprovada para a comorbidade presente no paciente, motivo pelo qual o mencionado tratamento é classificado como "*off-label*".

10. Em virtude de tratar-se de medicamento de altíssimo custo e o tratamento ser enquadrado como "*off-label*", a ora solicitante deste parecer indeferiu o requerimento, motivo pelo qual o usuário ingressou com a medida judicial cabível.

DA EFICÁCIA DO TRATAMENTO "*OFF-LABEL*"

11. Inicialmente, cumpre destacar que o registro e a comercialização de medicamentos, no Brasil, ocorre somente após permissão concedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

12. Ou seja, para ocorrer a aprovação do medicamento, torna-se necessária a análise de parâmetros como eficácia, segurança e risco-benefício referente ao uso do medicamento em situações clínicas específicas.

13. Tal registro se deve ao fato de que a ANVISA "*tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária*"[1].

14. Por conseguinte, advém a fase pré-clínica de estudo do medicamento, com a testagem da substância em animais. O intuito dessa fase é verificar informações preliminares sobre a atividade farmacológica específica e o perfil de toxicidade aceitável, presente na fórmula.

15. Concluída a etapa do estudo pré-clínico e da produção inicial, o produto passa a inegrar os denominados estudos clínicos, definidos como:

> Qualquer investigação com seres humanos destinada a descobrir ou verificar os efeitos clínicos, farmacológicos e/ou outros efeitos farmacodinâmicos de um medicamento experimental, e/ou identificar qualquer reação adversa a um

[1] ANVISA. **Institucional**. Disponível em: http://antigo.anvisa.gov.br/institucional. Acesso em 28 de outubro de 2020.

> medicamento experimental, e/ou para estudar a absorção, distribuição, metabolismo, e excreção de um medicamento experimental com o objetivo de averiguar sua segurança e/ou eficácia[2].

16. Ato contínuo, após o estudo clínico do medicamento, é formalizada sua bula. Esta, segundo a Resolução RDC nº 60, *"[...] é o documento legal sanitário que contém informações técnico-científicas orientadoras sobre os medicamentos para o seu uso racional"*[3].

17. Nessa linha, consoante deliberação do Conselho Federal de Medicina, o uso "*off-label*" de medicamento é classificado como hipótese em que:

> O medicamento/material médico é usado em não conformidade com as orientações da bula, incluindo a administração de formulações extemporâneas ou de doses elaboradas a partir de especialidades farmacêuticas registradas; indicações e posologias não usuais; administração do medicamento por via diferente da preconizada; administração em faixas etárias para as quais o medicamento não foi testado; e indicação terapêutica diferente da aprovada para o medicamento/material[4].

18. Consequentemente, o consumo de um medicamento para finalidade não registrada na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) pode apresentar diversos riscos e efeitos colaterais não pretendidos à saúde humana.

19. Neste interím, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 657.718/MG, decidiu que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem o devido registro na ANVISA.

[2] GUIA DE BOAS PRÁTICAS CLÍNICAS ICH E6(R2) - TRADUZIDO PARA PORTUGUÊS, VERSÃO ANVISA DE NOVEMBRO - 2019. **Ministério da Saúde**, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/medicamentos/publicacoes-sobre-medicamentos/guia-de-boas-praticas-clinicas-ich-e6-r2-traduzido-para-portugues-versao-anvisa-de-novembro-2019.pdf/view. Acesso em 24 de outubro de 2020.

[3] BRASIL, Resolução RDC nº 60 de 17 de dezembro de 2010. **Estabelece frases de alerta para princípios ativos e excipientes em bulas e rotulagem de medicamentos**. Órgão emissor: ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2010/res0060_17_12_2010.html. Acesso em 02 de setembro de 2020.

[4] BRASIL, Despacho SEJUR nº 537/2015. **Análise jurídica. Indicação de medicamento OFF LABEL. Responsabilidade do médico. Caso concreto. Supressão de instância**. Órgão emissor: Conselho Federal de Medicina. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/despachos/BR/2015/537_2015.pdf. Acesso em 02 de setembro de 2020.

20. Para tanto, o ilustre Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, concluiu pela constitucionalidade do art. 19-T, da Lei nº 8.080/1990, declarando:

> **Não se trata de negar direito fundamental à saúde**. Trata-se de analisar que a arrecadação estatal, o orçamento e a destinação à saúde pública são finitos. Para cada liminar concedida, os valores são retirados do planejamento das políticas públicas destinadas a toda coletividade, senão, não teremos universalidade, mas seletividade, onde aqueles que obtêm uma decisão judicial acabam tendo preferência em relação a toda uma política pública planejada[5].

21. No mesmo sentido, o ilustre Ministro Marco Aurélio, em seu voto, discorreu motivos para o não fornecimento do medicamento "*off-label*". Vejamos:

> É assim porque o registro ou cadastro mostra-se condição para que a Agência fiscalizadora possa monitorar a segurança, a eficácia e a qualidade terapêutica do produto. Não havendo o registro, a inadequação é presumida. Nesse caso, o medicamento tem a comercialização proibida, por lei, no País. Ante a ausência de aprovação pelo órgão investido legalmente da competência e dotado da expertise para tanto, **existe o risco de o medicamento vir a prejudicar a saúde do paciente**. Ainda que largamente utilizado em outro país, por força de lei, o remédio não pode circular em território nacional sem a devida aprovação técnica pelo órgão habilitado. Concluir de forma contrária é chancelar experimentos laboratoriais, terapêuticos, de benefícios clínicos e custos de tratamento incontroláveis pelas autoridades públicas. Em última análise, é autorizar o experimentalismo farmacêutico às expensas da sociedade, que financia a saúde pública por meio de impostos e contribuições. **Não podem juízes e tribunais, sob o pretexto de dar efetividade ao direito constitucional à saúde, colocá-lo em risco, considerados pacientes particulares, determinando o fornecimento estatal de medicamentos que não gozam de consenso científico**, revelado mediante o registro do produto - exigido em preceito legal - no órgão público competente, no caso, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (grifo nosso)[6].

22. Sendo assim, por analogia, podemos estender os efeitos da mencionada decisão às seguradoras particulares, haja vista guardarem congruência com os parâmetros enfrentados na decisão, quais sejam, que para cada determinação de fornecimento, o custo é retirado do orçamento total disponível para utilização, acarretando um "efeito cascata" na negativa de fornecimento para outros segurados.

[5] BRASIL, STF. Recurso Extraordinário: RE nº 657.718/MG. Relator: Min. Marco Aurélio, 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur413922/false. Acesso em 02 de setembro de 2020.

[6] Ibid., p. 08.

23. Inclusive, cumpre ressaltar que o próprio Conselho Federal de Medicina não considera prudente criar regras para a prescrição de medicamentos "*off-label*", haja vista considerar temerário que uma possível reação adversa recaia sob sua responsabilidade. Vejamos o entendimento do CFM:

> Em sua conclusão, o AJ do CFM não considera prudente ao CFM criar regras tanto para as prescrições off label quanto para que se elabore um modelo de consentimento esclarecido, porquanto as condutas médicas nessa área são da exclusiva responsabilidade dos médicos. [...] No caso, o médico responde por eventuais insucessos, e, nessa circunstância, o sistema CRM/CFM será chamado a julgar, fazendo-o à luz de cada caso[7].

24. Ou seja, o próprio Conselho Federal de Medicina atribui a responsabilidade pela prescrição do tratamento "*off-label*", exclusivamente ao médico que o prescreveu, razão pela qual torna-se plenamente válida a negativa do plano de saúde, porquanto a fim de se resguardar de eventual ação de indenização advinda do paciente lesado pelo tratamento experimental.

25. Deste modo, resta evidente que o plano de saúde consulente não pode - e nem deve - ser obrigado a fornecer medicamento de altíssimo custo, especialmente pela característica puramente experimental da medicação, tendo em vista que eventual responsabilização por erro médico poderá ser direcionada solidariamente em juízo ao plano de saúde concedente.

DAS DETERMINAÇÕES DA ANS

26. Em consequência de expresso comando constitucional e de legislação específica, é atribuição da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, fixar, exclusivamente, os critérios que deverão ser observados pelas operadoras de planos de saúde na prestação da assistência à saúde, inclusive no tocante aos eventos cobertos e excluídos.

27. No exercício de seu mister, a ANS editou a Resolução Normativa nº 428, de 7 de novembro de 2017, que revogou a Resolução Normativa nº 387, e dispõe em seu art. 3º que:

[7] BRASIL. **Parecer CFM nº 2/16 de 20 de janeiro de 2016**. Órgão emissor: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro. CREMERJ. Disponível em: http://old.cremerj.org.br/legislacao/detalhes.php?id=1036&item=2. Acesso em 24 de outubro de 2020.

> Art. 3º Esta RN é composta por quatro Anexos, quais sejam:
>
> I - Anexo I: lista os procedimentos e eventos de cobertura mínima obrigatória, respeitando-se a segmentação contratada;
>
> II - Anexo II: apresenta as Diretrizes de Utilização - DUT, que estabelecem os critérios, baseados nas melhores evidências científicas disponíveis, a serem observados para que sejam asseguradas as coberturas de alguns procedimentos e eventos especificamente indicados no Anexo I;
>
> III - Anexo III: apresenta as Diretrizes Clínicas - DC, que visam à melhor prática clínica, abordando manejos e orientações mais amplas, baseadas nas melhores evidências científicas disponíveis, e também definem a cobertura mínima obrigatória; e
>
> IV - Anexo IV: apresenta o Protocolo de Utilização - PROUT para alguns procedimentos e eventos em saúde listados no Rol.

28. Sendo assim, nos termos dos incisos I e II, do art. 3º, da Resolução Normativa nº 428/17, foram estabelecidos os procedimentos de cobertura mínima obrigatória, bem como as diretrizes para utilização destes procedimentos determinados como obrigatórios pela ANS.

29. Com efeito, pode-se afirmar que os procedimentos e tratamentos que não estão listados no rol editado pela ANS não possuem obrigatoriedade de custeio pelas operadoras de planos de saúde.

30. Ocorre que, de uma breve leitura da Resolução Normativa nº 428/17, verifica-se que o tratamento quimioterápico requerido não está incluso no referido rol, haja vista tratar-se de medicamento experimental, não sendo, portanto, de cobertura obrigatória pela Operadora de Plano de Saúde consulente.

31. Ademais, consigna-se que a mera existência de pedido médico em si não é suficiente a ensejar o custeio de procedimentos do qual não há previsão de cobertura obrigatória pela ANS, ainda mais em se tratando de medicamento sem eficácia comprovada pela ANVISA.

32. Neste sentido, em recente e importante decisão proferida pelo Ministro Luis Felipe Salomão nos autos do Recurso Especial nº 1.791.933/SP, o Superior Tribunal de Justiça expressamente reconheceu que a atribuição conferida pela ANS é de "*elaborar a lista de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde*"[8].

[8] BRASIL, STJ. **Recurso Especial nº 1.791.933/SP**. 2009. Disponível em: http://arquivocidadao.stj.jus.br/index.php/recurso-especial-n-1-sp. Acesso em 02 de setembro de 2020.

33. Desta forma, restou esclarecido na mencionada decisão que o rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia ao consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis.

34. Ou seja, o rol da ANS tem a prerrogativa de, efetivamente, padronizar os deveres das operadoras de planos de saúde, obrigando-lhes a fornecer qualquer tratamento prescrito pelo médico, desde que constante do rol de procedimentos da ANS.

35. Não obstante, de acordo com art. 10, inciso I, da Lei nº 9.656/1998, é perfeitamente cabível a negativa de procedimentos clínicos experimentais pelas operadoras de plano de saúde[9].

36. Nestes termos, resta evidente que o presente caso não se trata de mera negativa de cobertura em desrespeito ao consumidor, mas, sim, observância aos limites de cobertura e deveres impostos pela ANS às operadoras de planos de saúde.

37. É estreme de dúvidas que o legislador, ao determinar que eventuais procedimentos que não estejam incluídos no referido rol, ou que não atendam as diretrizes de utilização, não possuem obrigatoriedade de custeio pelas operadoras de saúde, criou um rol de procedimentos taxativos de cobertura.

38. Ou seja, se a própria ANS, agência responsável pela regulação do setor da saúde no país, elabora um rol e as Diretrizes de Utilização para os procedimentos cuja cobertura é obrigatória pelas operadoras de planos de saúde, os requisitos constantes deste rol, *necessariamente*, devem ser observados.

39. O fato de o Judiciário impor, sem qualquer limitação às operadoras de planos de saúde, o dever de custear todo e qualquer medicamento pleiteado pelos seus beneficiários, ocasiona uma ruptura aos limites do contrato e, além disso, grave desequilíbrio contratual entre as partes, vez que ignora-se por completo os limites do acordado com o consumidor.

40. Deste modo, a conduta do plano de saúde consulente encontra amparo no próprio Conselho Nacional de Justiça - CNJ, o qual traz enunciados recomendando expressamente que seja observado o rol da ANS no que tange a imposição de cobertura às operadoras de planos de saúde:

[9] BRASIL, Lei nº 9.656/1998. **Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em 28 de outubro de 2020.

> ENUNCIADO Nº 21: Nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei nº 9.656/98, recomenda-se considerar o rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas Resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas[10].

41. Neste mesmo sentido, cumpre informar que, no ano de 2019, a Quarta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça também decidiu, por unanimidade, que o rol de procedimentos para as operadoras de planos de saúde, fixado pela ANS na Resolução Normativa nº 428/2017, constitui uma cobertura mínima obrigatória taxativa, mas não meramente exemplificativa[11].

42. Na mesma decisão, em voto extenso, a Quarta Turma do E. STJ finalmente pôs fim à discussão, ressaltando, dentre outras relevantes conclusões, que:

> O caráter exemplificativo do rol de procedimentos põe em risco o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de saúde suplementar, em razão do efeito cascata refletido em um crescente número de pretensões similares e, com isso, risco à segurança jurídica[12].

43. Como se vê, a negativa não se dá sem razões, mas sim amparada nas Resoluções da ANS, que atualizam o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde e constituem a referência básica para cobertura assistencial nos planos privados de assistência à saúde, bem como na atual jurisprudência dos Tribunais Superiores.

44. Ou seja, se por um lado a operadora de plano de saúde não pode deixar de providenciar cobertura para qualquer dos procedimentos relacionados no rol editado pela ANS, ela também não pode ser obrigada a efetuar a cobertura de procedimentos que não estão ali previstos, sob pena de se conferir indevida vantagem ao segurado.

45. Ainda mais em se tratando de situação em que o segurado pretende a obtenção de remédio de altíssimo custo, para tratamento puramente experimental.

[10] JORNADAS DE DIREITO DA SAÚDE - **CNJ**. Ministério Público do Estado do Paraná. Disponível em: http://saude.mppr.mp.br/pagina-874.html. Acesso em 24 de outubro de 2020.

[11] Brasil, STJ. **Recurso Especial: RESP nº 1.733.013/PR**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2018. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=103994352&num_registro=201800740615&data=20200220&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 24 de outubro de 2020.

[12] Idem.

46. No mais, como bem asseverado no tópico III deste parecer, em se tratando de tratamento "*off-label*", eventual erro médico poderá ser levado ao Judiciário, de forma que, ao autorizar referido tratamento, a seguradora poderá ser responsabilizada solidariamente, por ter sido conivente com o tratamento, o que não pode ser aceito.

47. Assim, é bastante compreensível uma limitação de cobertura desta natureza: é um direito da seguradora não cobrir certos procedimentos e estabelecer isso como uma previsão contratual junto aos seus segurados. Trata-se de uma medida que preza pela racionalidade e previsibilidade, por parte de ambos os contratantes, sem gerar qualquer indevida vantagem ou desvantagem para qualquer das partes.

48. Importante destacar, ainda, que não é a vida ou a saúde que são assegurados pelo contrato firmado entre as partes, mas sim a garantia de cobertura de despesas médicas e/ou hospitalares que estejam expressamente previstas na cobertura contratual, por ser essa a essência dos contratos de seguro, seja de que natureza forem.

DA CONFORMIDADE DO CONTRATO COM A LEGISLAÇÃO VIGENTE. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE NA NEGATIVA

49. Os termos da lei e do contrato são extremamente precisos ao dispor que, mesmo possuindo a operadora de plano de saúde condições de oferecer o serviço necessário, não se pode obrigá-la a disponibilizar e custear todo e qualquer exame ou tratamento não previsto no rol de coberturas obrigatórias da ANS, bem como no contrato firmado entre as partes.

50. Neste sentido, é importante frisar que como forma de manter os valores acessíveis para a população, é imperioso que sejam respeitados os exatos limites do contrato, sob pena de beneficiar uma parcela de beneficiários em detrimento de outros.

51. Realmente, tendo optado pela contratação de um plano de saúde com mensalidades mais acessíveis, não pode o consumidor impor à operadora de plano de saúde o dever de custear atendimentos de maneira ilimitada, pois estaria favorecendo um consumidor em desmerecimento aos consumidores que, às custas de muita dificuldade, contratam planos de saúde com mensalidades mais altas com a finalidade de obter atendimento de maneira mais ampla.

52. Tal fato, inclusive, prejudica os beneficiários que possuem planos com mensalidades acessíveis, pois, tendo a operadora que suportar altos custos que

não haviam sido provisionados, em decorrência da utilização de exames e tratamentos excluídos da cobertura obrigatória, fará com que as operadoras necessitem elevar os valores das mensalidades e, consequentemente, impossibilitando à contratação de novo planos de saúde.

53. O simples fato de se tratar de relação de consumo não pode dar ao consumidor vantagens exageradas. Em hipótese alguma há que se falar em custeio do tratamento pretendido, sendo que a própria ANS e o Conselho Nacional de Justiça permitem tais exclusões de cobertura.

54. Outrossim, o princípio das relações obrigacionais "*pacta sunt servanda*" continua em pleno vigor, ainda que com as inovações da lei protecionista dos consumidores.

55. A única exigência do Código de Defesa do Consumidor é que as cláusulas de exclusão de cobertura estejam escritas de maneira clara e inequívoca, o que aqui especificamente se verifica.

56. Importante frisar, ainda, que a saúde é dever do Estado, que coloca à disposição do cidadão o serviço público como contraprestação dos tributos adimplidos. Tratando-se de atividade privada impõe-se observar os termos do pacto lavrado entre as partes e os princípios legais que regem as manifestações de vontade.

57. Nesse campo vigora a autonomia da vontade, o respeito ao ato jurídico perfeito e a vedação à lesão que se verifica quando novas exigências legais são impostas com oneração econômica de uma das partes.

58. Portanto, não pairam dúvidas que não há qualquer amparo para à pretensão do segurado.

PRECEDENTE QUALIFICADO. TEMA 990 DO STJ

59. No ano de 2018, sob o rito dos julgamentos representativos de controvérsia repetitiva, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento dos Recursos Especiais nº 1.712.163/SP e 1.712.163/SP, fixou o entendimento de que "*as operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA*"[13].

[13] BRASIL, STJ. **Recurso Especial nº 1.712.163/SP e 1.712.163/SP**, 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201701829167.REG.+E+%40DTPB%3D20181126&b=ACOR. Acesso em 28 de outubro de 2020.

60. Referida tese, segundo o Ministro relator, deve abranger tanto medicamentos nacionais, quanto importados, haja vista que a Lei nº 6.360/76, que regula o controle sanitário no Brasil, exige de todo fármaco o registro.

61. Tal entendimento foi sedimentado sob o número 990, no sistema dos repetitivos, e afetou o desfecho de mais de 200 outros Recursos Especiais que estavam paralisados, aguardando a fixação da tese, o que acarretou ampla repercussão jurídica.

62. Deste modo, relatado pelo Ministro Moura Ribeiro, o precedente veio para confirmar a jurisprudência já dominante nos tribunais superiores, esclarecendo que as disposições do Código de Defesa do Consumidor devem ser aplicadas de forma apenas subsidiária aos contratos firmados entre as partes, conforme já amplamente demonstrado no tópico anterior. Vejamos:

> Conforme dicção do artigo 35-G da Lei 9.656/98, razão pela qual, nas hipóteses de aparente conflito de normas, pelos critérios da especialidade e da cronologia, devem prevalecer as normas de controle sanitário, que visam ao bem comum[14].

63. Ato contínuo, também ressaltou-se no julgado que não se deve permitir que o Poder Judiciário atropele "*todo o sistema criado para dar segurança sanitária aos usuários de medicamentos, sob pena de causar mais malefícios que benefícios*"[15].

64. Isso porque, se a finalidade do medicamento está registrada na ANVISA de forma diversa do uso pretendido pelo paciente, não há qualquer comprovação científica de que o medicamento não irá prejudicar ainda mais sua saúde.

65. No mesmo sentido, o Enunciado nº 6, da I Jornada de Direito da Saúde, do Conselho Nacional de Justiça, utilizado como fundamento legal no julgamento do repetitivo, fixou o entendimento de que a concessão de tratamentos deve evitar os medicamentos não registrados na ANVISA ou em fase experimental, como no presente caso: "*A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os*

[14] BRASIL, STJ. **Recurso Especial nº 1.712.163/SP e 1.712.163/SP**, 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201701829167.REG.+E+%40DTPB%3D20181126&b=ACOR. Acesso em 28 de outubro de 2020.

[15] BRASIL, STJ. **Recurso Especial nº 1.712.163/SP e 1.712.163/SP**, 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201701829167.REG.+E+%40DTPB%3D20181126&b=ACOR. Acesso em 28 de outubro de 2020.

medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei"[16].

66. No mais, o Enunciado nº 26, também da I Jornada de Direito da Saúde, do Conselho Nacional de Justiça também asseverou que é perfeitamente lícita a recusa do plano de saúde em fornecer tratamento experimental. Neste sentido: "*É lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental*"[17].

67. Isso decorre do fato de que, como já amplamente demontrado, utilizar medicamento para tratamento puramente experimental, ou seja, sem comprovação científica de eficácia, como requer o paciente *in casu*, pode gerar ainda mais danos à saúde do paciente.

68. Por fim, a teor de todo já exposto, resta claro que, em expresso atendimento ao comando legal e jurisprudencial, a Operadora de Plano de Saúde que nos consulta não pode - e nem deve - ser empelida a fornecer o medicamento.

RESPOSTAS ESPECÍFICAS AOS QUESITOS

69. Ante tais considerações, passamos a responder especificamente os questionamentos formulados pela Operadora de Plano de Saúde BBCDM (sem prejuízo das outras digressões feitas nos itens anteriores deste parecer):

A. O direito à saúde deve ser sobreposto sobre todos os outros, ou pode haver limitação? Evidentemente que o direito à saúde é um direito de suma importância assegurado pela Constituição Federal, contudo, não é - e nem deve ser - irrestrito, sendo passível de sofrer limitações. Isso porque não há uma hierarquia entre os direitos fundamentais, de modo que, se a concessão de um direito a um único indivíduo for capaz de prejudicar toda uma coletividade, poderá sofrer limitações.

[16] ENUNCIADOS APROVADOS NA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em 28 de outubro de 2020.

[17] ENUNCIADOS APROVADOS NA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em 28 de outubro de 2020.

B. Existe algum impedimento legal para a venda de medicamentos para tratamento "*off-label*"? Sim. A ANVISA é a responsável por monitorar a segurança, eficácia e qualidade terapêutica dos medicamentos no Brasil, de modo que não havendo o registro para a finalidade requerida junto à agência reguladora, a inadequação do medicamento é presumida. Deste modo, ante a possibilidade de o medicamento vir a prejuicar a saúde do paciente, sua comercialização é proibida.

C. Em eventual erro médico, a Operadora de Plano de Saúde poderá ser responsabilizada judicialmente? Sim. Isso porque, ante o caráter puramente experimental do tratamento "*off-label*", o Conselho Federal de Medicina atribui a responsabilidade por eventuais danos ao médico que o prescreveu. Deste modo, considerando que o médico é vinculado à operadora de plano de saúde, eventual ação de indenização poderá ser direcionada solidariamente à operadora fornecedora do trabamento, bem como ao médico responsável.

D. O Judiciário pode impor, sem qualquer limitação, às Operadoras de Plano de Saúde, o custeio de todo e qualquer tratamento? Não. A jurisprudência já é pacífica quanto ao fato de que o Judiciário não pode impor, sem qualquer limitação, o custeio de qualquer tramento, visto que é extremamente necessário analisar os limites do contrato firmado entre as partes, bem como se o tratamento requerido consta no rol de cobertura obrigatória da ANS.

Por fim, são estas as considerações quanto aos questionamentos formulados.

Tendo em vista o caráter autoral do presente Parecer Jurídico, fica, desde já, proibida sua utilização sem a expressa anuência dos pareceristas.

Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil/Canadá

Rafael Barbosa Ferreira

Galdino Luiz Ramos Júnior

INTRODUÇÃO

A Arbitragem é uma modalidade muito requisitada atualmente, e cada vez mais as pessoas, física ou jurídica acabam a utilizando para resoluções de conflitos, por ser um meio mais rápido e prático. No Brasil, teve início a partir da Lei da Arbitragem (Lei 9.307/1996). Tendo várias críticas no início, mas acabou adquirindo confiança e credibilidade cada vez que atuava nas resoluções de divergências entre as partes. No site da CAM-CCBC, podemos encontrar, regulamentações, tabelas de preço, legislação, lista de árbitros, estrutura organizacional, modelos de clausulas e dentre outras coisas que nos dê a possibilidade de conhecer os trabalhos do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comercio Brasil Canadá, assim facilitando na utilização de um dos maiores centros de arbitragem do mundo. Sendo ela muito utilizada em conflitos de grandes interesses, mas também outras grandes instituições arbitrais, se fazem presentes fortemente no âmbito de resolução de conflitos. O trabalho em si, traz vários requisitos e assuntos que envolvem a arbitragem, nacional e internacional, esclarecendo esta ferramenta que se bem trabalhada poderá resolver inúmeras lides que possa existir no mercado. Ressalto a importância dos livros de arbitragem que utilizei para o desenvolvimento do trabalho, que proporcionou um melhor esclarecimento e elaboração do assunto, os autores que utilizei tiveram um papel de extrema importância, já que suas formas de mostrar suas ideias foram bem claras e assim facilitando na elaboração do trabalho. O processo de arbitragem embora pareça com o judiciário, tem suas características próprias, que são procuradas por terem uma resolução mais rápida e pratica de um conflito, que se interposto no judiciário, o processo poderia durar anos e na arbitragem durará alguns meses.

ARBITRAGEM

Na arbitragem podemos destacar o fato que utilizamos de um meio privado para resoluções de conflitos, em que se escolhe uma pessoa de confiança das partes envolvidas e ela traz uma solução em que os litigantes terão que acarretar.

O poder judiciário brasileiro tem por si muitos casos em andamento, e por conta disso os processos judiciários podem levar meses e em muitos casos anos. Vivemos em um mundo em que o tempo é muito valioso e se buscam meios de acelerar conflitos nos litígios existentes. Com isso, a arbitragem nos mostra que é possível resolver as divergências com facilidade e praticidade.

> Na doutrina brasileira, Selma Ferreira Lemes considera que "a arbitragem, portanto, é um modo extrajudiciário de solução de conflitos em que as partes, de comum acordo, submetem a questão litigiosa a uma terceira pessoa, ou várias pessoas, que constituirão um tribunal arbitral". Carlos Alberto Carmona, por sua vez, argumenta que a arbitragem "é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial (FICHTNER, p 29)

Podemos destacar que na arbitragem, mesmo sendo uma decisão tomada por terceiro, tem como um dos seus objetivos a decisão definitiva que as partes terão que cumprir, e que seus efeitos se comparam com uma sentença judicial.

Os fundamentos da arbitragem são suas características que fazem este método de solução de conflito ser diferente do judiciário, em que se faz presente a autonomia privada das partes, não havendo um órgão público que interferirá nas tomadas de decisões, sendo responsabilidades dos conflitantes escolherem um terceiro, conhecido como árbitro, que irá decidir sobre o litígio, lembrando que terá que ser imparcial, com a finalidade de solucionar o conflito.

É muito importante destacar a Constituição Federal, no que se trata da resolução de conflitos, que seria função do Poder Judiciário do nosso país e que nos traz a possibilidade da liberdade individual e a autonomia privada, assim nos dando abertura para resoluções de litígios extrajudiciais, desde que não façamos nada ilícito, e seguindo os princípios fundamentais e sem prejudicar terceiros.

Nos casos judiciais vemos a característica da obrigatoriedade dos envolvidos, em que alguém acredita ter seu direito violado e quer que o "responsável" pague aquilo que lhe é devido. Vemos, então, um conflito de interesses das partes, mas que apenas será reconhecido judicialmente após o fato ser praticado, sem a existência do fato não poderá sequer entrar com uma ação judicial. Por outro lado, a arbitragem vem com a característica da consensualidade, partindo assim da responsabilidade da realização de um contrato particular definindo quem e como serão resolvidos seus litígios, assim tendo uma praticidade e uma agilidade nas resoluções de seus interesses.

Em nenhum momento podemos confundir arbitragem com mediação e conciliação, por ter um terceiro imparcial, são atribuídos um poder e o dever essencial para que possa dar as soluções para as divergências existentes pelas partes envolvidas.

A decisão arbitral tem o efeito judicial, ou seja, terá que ser cumprida pelas partes, sendo uma sentença arbitral, que dispõe de uma decisão definitiva, imutável e indiscutível, passando a ser uma coisa julgada material.

Como já dito acima, o poder judicial brasileiro e de outras grandes Nações se encontram com vários processos em andamento, assim fazendo com que os litígios durem por um longo período de tempo, e em um mundo que cada vez mais se nota a falta de tempo na sociedade, buscamos meios práticos e ágeis para facilitar nossas vidas. A arbitragem vem nos mostrando cada vez mais a sua eficácia no mercado moderno e além disso podemos destacar outros pontos positivos que a arbitragem nos proporciona, como a escolha de um terceiro que irá julgar a lide, que deve ser imparcial e ter o domínio da matéria que será discutida, inclusive a praticidade das resolução e dentre outras qualidades que faz com que a arbitragem esteja cada vez mais presente nas resoluções dos conflitos.

A arbitragem pode algumas vezes não agradar uma das partes, assim fazendo com que não queira cumprir a decisão estipulada pelo árbitro, podendo, assim, a outra parte entrar com uma ação judicial pedindo o cumprimento da decisão, já que foi assinada a cláusula compromissória.

Sobre sua natureza jurídica, discute-se duas vertentes a privatista e a publicista, a primeira se caracteriza por ser apenas um negócio jurídico, em que se faz presente um terceiro imparcial que tem a função de julgar para solucionar os conflitos de interesses, já, a segunda, também conhecida com jurisdicionalista, em que se realiza uma atividade jurisdicional, e que foram dados poderes através da lei para que sejam resolvidas as lides. Havendo outras teorias sobre a natureza jurídica da arbitragem, mas com alguns fundamentos das teorias principais, sendo elas privatistas e as publicistas.

O crescimento da arbitragem como forma de resolução de conflitos é nítido, em que as empresas buscam cada vez mais meios de realizarem tarefas, atividades e solucionarem conflitos o mais rápido possível, sendo que a arbitragem traz essa ideia, em que sua resolução dos conflitos acaba sendo muito mais ágil do que o judiciário.

Com base nos dados de pesquisa da professora Selma Lemes junto às câmaras de Amcham, Ciesp/Fiesp, Camarb, Câmara Brasil-Canada e CAM-B3, nos é revelado que do ano 2017 para o ano de 2018 houve um aumento de 37% no valor dos processos em andamento em cada ano. No ano de 2017, estávamos com um valor

total de 64,3 bilhões de reais e, no ano de 2018, subiu para 88,3 bilhões de reais, levando em consideração as oitos principais câmaras de arbitragem: Amcham, Camarb, FGV, Ciesp/Fiesp, Câmara Brasil-Canada, CAM-C3, CBMA e ICC.

Nota-se que, com o passar dos anos, há um aumento no uso da arbitragem. No ano de 2012, havia 158 procedimentos em andamento, com um valor de 4,7 bilhões de reais, já em 2014 tivemos um aumento tanto nos procedimentos, quanto no valor em reais, passando para 218 procedimentos, com um valor de 11,7 bilhões de reais, em 2017, já chegamos a 333 procedimentos, levando em consideração as 6 maiores câmaras de arbitragem do país.

Sendo levantados alguns casos para observar a importância da arbitragem no país, podemos citar o caso da Petrobras e a ANP, em que o valor envolvido foi de 8,2 Bilhões de reais, sendo o conflito sobre o impacto da unificação de campos de petróleo no pagamento de participações especiais. Outro caso a citar é o da Petrobras contra o Sete Brasil, com o valor de 318 milhões de reais, com o litígio de indenização a investidores da companhia de sondas que tiveram encomendas canceladas.

Os desafios e áreas que a arbitragem há de enfrentar ainda no futuro são inúmeras, mas não podemos falar que não tem resolvido diversos conflitos de grandes interesses. Os campos de sua atuação estão se desenvolvendo de uma forma acelerada, junto com a tecnologia. Assim, mantendo-se no mercado como uma ferramenta que tem potencial no mundo das resoluções de divergência de caráter nacional e inclusive internacional.

PRINCÍPIOS DA ARBITRAGEM

Os princípios são de extrema importância nas relações jurídicas de nossa sociedade, temos que constantemente nos atentar o máximo possível se estamos de acordo com os princípios que envolvem a legislação. Nos princípios podemos achar mais respaldos para decidir aquilo que deve ser observado nos casos concretos, não podendo nos restringir apenas à interpretação literal do texto jurídico.

Em alguns casos em que a lei é omissa, os juízes podem utilizar dos princípios gerais do direito na tomada de decisões, e cabendo em vários outros casos em que se faz necessário utilizar desta ferramenta; mas, devemos sempre lembrar que não existe um princípio maior que outro, sempre devemos analisar o caso concreto para definirmos qual princípio utilizaremos com maior ênfase na decisão.

No tocante aos princípios de origem material, podemos ressaltar os clássicos do direito privado. Iremos ressaltar a importância de alguns.

Princípio da autonomia privada, tem seu início na Revolução Francesa, em que se fazem presentes três requisitos para que tenhamos seu efeito por completo, sendo eles: autonomia da vontade, obrigatoriedade dos contratos e a relatividade dos contratos.

Segundo Maria Helena Diniz, a autonomia da vontade, temos que analisar a vontade das partes, em que irão decidir se realmente realizarão o ato de contratar, com quem irão contratar e o qual será o objeto a ser negociado.

> No que diz respeito à arbitragem, todos estes três aspectos da autonomia privada possuem intensa repercussão. As partes exercem sua autonomia privada na arbitragem, primeiramente, ao decidir se querem ou não celebrar uma convenção de arbitragem. Como se sabe, diante de um conflito de interesses presente ou futuro, as partes podem livremente escolher se litigarão na via arbitral ou perante o Poder Judiciário. Firmar a convenção de arbitragem não é nada mais do que exercer a autonomia privada e responder, por conseguinte, à questão "contratar ou não contratar", ou seja, "firmar convenção de arbitragem ou não firmar convenção de arbitragem (e se submeter, neste último caso, à solução perante o Poder Judiciário). (FICHTNER p 119)

São as partes que escolhem se realmente vão optar pela arbitragem com o meio de resolução de conflitos, podendo sim, em algum momento ter a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, mas antes de recorrer ao Estado, passará pelas mãos de um árbitro.

No princípio da força obrigatória dos contratos, vemos que após o consentimento das partes, elas detêm o dever de cumprir a obrigação imposta pelo contrato. Podemos até dizer que se qualquer indivíduo não realizar a obrigação, não estará apenas ligado ao ato ilícito do contrato, mas também estará violando a regra ética de honrar com a obrigação contratual. Tendo uma força Constitucional, por conta do princípio da segurança jurídica, que está na Constituição da República.

Já, o princípio da relatividade dos contratos, as partes não podem, em nenhum caso, prejudicar um terceiro, salvo previsão em lei. Podemos ressaltar a importância da função social do contrato, lembrando que, deve-se atentar aos interesses da sociedade, em que as vontades individuais não tenham força maior.

Temos também os princípios contemporâneos do direto privado, sendo eles: princípio da boa-fé objetiva, princípio da equidade contratual, princípio da função social do contrato e dentre outros que são de extrema importância para o bom funcionamento da arbitragem.

Os princípios processuais constitucionais, também tendo sua nomenclatura como modelo constitucional do processo, devem ser observados para utilizar do processo e o instituto processual correto.

Em relação à tutela constitucional do processo, devemos dar a devida importância aos princípios e garantias que mostram os padrões políticos a ser seguidos.

O princípio da liberdade individual se faz presente na arbitragem por conta da autonomia privada que é imposta no processo de arbitragem, em as partes têm liberdade de escolha e decisão sobre o procedimento que será seguido.

Vemos inúmeros outros princípios que são aplicados na arbitragem nacional e internacional, mas sempre buscando uma melhor resolução dos conflitos existentes, com uma maior praticidade e confiabilidade na decisão.

ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Cada vez notamos o crescimento das relações internacionais no nosso cotidiano. A globalização vem evoluindo em um ritmo muito elevado e temos contado com diversos outros países, sendo por sua cultura, culinária, esportes e dentre outros aspectos que se fazem presentes em nossa sociedade.

E com relação às empresas, não seria diferente, grandes empresas que buscam seu crescimento e expansão fora do país acabam buscando parcerias e meios internacionais para desenvolverem sua exportação, tanto de produto, serviços ou até mesmo sua marca, mas sempre com a finalidade de buscarem maiores lucros.

Na questão internacional, surge uma grande questão: a da soberania dos países que fazem parte da relação arbitral, em que cada país tem seu sistema judiciário e seu sistema de execução.

Nas relações internacionais dos países que buscando a resolução dos conflitos através de um arbitro, é levantada uma grande questão onde se busca separar a figura da arbitragem de um sistema próprio nacional, ou seja, não deixar com que haja uma influência maior de um determinado país. Sempre buscando seguir as regras estipuladas no contrato, lembrando que existem as limitações contratuais, que não podem ferir nenhum direito fundamental e nenhum direito humano, em que se fazem presentes diversos princípios na matéria e no processo de arbitragem, e sempre devem buscar respeitar as leis e os tratados internacionais em que os países fazem parte.

Para mais credibilidade no uso da arbitragem, há câmara que tem seu próprio código de ética, assim passando uma imagem mais centrada e honesta nas tomadas de decisões, buscando cada vez mais soluções amigáveis e justas.

Sendo de extrema importância ressaltar a necessidade de sigilo nas discussões realizadas pelas câmaras de arbitragem, onde deve-se atentar a confidencialidade das informações sobre as partes e o processo que as envolvem não apenas em casos grandes mais de qualquer seguimento, tanto nacional como internacional.

PROCEDIMENTO DA ARBITRAGEM

As regras da arbitragem de uma forma geral serão estabelecidas pelas partes envolvidas em sua convenção, escolhendo também o árbitro ou o tribunal arbitral que toma a decisão para resolução do conflito existente, lembrando que sempre deve ser um árbitro que respeita os princípios da arbitragem, como o princípio da imparcialidade, princípio do contraditório, princípio da igualdade das partes e dentre outros.

Segundo Beraldo, a flexibilidade é uma característica essencial para o decorrer do processo de arbitragem, em que se deve observar a necessidade de mudanças ágeis sem muita burocracia, tanto na parte que envolve alegações iniciais, defesa, processo, provas e até mesmo a sentença, mas sempre com a finalidade que um procedimento mais rápido e que o resultado seja o melhor possível.

> Pode-se, então, perceber que "a flexibilização do procedimento arbitral é ferramenta poderosa para instrumentalizar até mesmo procedimentos razoavelmente completos. Penso com isso que, independentemente de autorização das partes, não há nada que impeça os árbitros de alterar o modelo legal conhecido pelos contendentes (ou contemplado nas regras institucionais adotadas) substituindo-o por regras mais elásticas e adequadas ao caso concreto, aptas a auxiliar os julgadores a melhor decidir (princípio da adequação das formas). Dito de outro modo, o árbitro deverá (por conta de seu dever de diligência) remover e superar obstáculos processuais que entravem a tramitação do processo arbitral, adaptando a sequência de atos às necessidades da causa, determinando a prática de ato não previsto (ou dispensando a prática de ato inútil), reordenando, se necessário, o procedimento". Apesar de essas terem sido pertinentes palavras, já havíamos advertido anteriormente, neste item, para situações em que o árbitro deve respeitar as regras estabelecidas pelas partes, e, ainda, para a importância de suas decisões serem tomadas, sempre que possível, consensualmente com as partes. (BERALDO, p. 283)

Em relação aos aspectos subjetivos e objetivos da flexibilidade do procedimento arbitral, podemos observar que no subjetivo nos traz a ideia das pessoas que podem impor as regras que serão cumpridas no processo, em que é determinado quem será o árbitro, qual a câmara arbitral e o juiz togado. Pelo aspecto objetivo a ideia central é o documento que será utilizado na prática da resolução do conflito, assim evolvendo as cláusulas do contrato, o regulamento imposto pelas partes em relação ao árbitro, e dentre outras aplicações que se fazem presentes no contrato celebrado pelas partes.

Mesmo sendo um contrato realizado por particulares, não quer dizer que todas as escolhas das partes serão absolutas, ou seja, o árbitro também terá voz no processo, podendo decidir que não irá mais participar do processo, logicamente podendo, também, desde o início, decidir que não quer ser o árbitro de tal conflito, não valendo apenas para o árbitro em si, mas também para um centro de arbitragem específica. Por conta disso, deve haver uma comunicação entre todos os participantes do processo arbitral.

As partes, ao escolher o árbitro que irá tomar a decisão sobre o litígio, acaba, muitas vezes, dando o dever para se criar as regras a serem implementadas no procedimento da arbitragem. São usados desse modo quando as partes não entram em um acordo em relação às regras, assim havendo a necessidade do árbitro estipular para que se dê início ao processo de arbitragem, ou nos casos em que as partes já tenham uma maior confiança no árbitro que irá participar da resolução do conflito. Assim, aplica-se para as instituições de arbitragem, até mesmo pelo fato da experiência que o árbitro e as instituições adquirem no decorrer do tempo, fazendo cada vez melhor o seu papel como julgador.

As regras do procedimento arbitral têm que seguir algumas especificações da lei de arbitragem, em que, por exemplo, vemos o termo "adendo à convenção arbitral". Tais especificações permitem também situações a serem debatidas no decorrer do processo. O consentimento das partes também tem que se fazer presente na realização do contrato, em que nenhuma das partes poderá forçar a outra a celebrar tal ato sem seu consentimento. Também devemos nos atentar na existência da assinatura do árbitro, sendo dispensada no início da arbitragem, mas tendo que haver a aceitação do instituído que realizará a arbitragem, existindo a necessidade de estabelecer um prazo, não sendo estipulado por lei, mas é de extrema importância para o devido processo, e em relação ao adendo, o mesmo deverá seguir o principal.

Sobre as regras em que a arbitragem se baseia, não poderá violar os bons costumes e nem a ordem pública. Assim, também não se pode ser contrária aos princípios da Lei da Arbitragem, ou seja, as regras impostas pelas partes ou pelo árbitro não poderão violar o princípio do contraditório, o princípio da igualdade e das partes, o princípio da imparcialidade do árbitro e nem o princípio do livre convencimento.

Vemos nas câmaras arbitrais seus procedimentos próprios, como por exemplo, na CAM/CCBC, após a apresentação de todas as alegações e provas, abrir-se-á um prazo para as alegações finais de 30 dias. De forma geral, pode-se dizer que se parece com o sistema judiciário, mas com alguns privilégios, devemos citar que um processo de arbitragem não pode durar mais do que seis meses, assim fazendo com que seja resolvido de forma acelerada e sem muita burocracia.

É de extrema importância a ata de missão ou termo de arbitragem para o decorrer do processo arbitral. Neste documento ficarão as regras estipuladas pelas partes junto com o árbitro, os prazos processuais, as escolhas dos árbitros, local da arbitragem, as leis que serão aplicadas, os atos do processo a serem aplicados, o objeto e o pedido dos envolvidos e dentre outras questões que são de extrema relevância. Este instrumento tem que ser assinado pelas partes envolvidas, servindo como uma prova futura para todos aqueles que estão relacionados no litígio.

Em relação ao local que será realizada a arbitragem, deve-se levar em consideração, vários fatos, como a mobilidades das partes e do árbitro, pois dependendo do local, as custas para a realização da arbitragem podem acabar extrapolando um valor satisfatório, assim sendo relevante considerar um local onde se possa desenvolver a arbitragem sem nenhum imprevisto de fatores que obriguem a alterar o local com frequência, podendo ser alterado com o consentimento geral dos envolvidos.

Havendo a necessidade das partes debaterem logo no inicio algumas questões preliminares para o devido andamento do processo, como a competência do árbitro, determinando o árbitro por um consentimento das partes, escolhendo um imparcial que se mostre capaz de tomar a decisão correta, que satisfaça os envolvidos, onde suas reais vontades devem ser nítidas para que o árbitro escolha querer ou não participar do processo arbitrário, onde se deve sempre observar as vontades do arbitro.

No tocante à obrigatoriedade do advogado no processo arbitrário, a Lei de Arbitragem nos passa que não necessariamente precisamos de um advogado para utilizarmos desta ferramenta. Lembrando que o árbitro pode ter uma formação especifica para área que ele atuará, não tendo a necessidade de ser um advogado, mas a atuação do advogado pode trazer um melhor esclarecimento de certas leis e poderá auxiliar no processo de diversas formas, em que este auxilio seja de extrema importância e requisitado em muitos casos.

O árbitro terá que tentar uma conciliação entre as partes, não sendo uma opção facultativa e sim obrigatória, podendo mesmo no decorrer do processo o árbitro utilizar desta ferramenta, não havendo uma limitação, apenas basta chamar as partes para tal tentativa.

Podemos notar várias semelhanças do processo arbitral com o processo judiciário, em que se fazem presentes a necessidade de defesa, prazos, provas, dentre outros fatores que auxiliam no devido processo legal.

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E PAGAMENTO ESTIPULADO

Em se tratando de sentença arbitral internacional, não podemos afirmar que tem eficácia imediata e totalmente igual a uma sentença judicial interna, ou seja, a decisão não será aplicada automaticamente, primeiro será observada pelo Estado, e podendo ser alterada, para se encaixar na ordem interna do país, mas sempre observando os princípios que deram origem à sentença arbitral e respeitando também as vontades das partes e os interesses individuais e coletivos se for o caso.

No caso do Brasil, a decisão arbitral internacional há a necessidade de o Superior Tribunal de Justiça transitar a sentença em jugado, para que seus efeitos também possam valer dentro do país. Para tal efetivação do processo, deverá conter os requisitos o Código de Processo Civil e conter vários documentos indispensáveis. Em nenhuma hipótese, a sentença poderá ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e nem a ordem pública.

Nas decisões do Superior Tribunal Justiça sempre serão observados os tratados internacionais e a lei brasileira, pois após transitado em julgado terá efeito em todo o território nacional.

Caso uma das partes não acatar a sentença arbitral a execução será realizada seguindo as regras impostas para sentenças interna do país. Sendo a competência

de execução da sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, é da Justiça Federal e o foro é o lugar indicado previamente indicado pelas partes.

Após a decisão do árbitro as partes deverão cumprir a sentença, na forma e nos prazos que foram estipulados. Caso uma das partes não queira cumprir com a decisão a outra parte poderá entrar em contato com a Central que avisará outras instituições que são envolvidas no campo da arbitragem.

Sempre se espera a boa-fé das partes, quando celebram um contrato para realizar a decisão estipulada pelo árbitro, e nas cláusulas contratuais terão as regras para tais fins, em que o próprio árbitro ou as partes envolvidas definirão a medida cabível no cumprimento da sentença, assim definindo se haverá o pagamento estipulado para resolução do litigio, na busca de melhor credibilidade do processo.

> [...] proferida a sentença arbitral, e não cumprida imediatamente, ou no prazo por ventura estabelecido pelo árbitro, nascerá para o credor a pretensão executiva. Será necessário redigir uma petição inicial e juntar os documentos mencionados no art. 614 do CPC, quais sejam, o título executivo judicial (e não extrajudicial, como dispõe o inciso I); o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa; e a prova de que se verificou a condição, ou ocorreu o termo (art. 572). Além desses documentos obrigatórios, é prudente sejam juntados outros documentos que a parte exequente entender como essenciais à satisfação do crédito, como, por exemplo, a convenção de arbitragem e cópia das peças processuais elementares da lide arbitral. (BERALDO, p. 455)

Em algum caso haverá a necessidade de recorrer ao judiciário, para que a sentença seja devidamente cumprida. Lembrando que para tal finalidade, devem-se cumprir diversos requisitos, e podendo demandar um certo período de tempo, assim fazendo com que se gaste mais tempo para a resolução do conflito entre as partes.

No tocante à prescrição do ajuizamento de cumprimento de sentença proferida pelo árbitro, segundo Donaldo Armelin, não há prescrição prevista em lei, mas poderá ter prazo decadencial.

CAM-CCBC

Vemos, no decorrer dos anos, um aumento na procura de meio facilitadores de resoluções de conflitos gerados por empresas, um deles é a arbitragem, em que nas relações divergentes analisamos um terceiro imparcial tomando decisões relevantes dentro da parceria das empresas.

A Arbitragem sendo bastante usada pelas suas vantagens no mundo moderno são: Celeridade na resolução do conflito; Confidencialidade; Economicidade; Flexibilidade do processo; Eleição de legislação, sede e idioma do procedimento; Expertise do árbitro escolhido.

No Brasil, começou a utilizar desta ferramenta a partir da Lei da Arbitragem (Lei 9.307/1996). No início, houve várias críticas negativas, em que alegavam que estavam comparando os árbitros com juiz togado e a desnecessidade de homologação da Sentença Arbitral perante ao poder judiciário.

As partes que escolhem as regras aplicadas na arbitragem vão seguir as regras internacionais de comércio, os princípios, usos e costumes gerais do direito.

O mais importante acordo documentado para o sistema de Arbitragem no âmbito Internacional foi a ratificação das Nações Unidas sobre o reconhecimento e execução das decisões arbitrais Estrangeiras de 1958 (convenção de Nova York), 150 países se fizeram presentes.

Em 2002, o Brasil começou a ser reconhecido internacionalmente para a utilização arbitral, sendo um método eficaz para soluções de decisões controvertidas. Mas só em 2015 que reconheceu que o método de arbitragem poderia ser utilizado para entes da administração pública direta e indireta, contra conflitos que envolva patrimônios.

No site da CAM-CCBC podemos encontrar modelos de cláusulas, sendo elas: Cláusulas Padrões, Cláusulas Detalhadas, Cláusulas Padrões Escalonadas MED--ARB. e Cláusulas Detalhadas Escalonadas MED-ARB.

Cláusulas Padrões: “Qualquer litígio originário ou relacionado ao presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será definitivamente resolvido por arbitragem, administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”), de acordo com o seu Regulamento, constituindo-se o tribunal arbitral de [um/três] árbitros, indicados na forma do citado Regulamento. ”

Cláusulas detalhadas: “1- Qualquer controvérsia oriunda deste contrato ou com ele relacionada será definitivamente resolvida por arbitragem. 1.1- A arbitragem será administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”) e obedecerá às normas estabelecidas no seu Regulamento, cujas disposições integram o presente contrato. 1.2- O tribunal arbitral será constituído por [um/três] árbitros, indicados na forma

prevista no Regulamento do CAM-CCBC. 1.3-. A arbitragem terá sede em [Cidade, Estado]. 1.4-. O procedimento arbitral será conduzido em [idioma]. 1.5-. [lei aplicável].”

Cláusulas Padrões Escalonadas MED-ARB.: “Qualquer controvérsia originária do ou relacionada ao presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será submetida obrigatoriamente à Mediação, administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”), de acordo com o seu Roteiro e Regimento de Mediação, a ser coordenada por Mediador participante da Lista de Mediadores do CAM-CCBC, indicado na forma das citadas normas. A controvérsia não resolvida pela mediação, conforme a cláusula de mediação acima, será definitivamente resolvida por arbitragem, administrada pelo mesmo CAM-CCBC, de acordo com o seu Regulamento, constituindo-se o tribunal arbitral de três árbitros, indicados na forma do citado Regulamento.”

Cláusulas Detalhadas Escalonadas MED-ARB.: “1- Qualquer controvérsia originária do ou relacionada ao presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será submetida obrigatoriamente à Mediação, administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”), de acordo com o seu Roteiro e Regimento de Mediação, a ser coordenada por Mediador participante da Lista de Mediadores do CAM-CCBC, indicado na forma das citadas normas. 1.1- A controvérsia não resolvida pela mediação, conforme a cláusula de mediação acima, será definitivamente resolvida por arbitragem, administrada pelo mesmo CAM-CCBC, de acordo com o seu Regulamento. 2.1- A arbitragem será administrada pelo CAM-CCBC e obedecerá às normas estabelecidas no seu Regulamento, cujas disposições integram o presente contrato. 2.2- O tribunal arbitral será constituído por [um/três] árbitros, indicados na forma prevista no Regulamento do CAM-CCBC. 2.3-. A arbitragem terá sede em [Cidade, Estado]. 2.4-. O procedimento arbitral será conduzido em [idioma]. 2.5-. [Lei aplicável]. ”

No que se trata do cumprimento de sentença arbitral proferida pelo CAM-CCBC, temos o artigo 11 do Regulamento de Arbitragem – 2012, onde o mesmo é dividido em quatro tópicos:

“1. As partes ficam obrigadas a cumprir a sentença arbitral, tal como proferida, na forma e prazos consignados, sob pena de não o fazendo, responder a parte vencida pelos prejuízos causados à parte vencedora. ”

"2. Na hipótese de descumprimento da sentença arbitral a parte prejudicada poderá comunicar o fato ao CAM-CCBC, para que o divulgue a outras instituições arbitrais e às câmaras de comércio ou entidades análogas, no País ou no exterior."

"3. O CAM-CCBC poderá fornecer, mediante solicitação por escrito de qualquer das partes ou dos árbitros, cópias de documentos referentes ao procedimento arbitral que sejam necessários à propositura de ação judicial diretamente relacionada à arbitragem."

"4. Os autos do procedimento arbitral permanecerão arquivados no CAM-CCBC pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados do encerramento da arbitragem, cabendo à Parte interessada solicitar, dentro do referido prazo, e às suas expensas, cópia das peças e documentos que sejam do seu interesse."

CONCLUSÃO

Em suma, verificamos que a Arbitragem no Brasil vem crescendo consideravelmente e que as críticas bastantes discutidas no seu início foram deixadas em segundo plano. Cada vez mais se tem procurado esta ferramenta para resolução de conflitos, pois, já se mostrou eficiente nos julgamentos de diversos litígios, tanto no âmbito nacional quanto no âmbito internacional.

O processo arbitral apesar de parecer com o judiciário, tem suas características próprias, onde o julgador não necessariamente precisa ter formação jurídica, mas sim uma formação na sua área de atuação; a presença de um advogado não é obrigatório, mas em muitos casos seu auxílio é de extrema importância; o tempo para as resoluções de conflitos nem se compara com o do judiciário, sendo passado a todo momento uma imagem de ser um processo rápido e prático, para que sua credibilidade cresça constantemente.

Verificados que o site da CAM-CCBC traz muitas informações para todos aqueles que tem interesse de trabalhar com este sistema de arbitragem. E caso ocorra uma sentença arbitral a mesma tem que ser cumprida, por causa dos seus efeitos judiciais e até mesmo por conta que as partes aceitaram e estipularam as regras de arbitragem, ficando sujeitas a cumprirem as determinações estipuladas pelo árbitro que ficou selecionado para tal função.

Existem várias árbitros e modelos de arbitragem que as partes podem escolher, todos com a mesma finalidade: resolver o mais rápido possível uma divergência entre as partes, com maior segurança jurídica e sigilo que o CAM-CCBC possa oferecer.

Sempre se deve lembrar que mesmo a arbitragem sendo uma ferramenta extrajudicial e privada nas resoluções de conflitos, sua decisão tem caráter judicial, podendo ser homologada por um magistrado, assim, tendo efeitos judiciais.

REFERÊNCIAS

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER; Sergio Nelson; MONTEIRO; André Luiz. **Teoria Geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FIGUIRA JR, Joel. Arbitragem Joel Figueiras. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GAILLARD, Emanuel. **Jurídica da Arbitragem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2014.

SITE DO CAM-CCBC: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/

Unimar
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

O Acesso à Justiça por Meio da Defensoria Pública Estadual

Rafaela Bonomo da Silva
Juliana Raquel Nunes

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é considerado direito fundamental pela Constituição Federal, sendo um direito relevante para a manutenção da igualdade social no país. No entanto, este direito não consegue ser colocado em prática sozinho, devido ao elevado custo de um processo judicial, dependendo de uma Instituição que forneça gratuitamente serviços jurídicos. Esta Instituição é a Defensoria Pública, a qual busca a efetivação dos direitos individuais e sociais brasileiros, com um trabalho de assistência multidisciplinar direcionado ao alcance de todos, principalmente aos hipossuficientes.

No capítulo 1º deste trabalho será explicada a evolução histórica do acesso à justiça, trazendo informações sobre como este direito surgiu e foi conquistando espaço na sociedade, sendo elencadas as ondas renovatórias de acesso à justiça apresentadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth e, em seguida, as principais barreiras enfrentadas pela população para a concretização desse direito.

O capítulo 2º ficará incumbido de trazer informações pertinentes à Defensoria Pública, primeiramente contando a história da criação da Instituição e, logo após, demonstrando seus mecanismos de consolidação ao acesso à justiça, com a demonstração de seus princípios institucionais.

Por fim, o capítulo 3º tratará do tema da atuação da Defensoria Pública no Estado de São Paulo, no qual será explicado o trabalho da Defensoria Pública Estadual, assim como serão trazidas informações sobre a composição e a área de atuação da Defensoria Pública da Comarca de Tupã.

Sendo assim, a presente pesquisa buscará apresentar uma breve evolução histórica do acesso à justiça, de modo a eleger a Defensoria Pública Estadual como uma das Instituições fundamentais à concretização desse relevante princípio constitucional. Para o desenvolvimento do estudo, será adotado o método descritivo e dedutivo, com base no levantamento bibliográfico sobre o tema proposto, incluindo legislações, artigos científicos e doutrinas, de modo a assegurar a análise teórica de alguns pesquisadores acerca da efetivação da garantia de acesso à justiça e a importância da Defensoria Pública para a sociedade.

Com o desenvolvimento da pesquisa, constatou-se que a Defensoria Pública se sobressai como organização garantidora de direitos fundamentais, no sentido de possibilitar a concretização do acesso à justiça de forma igualitária, com a inclusão da camada mais carente da população, não havendo como se falar em acesso à justiça, sem a presença dessa relevante Instituição.

GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

A noção de justiça se modifica de acordo com o íntimo pessoal de cada ser humano, como bem destaca Fernanda Tartuce (2018, p. 28) ao esclarecer que "Cada ser humano concebe a justiça segundo seus próprios parâmetros e suas íntimas convicções". Ainda, seguindo o pensamento de Tartuce (2018, p. 28) "o cerne do acesso à justiça não é possibilitar que todos possam ir à corte, mas sim que a justiça possa ser realizada no contexto em que se inserem as pessoas, com a salvaguarda da imparcialidade da decisão e da igualdade efetiva das partes." Segundo a autora, a justiça possui um conceito dinâmico, que se altera de acordo com as convicções pessoais, destacando ainda, que o acesso à justiça não é apenas ingressar com uma ação, sendo algo muito mais amplo, que deverá alcançar a todos mesmo fora da corte, sempre de modo imparcial.

No decorrer da evolução social, não se pode afirmar que os principais direitos das partes tenham sido sempre respeitados, pois se sabe da existência de épocas em que os julgamentos das condutas eram baseados única e exclusivamente nos interesses daqueles que continham o poder em suas mãos. Um exemplo, é a Lei de Talião, uma das primeiras abordagens legislativas e religiosas do começo da civilização humana, prevista tanto na bíblia como no Código de Hamurabi. (BELLO, s.d.).

Determinada lei condizia com a ação na devida proporção da agressão, com a ideia da justa reciprocidade, sendo mais conhecida pela expressão "olho por olho, dente por dente". Nota-se, que a Lei de Talião, por mais absurda que apresente ser nos tempos atuais, trouxe um equilíbrio nas relações da sociedade daquela época, eliminando a ideia de vingança extrema e trazendo proporcionalidade e abrandamento da pena a ser aplicada na proporção do dano sofrido.

Há também que se falar que ao longo da história, juntamente com o ser humano, surgiram as transgressões. Na Bíblia, mais precisamente em Gênesis, capítulo 4, versículo 8, é encontrado o relato de uma importante transgressão conhecida: O homicídio praticado por Caim contra seu próprio irmão, causado pela inveja. Porém, mesmo diante de tal atrocidade, foi concedido a oportunidade de defesa ao infrator. Portanto, a partir de um dos primeiros crimes cometidos, se obteve o direito de o infrator ser ouvido sobre o ilícito praticado. (BÍBLIA SAGRADA, A. T. Gênesis 4:8, p. 52).

Ressalta-se, assim, que o cerne do acesso à justiça não é apenas o direito de ingressar com ações, mas também de respeitar o devido processo legal e haver o

equilíbrio entre o ilícito praticado e a proporcionalidade na aplicação de sua respectiva pena, não podendo, por óbvio, se esquecer do princípio da ampla defesa do acusado, previsto constitucionalmente e colocado em prática desde as primeiras transgressões, dando bilateralidade ao processo, onde ambas as partes devem tomar conhecimento dos respectivos atos praticados para poder impugná-los, sob pena de viciar todo um processo.

Entre os séculos XVIII e XIX, o acesso à justiça era tratado como um direito no qual o Estado não deveria interferir, pois a desigualdade social não era considerada como um problema do Estado, sendo este acesso exercido apenas por aqueles que possuíam condições financeiras para arcar com os custos de um advogado. Sobre o tema, Mauro Cappelletti e Bryant Garth trazem definições importantes:

A expressão "acesso à Justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele, deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPELLETI; GARTH, 1988, p. 08).

> A partir do século XX, a sociedade começou a passar por transformações maiores, onde o interesse coletivo foi sendo despertado, e o Estado viu-se na obrigação de prestar assistência aos necessitados, devido ao fato dos direitos humanos se tornarem cada vez mais abrangentes e a maior parte das doutrinas entenderem que o acesso à justiça é o direito de cada um ingressar em juízo para solucionar eventuais problemas.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, mais especificamente em seu artigo 5°, abriga todos os direitos e garantias fundamentais. Dentre eles está o inciso XXXV, o qual prevê livre acesso ao Judiciário e garantia de apreciação de eventual lide ou ameaça a direito, sendo a todos assegurado o direito a tutela jurisdicional, assegurando ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição. (BRASIL, 1988).

O disposto em tal artigo, contudo, vai muito além do que apenas o acesso ao Judiciário, enquadrando-se, também, a tutela à ameaça a direito, seguindo uma diretriz de valores e de direitos fundamentais que devem ser amplamente protegidos, mesmo sem a materialização de uma ação propriamente. Isso porque, conforme esclarece Ivan Aparecido Ruiz (2018), não se pode limitar o princípio do acesso à justiça simplesmente ao acesso ao Poder Judiciário, uma vez que a resposta dada ao jurisdicionado, muitas vezes, não condiz com a ordem jurídica justa.

É importante frisar, ainda, que o dispositivo citado no parágrafo acima, traz como um de seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade com base na justiça e o amplo acesso a esta, motivo pelo qual serão apresentados comentários a respeito do conceito de justiça.

CONCEITO DE JUSTIÇA

O conceito de justiça, de acordo com o Dicionário Paulo Freire, é "à igualdade natural dos seres humanos entre si", indo além do conceito de justiça no âmbito jurídico, estabelecendo uma ótica humanista político-pedagógico, marcada por uma ordem social injusta que dificulta o reconhecimento de direitos pelos oprimidos, devendo ocorrer o desenvolvimento de uma consciência crítica da condição de opressão desta classe. (STRECK; REDIN; ZITKOSKI, 2010, p. 235).

É possível encontrar no Dicionário Paulo Freire, ainda, que "a justiça não é o caminho para levar à homogeneização das relações humanas, mas a uma verdadeira aprendizagem da democracia e da cidadania no sentido do viver juntos. " (STRECK; REDIN; ZITKOSKI, 2010, p. 236). Portanto, a justiça é algo conquistado constantemente, através de uma luta, não tendo esta luta o objetivo de encontrar um caminho para a abolição dos conflitos e a paz absoluta, mas soluções corretas para os conflitos sociais, de modo que traga harmonia.

No âmbito jurídico, valendo-se da mitologia grega, tradicionalmente, a justiça é representada pela estátua de uma mulher com vendas nos olhos, segurando uma balança e uma espada, o que remete à igualdade de todos perante à lei e ao uso coercitivo da força do Estado, quando necessário, para fazer cumprir o ordenamento pátrio. Numa visão mais moderna, a deusa da justiça aparece de olhos abertos, demonstrando a necessidade de uma justiça atenta aos anseios dos jurisdicionados e à justiça social. (BRASIL, 2012). De acordo com Cavalieri Filho (2002, p. 60), "a sociedade justa é aquela onde não há preconceitos ou discriminações de qualquer tipo, sinal de que a justiça atingiu sua finalidade: a transformação social".

Não há como atribuir um significado à justiça sem relacioná-la ao Direito, principalmente ao direito de acessar à justiça, sendo este um direito relevante para a manutenção da igualdade social, que deixou de ser adotado como essencial e passou a ser fundamental ao ser humano. Vale ressaltar, também, a visão de Cappelletti e Garth sobre o acesso à justiça:

> O "acesso" não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13).

Nesse sentido, pode-se entender que o acesso à justiça é necessário não só por ser um direito fundamental, mas também para que se aprofundem os objetivos idealizados pela ciência jurídica. Posto isso, pode-se dizer que a palavra direito e a palavra justiça trazem, em muitas situações, definições similares.

Em continuidade ao estudo, serão trazidos alguns comentários a respeito da subdivisão cronológica elaborada por Cappelletti e Garth sobre as ondas renovatórias de acesso à justiça, destacado seus reflexos, inclusive, no Brasil.

ONDAS RENOVATÓRIAS DE MAURO CAPPELLETTI E BRYANT GARTH COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Mauro Cappelletti e Bryant Garth estabelecem em seu livro "Acesso à Justiça" uma subdivisão metodológica em relação ao movimento do acesso à justiça, caracterizando cada movimento como uma onda, trazendo então 3 (três) tipos de ondas, que serão a base da solução para o efetivo acesso à justiça. Cada onda será brevemente tratada a seguir.

A primeira onda do movimento ficou conhecida como Assistência Judiciária aos Pobres, pois nos tempos remotos, os modelos de assistência jurídica da maior parte dos países eram inadequados, os serviços prestados pelos advogados particulares eram de alto custo e o processo em si também possuía custos elevados, ficando os desfavorecidos economicamente, assim, sem oportunidade de acessar à justiça. Segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 8) "o sistema deve ser igualmente acessível a todos, devendo produzir resultados que sejam individual e socialmente justos".

De acordo com Cappelletti e Garth (1988, p. 33-34) "a reforma começou em 1965 nos Estados Unidos, com o *Office of Economic Opportunity (OEO)* e continuou através do mundo no início da década de 70", fazendo com que o Estado começasse a pagar os advogados particulares que prestavam assistência jurídica aos necessitados. Este sistema prezava pela assistência jurídica do pobre enquanto classe, e os serviços que deveriam ser prestados pelos escritórios localizados próximos a casa do pobre, formando uma conscientização daquela população ali envolta sobre seus direitos.

Outra grande realização na reforma da assistência judiciária, segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 35), ocorreu através do apoio ao denominado sistema judicare, ocorrido na Inglaterra, Austrália, França, Holanda e na Alemanha. Este sistema trouxe a assistência judiciária como um direito para todos, obtendo um equilíbrio na justiça ofertada, na qual aqueles que possuíam baixa renda seriam atendidos por advogados particulares e seus honorários pagos pelo Estado.

O *Office of Economic Opportunity e o sistema judicare*, porém, passaram por críticas e elogios. Visando solucionar essa questão, Cappelletii e Garth propuseram a combinação de ambos os modelos:

> Estes modelos combinados permitem que os indivíduos escolham entre os serviços personalizados de um advogado particular e a capacitação especial dos advogados de equipe, mais sintonizados com os problemas dos pobres. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 44).

Constata- se que, nesta primeira onda, diversas medidas foram adotadas para melhorar o sistema de assistência jurídica, começando a ceder as barreiras do acesso à justiça, não podendo deixar de destacar que, no Brasil, a ideia estimulou o surgimento da Defensoria Pública, sendo que, em 12 de janeiro de 1994 é elaborada a Lei Complementar nº 80, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. (BRASIL, 1994).

A segunda onda Cappelletiana, conhecida como Representação dos Interesses Difusos, traz uma perspectiva diversa daquela trazida na primeira, que tratava somente da representação dos direitos dos hipossuficientes. A segunda onda traz um enfoque na representação dos interesses difusos e de grupos. Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988, p. 49), em suas colocações, aduzem que "esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. Sem dúvida, uma verdadeira "revolução" está-se desenvolvendo dentro do processo civil. "

A segunda onda preocupou-se em deixar de atribuir ao processo civil a capacidade de apenas solucionar causas individualistas e incluir a proteção e discussão dos direitos difusos, visto, inicialmente, haviam somente disputas entre particulares e seus interesses individuais. Para Mello (2010, p. 23) "tal onda renovatória permitiu a mudança de postura do processo civil, que, de uma visão individualista, funde-se em uma concepção social e coletiva, como forma de assegurar a realização dos 'direitos públicos' relativos a interesses difusos. "

Houve também uma transformação na atuação do juiz e nas regras de legitimidade, pois os magistrados passaram a aceitar demandas de interesses difusos propostas por particulares, no qual nem todos os titulares desses direitos difusos iriam comparecer em juízo, sendo necessário eleger um representante. Tal representante ficou conhecido, nas palavras de Capellettti e Garth (1988, p. 55), como "Procurador-Geral Privado". A decisão, da mesma forma, também passou a obrigar a todos os membros do grupo e não somente aquele que os representou, sendo dessa maneira, também modificada a noção de coisa julgada.

Seguindo o raciocínio das inovações trazidas com a segunda onda, a título de exemplo, pode-se constatar no Brasil seus efeitos por meio do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90) e da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), como meios de representação jurídica dos interesses difusos. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, conceitua os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Já a Ação Civil Pública, foi inclusa na Constituição Federal de 1988, como uma ação constitucional, que disciplina assuntos de interesse coletivo e traz como legitimados os órgãos públicos, inclusive, a Defensoria Pública. (NUNES, 2017, p. 28).

Em suma, Cappelletti e Garth acreditam que a maneira de solucionar o problema de representação dos interesses difusos trazidos pela segunda onda é encontrando uma "solução mista ou pluralística" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 66), exigindo a atuação eficiente de advogados particulares pagos pelo governo para representar interesses que antes não eram representados, ou eram mal representados.

Por fim, a terceira onda renovatória, denominada por Cappelletti e Garth (1988, p. 67) como Um Novo Enfoque de Acesso à Justiça, trouxe inovações aos meios jurídicos, destacando-se a preocupação com a efetividade da prestação jurisdicional, ganhando forças as figuras, por exemplo, dos Juizados Especiais, da conciliação, da mediação e da arbitragem, como novas formas de acesso à justiça, o que trouxe progresso e maior celeridade na busca dos direitos e soluções das lides.

Nas palavras de Silvério (2009, p. 8), a figura dos Juizados Especiais veio "não apenas para desafogar o judiciário, mas também para abrir portas para o acesso à justiça nos casos de menor complexidade". O prisma dos Juizados Especiais Cíveis encontra-se disposto, no Brasil, na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, sendo previsto também no artigo 98 da Constituição Federal de 1988.

Cumpre ressaltar que, com tais inovações, criou-se a figura de conciliadores, mediadores e árbitros que auxiliam as partes a discutirem sua lide, inclusive, de forma extrajudicial, resolvendo a demanda sem a necessidade de ingressar com uma ação propriamente dita. A conciliação é um instituto de extrema importância na solução das lides, ela está prevista em diversos artigos do Código de Processo Civil, sendo obrigatório a tentativa de conciliação das partes, pelo juiz, tanto no início como durante o trâmite do processo.

> Conciliar implica participar ativamente da comunicação (aproximando os indivíduos), colaborar para a identificação dos interesses, ajudar a pensar em soluções criativas e estimular as partes a serem flexíveis, podendo apresentar [se necessário] sugestões para a finalização do conflito. (BRAGA NETO *et al.*, 2020, p. 216).

A Lei de Mediação - Lei 13.140/15, por sua vez, traz o mediador como o auxiliar da justiça, tendo este um papel de suma relevância, tendo em vista que ele não apenas facilita o entendimento entre as partes na busca da melhor solução para o conflito, como também as ajuda na objetividade do processo, caso não haja acordo, mantendo sempre a imparcialidade. Este possui conhecimento técnico necessário para o bom desenvolvimento da comunicação e de possíveis negociações entre as partes litigantes. O mediador não possui poder decisório, ele é escolhido ou simplesmente aceito pelas partes, sua função é estimular a identificação de soluções consensuais para a controvérsia.

Discorrendo sobre o tema, destaca Águida Arruda Barbosa que:

> A mediação é um método que se vale de técnicas de comunicação, adequadas para a escuta qualificada, prestando-se, com muita eficácia, a concretizar o princípio constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana [...] A mediação se expressa pela linguagem da interdisciplinaridade. (BARBOSA, 2015, p. 55).

Já a arbitragem pode ser definida como um procedimento que ganhou seu espaço no ordenamento jurídico através da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a qual sofreu alterações no ano de 2015, no que se refere ao rol de aplicabilidade, ao ter incluída a administração pública, entre outras disposições. Citando a respeitável e concisa definição de Torres, a arbitragem é:

> [...] uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, e que decidirão com base nesta convenção, tendo a decisão eficácia de sentença judicial. (TORRES, 2007, p. 115).

Nota-se, portanto, que a terceira onda renovatória trouxe grande estímulo à figura dos Juizados Especiais, da conciliação, da mediação e da arbitragem, fazendo com que se tornassem, inclusive, um incentivo econômico ao judiciário, proporcionado um descongestionamento no número de conflitos que se transformam em processos judiciais, além de conscientizar os cidadãos acerca da importância das formas alternativas e, muitas vezes, mais adequadas de solucionar os problemas vivenciados, ao ajustar o procedimento judicial ao tipo de litígio instaurado. (NUNES, 2017, p. 32).

Isto posto, conclui-se que tais ondas buscaram efetivar os direitos dos indivíduos e/ou dos grupos, uma vez que, por muito tempo, foram privados dos benefícios de uma justiça igualitária, sendo necessário identificar as barreiras e os fatores envolvidos, para então poder desenvolver instituições para enfrentá-los e mecanismos plurais, resultando da combinação de várias soluções integráveis entre si, como será exposto a seguir.

DIFICULDADES PARA A EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Ainda que contenha status constitucional, o acesso à justiça encontra obstáculos para que seja efetivo, o alto custo do processo é um deles, uma vez que esta barreira impede que as pessoas de baixa renda ingressem com processos, já que há a necessidade de pagamento de custas processuais e dos honorários, sejam eles advocatícios ou periciais, algo que não se encontra dentro das possibilidades financeiras desta camada da sociedade, além disso, deve-se lembrar dos honorários de sucumbência impostos ao vencido.

Outra barreira existente, é o desconhecimento de direitos pelas pessoas, que está relacionado não só com a capacidade financeira, mas também com a informação e o estudo jurídico que cada um possui, no sentido de não haver o estudo das normas jurídicas na grade curricular do ensino fundamental e médio, existindo apenas tal estudo em determinados cursos de nível superior. Essa barreira é determinante para a acessibilidade da justiça, já que muitas pessoas não sabem ou não conseguem reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível, isso não afeta apenas aos pobres, mas toda a população, tendo em vista há um déficit na prestação de informações jurídicas.

Há, ainda, uma barreira cultural ao acesso à justiça, que se relaciona com o que Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 21-32) identifica como “procura suprimida”. Segundo referido autor, existe uma demanda efetiva do Poder Judiciário, que é a que se conhece, mas existe também a procura suprimida, que é a procura

das pessoas que têm consciência de seus direitos, mas que se sentem impotentes para reivindicá-los quando de sua violação. Essa impotência decorre da cultura jurídica forense, com sua linguagem técnica, muitas vezes incompreensível, e com sua maneira formal de se vestir, que é distante da realidade social da maioria.

É evidente, que o acesso efetivo à justiça fica mais difícil de ser conquistado por aqueles que são socialmente e financeiramente desprovidos, algo que não é de fácil resolução, mas que não deve ser deixado de lado. Cappelletti e Garth elucidam a seguinte conclusão:

> Finalmente, como fator complicador dos esforços para atacar as barreiras ao acesso, deve-se enfatizar que esses obstáculos não podem simplesmente ser eliminados um por um. Muitos problemas de acesso são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro. Por exemplo, uma tentativa de reduzir custos é simplesmente eliminar a representação por advogado em certos procedimentos. Com certeza, no entanto, uma vez que litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não terão a capacidade de apresentar seus próprios casos, de modo eficiente, eles serão mais prejudicados que beneficiados por tal "reforma"[...] Um estudo sério do acesso à Justiça não pode negligenciar o inter-relacionamento entre as barreiras existentes. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 29).

Como pode ser apurado, os problemas de acesso à justiça estão relacionados entre si, já que as tentativas de melhorar um lado podem prejudicar outro. Para que a situação seja amenizada, é função do Estado garantir que os cidadãos tenham assistência gratuita e possível de ser alcançada, diante disso, o constituinte criou e elegeu a Defensoria Pública como o meio de promover a igualdade no acesso à justiça, Instituição esta que será abordada no próximo capítulo.

DEFENSORIA PÚBLICA COMO MECANISMO DE CONSOLIDAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

A noção de acesso à justiça existe desde a antiguidade, uma vez que, naquela época, já havia a preocupação de se estabelecer condições para a aplicação da justiça, na qual está era compreendida em um aspecto moral somente. Mas, com o reconhecimento dos direitos sociais, o acesso à justiça passou a ser visto como direito fundamental, que viabiliza o acesso aos demais direitos.

No Brasil, o reconhecimento do acesso à justiça como direito fundamental consolidou-se com a Constituição Federal de 1988, que inovou ao elencar no rol dos direitos e garantias fundamentais o direito à assistência integral e gratuita aos

hipossuficientes, e não mais apenas a assistência judiciária. A Constituição também inovou ao trazer no artigo 5º, inciso LXXIV, o direito de prestação de assistência judicial gratuita pelo Estado aos hipossuficientes e a previsão expressa da Defensoria Pública no artigo 134 e seus parágrafos, deixando clara a importância da Defensoria na função jurisdicional do Estado. (BRASIL, 1988).

Essa inovação, como já dito, originou a Defensoria Pública, dando a ela o dever constitucional da assistência jurídica gratuita à população hipossuficiente e aos vulneráveis, ou seja, às pessoas que não tem condições financeiras para pagar um advogado particular e as custas de um processo, ou pessoas em situações de vulnerabilidade, como crianças, idosos, mulheres em situação de violência, entre outras, podem utilizar como solução a Defensoria Pública. Ela atua tanto com o polo passivo quanto com o ativo nas ações, não só defendendo o réu, mas também iniciando o litígio e materializando o direito ofendido.

Com isso, a Defensoria Pública ganhou sua própria Lei, qual seja, Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, a qual abrange a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e as Defensorias Públicas dos Estados. Cada uma delas possui previsão em artigos específicos no diploma legal. Em suma, a Defensoria Pública da União, atua nos graus e Instâncias Administrativas Federais, ou seja, junto à Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral, Tribunais Superiores e Instâncias Administrativas da União (BRASIL, 1994).

As Defensorias do Distrito Federal e dos Territórios são organizadas e mantidas pela União, cujos defensores públicos têm a incumbência relacionada ao desempenho das funções de orientação, postulação e defesa dos direitos e interesses dos necessitados, em todos os graus de jurisdição e Instâncias administrativas. Por fim, as Defensorias Estaduais prestam assistência jurídica aos necessitados, em todos os graus de jurisdição e Instâncias administrativas do Estado, tendo atuação nos graus e Instâncias Estaduais, cabendo a ela interpor recursos aos Tribunais Superiores, quando cabíveis, entre outras atividades de suma importância que serão melhores abordadas ao longo do trabalho. (AMAPÁ, s.d.).

Ficou claro que a partir da Constituição Federal de 1988, conhecida por Constituição Cidadã, o direito à assistência judiciária passou a ser ampliado, já que referida Constituição modificou a denominação de assistência judiciária para assistência jurídica, o qual é mais amplo, abrangendo não apenas o acesso ao Judiciário, mas também a orientação jurídica, inclusive de caráter preventivo e de meios alternativos de solução das lides.

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Defensoria Pública teve sua origem no Estado do Rio de Janeiro, em 05 de maio de 1897, no qual fora expedido um Decreto que instituiu oficialmente o serviço de assistência judiciária no Distrito Federal, localizado, na época, na cidade do Rio. Em 1934, a Constituição Federal imputou à União e aos Estados a obrigação de criar órgãos que prestassem assistência judiciária aos necessitados. O estado de São Paulo criou o primeiro serviço governamental de Assistência Judiciária do Brasil, seguido pelo Rio Grande do Sul e Minas Gerais. (RIO DE JANEIRO, 2020).

Somente em 1988, contudo, a Carta Magna dispôs expressamente sobre a Defensoria Pública, dando a ela a missão Constitucional de promover a igualdade no acesso à justiça. Especificamente em seu artigo 134, trouxe que a Defensoria Pública é essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do artigo 5º, inciso LXXIV, do mesmo diploma legal. Nota-se, portanto, que o texto Constitucional de 1988 incumbiu ao Estado o dever de prestar assistência, orientação e defesa àqueles que não têm condições financeiras para tanto. (BRASIL, 1988).

Mesmo havendo previsão legal na Constituição Federal para a criação da Defensoria Pública em todo o país, sua implantação passou por um longo e demorado processo, visto que, em 1990, apenas sete dos Estados brasileiros contavam com a Instituição, e após os anos 90, apenas mais dez Estados implantaram a Defensoria Pública. Antes os serviços atribuídos a Defensoria eram oferecidos por advogados públicos que atuavam na Procuradoria de Assistência Judiciária, uma unidade específica da Procuradoria Geral do Estado designada para tais finalidades.

Diante do exposto, constata-se que o Estado deve se conscientizar de que as classes economicamente desfavorecidas precisam de mais atenção do Ente Estatal para que seja cumprido estritamente o princípio fundamental do acesso à justiça, reconhecendo a importância da Defensoria Pública em proporcionar o acesso a essas pessoas, pois sem esse reconhecimento, não se pode alcançar a democracia plena e, em consequência disso, seguiremos em direção oposta ao ideal de Justiça e Direito, sendo importante destacar, a seguir, os princípios institucionais desse relevante órgão.

PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Os princípios institucionais da Defensoria Pública integram seu sistema normativo, eles são encontrados no artigo 3° da Lei Complementar nº 80 de 1994, no § 4º do artigo 134 da Constituição Federal de 1988 e no artigo 4º da Lei Complementar nº 988 de 2006. Tais princípios atuam como diretrizes fundamentais, garantindo a Instituição o pleno exercício de seus objetivos, dirigindo-se contra a ingerência de outros poderes ou da própria Instituição. (SÃO PAULO, 2006). Cada um dos princípios, portanto, será analisado a seguir.

Princípio da Unidade

O primeiro dos princípios é o da unidade, o qual traz o entendimento de que a Instituição é única, mesmo que formada por vários membros, pois todos os membros da Instituição compõem um todo que corresponde a apenas uma Administração Pública, sem a existência de setores ou chefias, uma vez que, afinal, não é o defensor público quem atua, mas a Instituição por ele representada. No que diz respeito ao caráter hierárquico-administrativo, as Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e de cada Estado não possuem hierarquia entre si.

Sobre o caráter de unidade funcional da Instituição, entende-se que assim como as Defensorias Públicas são iguais hierarquicamente, elas também possuem o mesmo dever de alcançar os objetivos elencados no artigo 3°- A, incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009. Estes objetivos são alcançados a partir do trabalho de orientação social e combate à desigualdade constantemente feito pela Instituição desde quando ela foi criada. Por último, mas não menos importante, tem-se o caráter de unidade normativa, estabelecendo que as Defensorias Públicas devem ser reguladas através de normas legais, de acordo com o artigo 134, parágrafo 1º, da Constituição Federal. (ESTEVES; FRANKLIN, 2014, p. 268).

Princípio da Indivisibilidade

O princípio da indivisibilidade traz como conceito que, para a execução das finalidades da Instituição ter continuidade, os membros da Defensoria Pública poderão fazer substituições entre si no caso de férias, licenças ou impedimentos temporários. Essas substituições poderão ser feitas com base em regulamentações legais para que não sejam aleatórias ou discricionárias, pois, como

já descrito anteriormente, a atuação não é da pessoa física do defensor, mas da própria Instituição.

É importante ressaltar que cada defensor não está vinculado ao processo em que atua, tornando comum a atuação de diversos defensores em um único processo. Com isso, o defensor também não estará vinculado à opinião do defensor anterior, podendo seguir sua própria linha de pensamento, mesmo que diversa da anterior. Nesse sentido, Moraes traz a seguinte afirmação:

> A unidade e a indivisibilidade permitem aos membros da Defensoria Pública substituírem-se uns aos outros, obedecidas as regras legalmente estabelecidas, sem qualquer prejuízo para a atuação da Instituição, ou para a validade do processo. E isto porque cada um deles é parte de um todo, sob a mesma direção, atuando pelos mesmos fundamentos e com as mesmas finalidades.
> A unidade e a indivisibilidade, todavia, não implicam na vinculação de opiniões. Nada impede que um Defensor Público, que venha a substituir outro, tenha entendimento diverso sobre determinada questão e, portanto, adote procedimento diferente daquele iniciado pelo substituído. (MORAES, 1995, p. 22).

Conforme exposto, cada defensor público possui seu próprio entendimento sobre determinada questão, não estando vinculado à opinião do colega que anteriormente tenha se encarregado do processo.

Princípio da Independência Funcional

A Defensoria Pública é uma Instituição autônoma perante os demais órgãos do Estado. Pelo princípio da independência funcional, ela tem capacidade de exercer suas funções contra qualquer pessoa jurídica de direito público, fazendo com que seus membros sejam subordinados apenas à hierarquia administrativa da Instituição, não havendo submissão aos magistrados, promotores de justiça, secretários de estado ou delegados de polícia. A independência funcional traz aos membros da Defensoria a liberdade de ideias e pareceres, pois, com a falta de hierarquia entre os mesmos, devem observar apenas as leis e a Constituição, assim como obedecê-las. (ESTEVES; FRANKLIN, 2014. p. 269-270).

Nota-se, portanto, que a Defensoria Pública é uma Instituição claramente essencial para se chegar ao Poder Judiciário. No próximo capítulo, será dado a merecida ênfase à Defensoria Pública do Estado de São Paulo, com um tópico específico tratando da Defensoria Pública da Comarca de Tupã/SP.

ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo foi criada a partir da Lei Complementar Estadual nº 988, de 2006, alterada pela Lei Complementar nº 132, de 2009, apesar de ter sido prevista dezoito anos antes. A promulgação dessa lei aconteceu depois da criação do "Movimento pela Criação da Defensoria" em 2002. Como já dito anteriormente, antes da Defensoria ser criada, era a Procuradoria de Assistência Judiciária, órgão da Procuradoria Geral do Estado, que provia assistência jurídica gratuita à população carente. Porém, só depois da criação da Defensoria Pública que a população passou a receber atendimento de uma Instituição autônoma.

Referida Instituição, apesar de ser Estadual, não é vinculada ao governo. Sua autonomia é prevista pela Constituição Federal, sendo garantido aos defensores públicos a representação dos direitos da população sem qualquer tipo de constrangimento. De acordo com os dados da Defensoria Pública de São Paulo, atualmente, há 750 defensoras e defensores públicos no Estado de São Paulo, que trabalham em 66 Unidades espalhadas por 43 cidades. Os demais processos dos municípios que integram as mesmas comarcas também são atendidos, nas áreas de execução penal e de medidas socioeducativas. (SÃO PAULO, s.d.).

A Instituição está ligada diretamente ao acesso à justiça, já que trabalha priorizando o exercício da defesa e do contraditório para aqueles que não possuem condições financeiras para pagar por um defensor particular, com objetivo principal de promover o exercício dos direitos humanos e fundamentais. Além do mais, a Defensoria é uma Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, e tem por finalidade a tutela jurídica integral e gratuita, individual e coletiva, judicial e extrajudicial, dos necessitados. (SÃO PAULO, 2006).

Os defensores trabalham em diversas áreas jurídicas, podendo atuar em casos de pensão alimentícia, separação, divórcio, investigação de paternidade (DNA), guarda de menores, adoção; também podem atuar na defesa de acusados em processo criminal e acompanhamento do cumprimento da pena de quem foi condenado criminalmente; e em conflitos que envolvam fornecimento de medicamentos, indenizações contra o Estado ou município, problemas com concursos públicos do Estado e do município, entre outros.

Além de defender os interesses individuais e coletivos dos necessitados, a Defensoria Pública também possui outras funções, como por exemplo, o poder

de propositura de Ação Civil Pública, disposta na Lei nº. 11.448/2007. Ela também conta com uma equipe de psicólogos e agentes sociais que, em conjunto com os Defensores, atuam na mediação e conciliação de conflitos. (BRASIL, 2007).

Cumpre ressaltar, que a Instituição atua em todas as instâncias judiciais, tanto no Tribunal de Justiça quanto nas Supremas Cortes. Porém, os membros da Instituição não podem exercer a advocacia fora dos parâmetros da Defensoria Pública, devendo advogar apenas para a própria Instituição.

A DEFENSORIA PÚBLICA DA COMARCA DE TUPÃ

Como já informado anteriormente, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo fornece assistência judiciária gratuita através das Unidades espalhadas pelo Estado. Uma destas Unidades, é a Unidade situada na Comarca de Tupã, onde é possível conseguir assistência gratuita de um defensor ou de um advogado particular conveniado com a Instituição a partir do processo de triagem feito pelos estagiários de Direito que compõem a Defensoria mencionada.

Para que seja fornecida a assistência judiciária gratuita, existem alguns critérios que são levados em consideração, os quais encontram-se previstos no artigo 1º, parágrafo único, do Regulamento da Denegação de Atendimento da Defensoria Pública. Cada um desses pressupostos constituem uma etapa do atendimento, começando pela análise financeira e, em seguida, pelo atendimento especializado para análise jurídica de acordo com o caso. Após observadas cada uma das etapas, o interessado poderá usufruir da assistência jurídica fornecida pela Instituição, de forma totalmente gratuita.

COMPOSIÇÃO E ÁREA DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DE TUPÃ

A Defensoria Pública da Comarca de Tupã é composta por 5 (cinco) Defensorias, nas quais a 1ª Defensoria, a 2ª Defensoria e a 4ª Defensoria destinam-se a atuar na área da Execução Criminal, exercendo o defensor público de cada uma delas, o atendimento dos sentenciados que se encontram recolhidos nas penitenciárias da região que pertencem as suas atribuições.

A atuação destes defensores da Execução Criminal da Unidade de Tupã consiste no acompanhamento dos processos de execução de cumprimento de pena após condenação judicial dos detentos sob sua atribuição, processos estes tanto físicos como digitais, nos quais, se pertinente, serão feitos diversos pedidos, tais como: defesas de faltas disciplinares; pedido de progressão de regime; de livramento condicional;

atualização do cálculo de penas; pedido de unificação de penas; elaboração de agravos e recursos aos Tribunais Superiores; análise de cartas escritas pelos sentenciados; pedido de remição de pena, de indulto e comutação; além de outros que se reputarem cabíveis dentro do sistema penitenciário. (SÃO PAULO, s.d.).

Todos os presídios do Estado são visados por uma Coordenadoria de Execução Criminal da Defensoria Pública, tendo em vista a atribuição da Instituição de fiscalizar as unidades prisionais e garantir o respeito aos direitos das pessoas detidas. Para isso, os defensores (as) promovem vistorias (uma prerrogativa funcional prevista em lei) e recebem denúncias. A Defensoria é responsável, ainda, por administrar os convênios que mantêm advogados (as) de entidades que prestam auxílio gratuito dentro dos presídios.

Já a 3ª Defensoria Pública de Tupã tem por atuação a área da Infância e Juventude, no que diz respeito à defesa de adolescentes acusados de terem cometido algum ilícito penal ou que cumprem medidas socioeducativas por determinação judicial, como internação, liberdade assistida, serviços comunitários, entre outras. (SÃO PAULO, s.d.).

Outros casos incluem o atendimento de problemas relacionados a crianças e adolescentes que vivem em abrigos, pedidos de adoção ou de guarda e demais disposições relativas ao Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

Por último, a 5ª Defensoria Pública de Tupã, é o cargo mais recente da Unidade, o qual foi criado na última expansão da Instituição, cuja atribuição é a área Criminal e o Júri. A atuação na área Criminal corresponde, essencialmente, à defesa de pessoas acusadas da prática de crimes de forma ampla e abrangente que não possuem advogado particular. A Defensoria promove não apenas a defesa em primeira Instância, mas maneja todos os recursos cabíveis, tendo atuação perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. (SÃO PAULO, s.d.).

A Unidade de Tupã/SP também possui em sua composição 3 (três) Oficiais de Defensoria, sendo dois deles responsáveis pelo atendimento geral ao público e, o outro, um Oficial Administrativo. Os Oficiais de Atendimento atuam no atendimento ao público e na prestação de informações jurídicas; no recebimento, retirada, devolução e guarda de autos de processos administrativos e judiciais; atividades relacionadas à nomeação de advogados e pagamento de perícias; avaliação dos serviços prestados; distribuição de material didático e folheteria e controle de elaboração de relatórios e ofícios atinentes à atividade fim, entre outras atividades elencadas no Ato Normativo nº 81 de 2014. (SÃO PAULO, 2014).

Já o Oficial Administrativo cuida da parte administrativa da Unidade, como a realização de compras; almoxarifado; prestação de contas; gestão de pessoal, de contratos e convênios; controle do patrimônio; administração e manutenção predial; tramitação de processos e documentos administrativos; serviços de correspondências e malotes; telefonia; gestão de documentos; execução de procedimentos e operações técnicas de produção, tramitação, organização e destinação de documentos, como a eliminação destes, a transferência ou o recolhimento; e a elaboração de atos administrativos, como ofícios, memorandos, comunicados, instruções e relatórios, entre outras atividades que o Ato Normativo DPG nº 81 de 2014, dispõe. (SÃO PAULO, 2014).

Com relação à composição dos estagiários, são contratados 20 (vinte) estagiários matriculados a partir do penúltimo ano do curso superior de graduação em Direito, estes são destinados para o exercício transitório de funções auxiliares dos defensores, cada defensor (a) tem no mínimo três estagiários. Incumbe ao estagiário de Direito, no exercício de suas atividades, realizar o levantamento de dados de conteúdo doutrinário ou jurisprudencial; o acompanhamento das diligências de que for incumbido; o atendimento ao público, nos limites da orientação que venha a receber; o controle da movimentação dos autos de processos administrativos ou judiciais, acompanhando a realização dos correspondentes atos e termos; a execução dos serviços de digitação de correspondências e minutas de peças processuais, sob a supervisão de defensor público; o desempenho de quaisquer outras atividades compatíveis com sua condição acadêmica. (SÃO PAULO, 2014).

Há, também, 2 (dois) estagiários cursando ensino superior de Administração. Estes auxiliam na fiscalização de contratos de prestação de serviços terceirizados, na gestão de recursos humanos da Unidade, na gestão documental, auxiliam na prestação de contas de verba de adiantamento e no controle de estoque de almoxarifado.

Além disso, são contratados 2 (dois) estagiários que cursam o Ensino Médio, os quais auxiliam na organização e arquivamento de documentos e processos físicos; ajudam no atendimento ao público, seja atendimento presencial ou via telefone; atualizam informações e dados que sejam necessários.

CONCLUSÃO

O conceito de acesso à justiça foi se modificando ao longo dos anos, sendo algo conquistado constantemente pela sociedade, através de uma árdua luta que busca por soluções corretas para os conflitos sociais. A justiça está amplamente relacionada com o acesso ao judiciário, contudo, há de se ressaltar que o cerne de acesso à justiça não é apenas o direito de ingressar com a ação, uma vez que esta busca a efetividade do processo, o equilíbrio entre o ilícito praticado e a pena aplicada e a ampla defesa do acusado, humanizando assim o processo.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco jurídico, trazendo um vasto rol de direitos e garantias, inovando com uma diretriz de valores e de direitos fundamentais que devem ser amplamente protegidos, tendo como objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade com base na justiça e o amplo acesso a esta.

Há ainda, que se falar da grande contribuição das ondas renovatórias de acesso

à justiça de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, pois foram meios de efetivação do acesso ao judiciário pelo mundo todo, inclusive no Brasil. A primeira onda, começou a ceder as barreiras de acesso à justiça em nosso país, estimulando a criação da Lei Complementar nº 80, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências e a Lei nº 1.060/50, que concede assistência judiciária aos necessitados.

Já as inovações trazidas com a segunda onda, a título de exemplo, podem-se destacar o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90) e a Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), como meios de representação jurídica dos interesses difusos. Por fim, a terceira onda renovatória trouxe grande estímulo à figura dos Juizados Especiais, da conciliação, mediação e da arbitragem, trazendo, inclusive, um incentivo econômico ao judiciário. Concluiu-se, que tais ondas buscaram efetivar os direitos dos indivíduos e/ou dos grupos, sendo necessário identificar as barreiras e os fatores envolvidos, para então poder desenvolver instituições para enfrentá-los e mecanismos plurais, resultando da combinação de várias soluções integráveis entre si.

Portanto, visto que o acesso à justiça é algo que há muito tempo vem se tornando objeto de preocupação entre as pessoas, criou-se a Defensoria Pública na defesa jurídica dos hipossuficientes. Referida Instituição é o órgão criado pelo

Estado para prestar o dever constitucional da assistência jurídica gratuita à população hipossuficiente, ou seja, pessoas que não tem condições financeiras para pagar um advogado particular e as custas de um processo.

Todavia, não basta apenas o direito ao acesso, quando a maior parte da sociedade não possui conhecimento jurídico suficiente para poder identificar um direito exigível, ou que possua a consciência de um direito violado, mas se sente impotente para reivindicá-lo devido ao ambiente forense, que transparece acessível, muitas vezes, somente a determinadas classes. É evidente que o acesso à justiça se torna mais difícil para aqueles socialmente e financeiramente desprovidos e na parte de disponibilização da prestação de assistência jurídica encontra-se o problema maior: as custas processuais. Daí a grande importância da Defensoria Pública.

Diante do exposto, pode-se afirmar com veemência que a efetivação do direito ao acesso à justiça é impossível sem o trabalho e auxílio da Defensoria Pública, pois o sistema judiciário brasileiro, com seus altos custos não pode ser alcançado por qualquer pessoa, e somente com a prestação de serviços jurídicos gratuitos e de qualidade fornecidos pela referida Instituição é que se pode dizer que a sociedade estará caminhando para a igualdade.

REFERÊNCIAS

AMAPÁ (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Amapá. **Qual é a diferença entre a Defensoria Pública da União e as Defensorias Públicas Estaduais?** Disponível em: https://www.tjap.jus.br/portal/66-tjap/corregedoria/faq/166-qual-e-a-diferenca-entre-a-defensoriapublica-da-uniao-e-as-defensorias-publicas-estaduais.html. Acesso em: 20 de jul. de 2020.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar Interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

BELLO, Jair Roberto. **Lei do Talião**. Policia Militar. Disponível em: http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/LEI%20DO%20TALI%C3%83O.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

BÍBLIA SAGRADA, **Antigo Testamento**. Tradução pelos Monges Beneditinos de Meredsous. ed. 161. São Paulo: Editora Ave Maria, 2005. p. 52.

BRAGA NETO, Adolfo Braga *et al.* **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

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

BRASIL. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, DF, jan. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007**. Altera o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. Brasília, DF, jan. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11448.htm. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Símbolos da Justiça**. 14 agosto de 2012. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaSimboloJustica&pagina=temis. Acesso em: 17 out. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Direito, Justiça e Sociedade**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 5, n.18, 2002.

ESTEVES, Diogo; FRANKLIN, Roger A. S. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**: De acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União). Rio de Janeiro: Forense. 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/14833866/FRANKLIN_ROGER_Princ%C3%ADpios_Institucionais_da_Defensoria_2014_. Acesso em: 15 ago. 2020.

MELLO, Michele Damasceno Marques. **Considerações sobre a influência das ondas renovatórias de Mauro Cappelletti no ordenamento jurídico brasileiro**. Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k212492.pdf. Acesso em 22 set. 2020. Acesso em: 28 set. 2020.

MORAES, Sílvio Roberto Mello. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NUNES, Juliana Raquel. **A Importância da Mediação e da Conciliação para o Acesso à Justiça**: Uma Análise à Luz do Novo CPC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**. Portal eletrônico: Nossa História. 2020. Página Institucional. Disponível em: http://www.defensoria.rj.def.br/Institucional/historia#:~:text=A%20Defensoria%20P%C3%BAblica%20teve%20sua,III%2C%20Cap%C3%ADtulo%20II%2C%20art. Acesso em: 28 set. 2020.

RUIZ, Ivan Aparecido. Princípio do acesso justiça. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, 2018. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/201/edicao-1/principio-do-acesso-justica. Acesso em: 08 set. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SÃO PAULO (Estado). **Ato Normativo DPG nº 81, de 20 de janeiro de 2014**. Disciplina o funcionamento dos Centros Regionais de Administração – CERAD – da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e dá outras providências. Brasília, DF, jan. 2014. Disponível em: https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=57826&idModulo=9788. Acesso em: 06 ago. 2020.

SÃO PAULO (Estado). **Lei Complementar nº 988, de 09 de janeiro de 2006**. Organiza a Defensoria Pública do Estado, institui o regime jurídico da carreira de Defensor Público do Estado. São Paulo, SP, jan. 2006. Disponível em: http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2006/lei.complementar-988-09.01.2006.html. Acesso em: 15 jun. 2020.

SÃO PAULO (Estado). **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. Portal eletrônico: DPESP. Página institucional. Disponível em: https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=2868. Acesso em: 13 ago. 2020.

SILVÉRIO, Karina Peres. **Acesso à justiça**. 2009. Disponível em: http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1673/1590. Acesso em: 06 ago. 2020.

STRECK, D. R.; REDIN, E.; ZITKOSKI, J. J. (Orgs.). **Dicionário Paulo Freire**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TORRES, Vivian de Almeida Gregori. **Acesso à Justiça. Instrumentos do Processo de Democratização da Tutela Jurisdicional.** Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp086258.pdf. Acesso em: 06 ago. 2020.

Análise Jurídico-estrututal para uma Melhor Segurança nos Contratos “Built to Suit”

Flávio Luis Cirino

Mário Junio Gonçalves dos Santos

Samuel Pedro Custodio Oliviera

Victor Barbosa dos Santos

Wesley Rogerio Oliveira de Macedo

Galdino Luiz Ramos Junior

Eduardo Francisco Freire

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo avaliar a possibilidade do contrato built to suit (BTS) e criar o melhor cenário para aumentar as chances de sucesso na sua elaboração, por meio de análise nos dispositivos legais, doutrina e jurisprudência.

Buscamos verificar os pontos que mais geram avenças contratuais e consequentemente o acionamento do poder judiciário, para com isso, depois de rotulados e categorizados, trazer meios alternativos para evitá-los, seja por arbitragem ou pelas próprias cláusulas contratuais livremente pactuadas sob a ótica da boa-fé.

Além de destacar as vantagens e desvantagens para ambos contratantes e a viabilidade no mercado brasileiro e, por ser um investimento vultoso e duradouro, estabeleceremos por meio de um checklist quais critérios objetivos devem ser preenchidos para sua implantação e harmoniosa execução.

O CONTRATO "BUILT TO SUIT"

Em um mundo cada vez mais conectado, globalizado e com as relações empresariais cada vez mais dinâmicas, não é de se surpreender que com o passar do tempo surgiriam ou seriam absorvidas pelo mercado brasileiro diversas modalidades contratuais que fogem ao direito positivo, tendo seus institutos somente positivados após a consolidação de seu uso local.

Esse é o caso do *built to suit*, contrato do qual se diz originado no mercado imobiliário dos Estados Unidos e posteriormente sido difundido na Europa e Ásia, a partir da segunda metade do século XX[1]. Todavia, os trabalhos sobre o assunto não apontam precisamente a fonte desta informação, bem como das ilações quanto ao seu desenvolvimento e expansão no Brasil, conforme bem pondera Paula Miralles[2].

[1] BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos built to suit*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2015, p. 10.

[2] DE ARAUJO, Paula Miralles. *Contratos Built to suit. Qualificação e Regime jurídico*. 2015. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 29. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-09122015-40803/publico/Dissertacao_Paula_M_Araujo_Versao_Completa.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

Contudo, é certo para os autores que a chegada de tal modalidade de contratação ao Brasil é mais recente, somente se mostrando expressiva a partir da segunda metade da década de 1990 com o fortalecimento de empresas transnacionais no país, aliado à pujança do mercado imobiliário após a consolidação do plano real e de relevantes marcos regulatórios consistentes na lei que criou o Sistema Financeiro Imobiliário (Lei nº 9.514/1997) e a lei que regulou os créditos imobiliários (Lei nº 10.931/2004)[3].

O Sistema Financeiro Imobiliário promoveu o mercado imobiliário nacional de modo a positivar em seu artigo 8º a operação de securitização, por meio de Termo de Securitização de Créditos lavrado em companhia securitizadora, uma instituição não financeira que pode emitir esses créditos em empreendimentos imobiliários para o mercado financeiro por meio de Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRIs). Fato importante para a expansão desses empreendimentos que demandam vastas somas de capital.

A partir daí, essa modalidade de negócio começou a ser difundida na prática do mercado imobiliário brasileiro, apesar da ausência de regulação legislativa sobre ele. Somente com a promulgação da Lei nº 12.744/2012 que esse tipo de construção foi internalizado pelo direito positivo brasileiro, sendo incluído na Lei de Locações como artigo 54-A.

No Brasil, o conceito era um pouco mais fluido, posto que não era positivado no direito pátrio. Porém, com o passar dos anos e diante de reiteradas intervenções judiciais, os legisladores brasileiros, visando dar maior segurança jurídica ao BTS, incluíram a construção ajustada na lei do inquilinato sob forma do art. 54-A, cujo "caput" traz os requisitos característicos deste negócio jurídico (fato que será melhor explorado posteriormente), possibilitando indicação um pouco mais precisa dos elementos do BTS brasileiro.

Com base na prática negocial, na jurisprudência e na positivação do instituto, pode-se dizer que o BTS é um negócio jurídico em que, o locatário/contratante contrata uma empresa imobiliária para adquirir um local de escolha do contratante, construir ou reformar substancialmente o imóvel de modo a customizá-lo conforme o fim almejado pelo locatário, sendo o contratado posteriormente remunerado via o recebimento de alugueres embutidos com o valor da locação, empreendimento imobiliário e lucro.

[3] RUBINIAK, Juliana et al. *Operações de Built to Suit: A prática e novas tendências*. São Paulo: Quartier Lati, 2019, p. 84 e 101.

São contratos que duram por cerca de 10 a 30 anos e envolvem vasta quantidade de capital, sendo visto não apenas como mero contrato de locação e construção, mas também como contrato de investimento financeiro de longo prazo.

O *built to suit*, portanto, se trata de um contrato: *a)* bilateral, posto gera obrigações a ambos os contratantes, sendo para um adquirir, construir ou reformar e para o outro adimplir com os alugueres; *b)* paritário, haja vista ser celebrado entre empresas mediante a livre manifestação de vontade; *c)* oneroso, pois afere vantagens e desvantagens a ambos os contratantes; *d)* de execução continuada, posto as obrigações previstas serem cumpridas por meio de atos reiterados ao longo do tempo, não se exaurindo em uma única ação; *e)* não residencial, significando conforme a Lei de Locações "Art. 55. Considera - se locação não residencial quando o locatário for pessoa jurídica e o imóvel, destinar - se ao uso de seus titulares, diretores, sócios, gerentes, executivos ou empregados"[4].

PRESSUPOSTOS CONTRATUAIS

Para descobrir se o contrato *buit to suit* é um meio viável como forma de contratação, antes de se analisar os seus elementos essenciais do artigo 54-A, é preciso verificar algumas indagações, as quais chamamos de pressupostos contratuais e que formam uma espécie de checklist a ser verificado na prática, são eles:

É um investimento de grande porte?

O locatário não necessita da propriedade do imóvel?

É necessário obter um local personalizado?

É um empreendimento de longo prazo?

O empreendimento é rentável e estável?

O empreendimento já está consolidado ou é uma experiência nova?

Há outra forma mais econômica para desenvolver sua atividade?

Tem como foco alocar os recursos financeiros na atividade produtiva?

[4] BRASIL. *Lei nº 8.245, de 18 de outubro 1991*. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

São questões que devem ser levantadas como precedentes à análise dos requisitos contratuais, caso a caso pelas partes contratantes, tanto o locador, quanto o locatário, pois a inviabilidade de algum requisito pode levar a um ponto fraco no empreendimento e com isso a inadimplência contratual e todos os seus ônus decorrentes.

Deve necessariamente ser um investimento de grande porte, pois geralmente nesses contratos são alocados vultosos recursos e a remuneração do locatário é superior a uma locação comum. Portanto, caso não seja uma atividade relativamente grande, é melhor optar por outras formas menos onerosas, salvo administração pública que não visa o lucro, mas, também, não é o foco desse trabalho.

Outro ponto é analisar se não há necessidade de ter a propriedade plena do imóvel, ou seja, bastando a posse, pois o imóvel não entra no patrimônio do locatário, assim também não pode servir como meio de garantia frente aos investidores/financiadores do seu negócio. Um exemplo é o caso do McDonald's, que tem um grande lucro com aquisição de imóvel e aluguéis para franquias.

A personalização do ambiente de acordo com as especificações técnicas do locatário é sem dúvidas um elemento importantíssimo, pois se traduz ao próprio nome do contrato, que é construir para servir.

No que se refere ao empreendimento, esse deve ser analisado de maneira cautelosa e ventilada, porque o sucesso da atividade empresarial está intimamente ligado ao sucesso do contrato e, caso haja alguma crise financeira, pode afetar diretamente no valor das prestações pagas pelo locatário.

É necessário ser um investimento, atividade de longo prazo, porque os retornos financeiros para remunerar o locador nesses contratos são geralmente de décadas, para adimplir todos os custos por ele ou por financiamento aplicados no imóvel. Sendo assim é indispensável que a atividade desenvolvida pelo locatário seja rentável e estável, com um equilíbrio econômico e previsibilidade, para que não seja afetada por eventuais crises que afetem o seu negócio e levem a quebra do contrato. Por esse fato, não é recomendável para mercados emergentes, Startups ou contratos aleatórios[5], sendo ideal para um mercado já consolidado, com uma certeza e previsibilidade nos negócios.

[5] Por exemplo, um grande fazendeiro quer adquirir um local para armazenar seus grãos, e seu negócio é baseado em contratos de álea, neste caso, por mais que ele tenha imóveis em seu patrimônio para garantir um eventual inadimplemento, o risco de uma safra ser infrutífera e não haver lucro para pagar o locatário pode ser elevado demais para arriscar essa forma de negócio, acarretando perdas.

ESCOLHA DO LOCAL

O local escolhido para empreendimento deve ser analisado minuciosamente, englobado questões de logísticas, econômicas e até ambientais.

Por exemplo: uma empresa distribuidora de pneus para montadoras que deseja construir um edifício sob medida para o armazém do seu produto em um local estratégico para distribuição. Neste caso hipotético, a locatária para escolher o melhor local deve levar em consideração alguns fatores, como: a logística da fábrica para o armazém e depois para distribuição até as montadoras, levando em consideração as ruas com acesso mais fácil; a possibilidade de congestionamento e consequente atraso; a questão da pavimentação das ruas para evitar deterioração e manutenção dos seus veículos; analisar o local que tem melhor trajeto e menos custo; verificar as questões de documentação, como licenças, alvarás e toda a questão ambiental para construção do imóvel; o tamanho ideal do terreno, para evitar desperdícios e pagar aluguel somente pelo espaço necessário; levar em conta os valores dos imóveis vizinhos; segurança do local que pode influenciar no seguro, etc.

Além desses fatores citados, Daniel Gomes aponta outros fatores primordiais para escolha do imóvel, são eles:

> [...] existência de diversas vias de acesso que facilitem o recebimento de matérias primas e/ou escoamento de sua produção; proximidade a grandes centros urbanos, portos/aeroportos; proximidade aos produtores de matérias primas, equipamentos e/ou insumos necessários para atividade empresarial; enquadramento do imóvel em zonas urbanas que permitam o exercício de sua atividade; possibilidade de fornecimento de energia elétrica em grandes quantidades, etc.[6]

A questão ambiental é essencial, pois o meio ambiente tem natureza *propter rem*, e Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ensinam:

> São efetivamente obrigações, em sentido estrito, que decorrem de um direito real sobre determinada coisa, aderindo a essa e, por isso, acompanhando-a nas modificações do seu titular.
>
> Ao contrário das relações jurídicas obrigacionais em geral, que se referem pessoalmente ao indivíduo que as contraiu, as obrigações *propter rem* se transmitem automaticamente para o novo titular da coisa a que se relacionam.[7]

[6] GOMES, Daniel Cardoso. *Contratos built to suit*: novas perspectivas em face da lei nº 12.744/2012. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 71.

[7] BSTOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 1528. *E-book*.

A questão ambiental é de suma importância visto que aquisição de um local com problemas ambientais passa a ser de responsabilidade do novo proprietário, que também pode ser igualmente responsabilizado se o locatário, no exercício da sua atividade empresarial, agride o meio ambiente.

PRINCIPAIS VANTAGENS E DESVANTAGENS

A modalidade *built to suit* é para o locatário uma forma inteligente de expandir sua atividade ou modernizá-la sem ter nenhuma construção ou reforma custeada diretamente por ele, assim podendo aplicar todo o seu capital diretamente na atividade empresarial e ainda usufruir de um imóvel com as características personalizadas para sua atividade.

Pense que se o empresário/locatário tem intenção de adquirir um imóvel para crescimento da sua atividade e projeta essa construção em 10 anos, contando tempo que levaria para angariar fundos, ele pode por meio do *built to suit* deixar de investir grandes somas da capital na construção e personalização, aplicando o valor em sua atividade fim ao mesmo tempo em que adquire um espaço personalizado por meio do locador, pulverizando os pagamentos em um longo período. Diante disso, um crescimento que seria projetado para alguns anos ou décadas pode ser abreviado.

Outro ponto que merece destaque é a questão da maior segurança em relação aos aluguéis, pois há previsão legal da dispensa de sua revisão, por mais que seja um período longo, podem as partes convencionar a sua dispensa, sendo dessa forma mais seguro para locatário que saberá que não haverá reajustes. Ponto este que, também, pode ser uma desvantagem, caso haja queda de receitas ou crise econômica, porque também não poderá pleitear a sua revisão e, em ambos os casos, sob pena de violação ao princípio da boa-fé, salvo teoria da imprevisão em caso de onerosidade excessiva, superveniente e imprevisível.

Já, a vantagem para o locador é que o imóvel adquirido por ele agrega ao seu patrimônio e a tendência é valorização desse ativo. Findo o prazo da locação, geralmente década(s), terá um imóvel valorizado no seu rol de bens. Sobre essa questão a Associação Brasileira de Incorporados Imobiliárias (Abrainc) calcula que de 2009 a 2019, o investimento em imóveis rendeu, em média, 15,3% ao ano

nesse período.[8] Ademais, apesar de ter um grande custo com construção, o valor gasto será revertido com sua subsunção nos alugueres.

Outro ponto favorável é a dedutibilidade dos valores pagos dos aluguéis, pois "as remunerações pela locação desembolsadas pelo locatário possuem natureza operacional, e, portanto, são dedutíveis na apuração do IRPJ e CSLL pela sistemática do lucro real".[9]

SEGURANÇA JURÍDICA NO "CONTRATO BUIL TO SUIT"

Segurança jurídica é um dos temas de maior destaque, em especial, para o direito patrimonial, área do direito, em geral, mais perceptível para o público. Ela pode ser dividida em dois polos, o objetivo e o subjetivo. Quanto a seu viés objetivo, pode ser vista como o grau de estabilidade das relações jurídicas e previsibilidade dessas. No tocante ao subjetivo, se trata da proteção à confiança.[10]

Conquanto tenha importância constitucional, previsto no art. 5º, inciso XXXVI como direito fundamental, a sistemática da lei pátria e a atuação judicial representa certo embaraço à segurança jurídica.

Primeiramente, abordando a questão legislativa, observa-se que, inicialmente, a configuração do direito contratual brasileiro no Código Civil de 1916, de concepção preponderantemente liberal, privilegiava a autonomia da vontade dos contratantes pregando a intervenção mínima do juiz em suas contendas. Tais fatos traziam certa segurança aos negócios, mas a um alto custo social.

Referido Código revela a visão de sua época, em que havia a concepção meramente formalista da liberdade e igualdade, onde se via a contratação como um fenômeno puramente da vontade, que uma vez manifestada deveria ser cumprida integralmente.

[8] FILGUEIRAS, Isabel. *Investimento em imóvel rendeu 15,3% ao ano na última década, conclui Abrainc*. Revista valor investe Globo, 2020. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/produtos/imoveis/noticia/2020/07/15/investimento-em-imovel-rendeu-153percent-ao-ano-na-ultima-decada-conclui-abrainc.ghtml>. Acesso em: 06 de out. de 2020.

[9] RUBINIAK, Juliana *et al. Operações de Built to Suit*: A prática e novas tendências. São Paulo: Quartier Lati, 2019, p. 79 e 80.

[10] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O STJ e o princípio da segurança jurídica*, 2019. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica >. Acesso em: 02 out. 2020.

Com o passar do tempo, os contratos passaram a ser vistos como instrumentos decorrentes de fenômenos econômico-sociais (Teoria Preceptiva), condicionados não apenas pela vontade como também pela necessidade dos indivíduos, muitas vezes em condição de desigualdade material. Em decorrência disto, visando evitar o conflito social e promover o bem comum, o Estado, cada vez mais, passou a interferir nos negócios jurídicos.

Com a promulgação da Constituição de 1988, verificou-se verdadeira mudança de paradigma para o direito e sociedade brasileira. Nesta Carta Magna foi dada maior importância para a dignidade da pessoa humana, princípio visto como fonte de todos os demais, sendo um dos fundamentos da República.

Após este fato, todas as áreas do direito foram balizadas por meio deste novo viés, havendo verdadeira constitucionalização do direito civil com o Código Civil de 2002[11], seguido pela jurisprudência que adotou uma postura mais intervencionista no direito privado.

Essa mudança de paradigma apesar de ser louvável em ganho social, representou menor segurança jurídica aos negociantes, especialmente quando aliada às divergências interpretativas observadas na jurisprudência. Aliás, neste ponto, nem mesmo a corte incumbida a pacificação da interpretação da Constituição chega a consensos, sendo regida por "11 ilhas" soberanas e que não se conversam, conforme confidenciou um de seus ministros[12].

Enfim, com a mudança de governo no Brasil para um, em teoria, mais próximo do empresariado, tenta-se novamente mitigar a intervenção do Estado nos contratos, por meio da promulgação da Lei da Liberdade Econômica em 20/09/2019 (Lei nº 13.874/2019), que adota uma posição mista, prevendo a mínima intervenção e excepcionalidade da revisão do contrato, sem, contudo, retirar do texto os institutos mais protetivos[13].

[11] Cf. RAMOS JUNIOR, Galdino Luiz. *Princípios Constitucionais do Processo*: visão crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pág. 111 et. seq.

[12] GALLAUCCI, Mariângela. *"Somos 11 ilhas. Não somos amigos"*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,somos-11-ilhas-nao-somos-amigos,40170>. Acesso em: 02 out. 2020.

[13] NETO, Floriano Peixoto Marques; et. al. *Comentários a Lei de Liberdade Econômica Lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pág. 228. E-book.

ANÁLISE DA LEI 12.744/2012

A realização de contratos depende de legislação favorável e de atuação jurisprudencial segura. Acontece que, em relação ao contrato de *built to suit*, apesar dele ter suas peculiaridades anteriormente reconhecidas na prática negocial e por parte da jurisprudência, seu marco legislativo consistiu na Lei nº 12.744/2012, alterando a redação do artigo 4º e incluindo o artigo 54-A na Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91).

A Lei em comento teve surgimento no Projeto de Lei nº 6.562/2009 proposto pelo Deputado Federal Carlos Bezerra que afirmou que o objetivo da positivação é "conferir segurança jurídica aos contratantes dessas operações, sem, contudo, mitigar seu dinamismo e evolução"[14], bem como aduz que mantem-se o caráter atípico do contrato com o artigo proposto apenas afastando a aplicação das disposições da Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91) nestes negócios jurídicos, a menos que as partes disponham em contrário.

Frisa-se que a redação final do dispositivo não incluiu a expressão "Buit to Suit" dando a entender que as disposições do referido artigo são aplicáveis a demais tipos de contratos que cumpram seus requisitos[15].

Requisitos constitutivos da relação jurídica do artigo 54-A

Para a incidência do artigo 54-A em determinado negócio jurídico, entende-se que a relação deve preencher os seguintes requisitos:

a) Locação não residencial de imóvel urbano: Extrai-se desta expressão que as disposições legais em referência se aplicam restritivamente apenas a locações não residenciais e não é aplicável a imóveis rurais.

b) O locador previamente adquirir, construir ou reformar substancialmente o imóvel: A conjunção "ou" indica serem requisitos alternativos, sendo que a lei permite que sejam realizados pelo locador ou por terceiros. Construção e aquisição são facilmente entendidas e não carecem de mais explicações, todavia a

[14] BRASIL. *Projeto de Lei nº 6.562/2009*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=468866ED45BB84D805F04AFE4BF1194F.proposicoesWebExterno1?codteor=723215&filename=Tramitacao-PL+6562/2009>.Acesso em: 18 de maio de 2020.

[15] A título de exemplo citamos as operações Sale & Leaseback e Buy and Lease como exemplos de contratos que possuem os elementos constitutivos em destaque no artigo 54-A da Lei de Locações.

expressão "substancial reforma" é um conceito indefinido e impreciso, sendo entendido por Benemond como simétrico a reformas do tipo retrofit[16], todavia, na prática, fica dependente da interpretação do julgador.

Salvo melhor juízo, entendemos que, tratando-se de contrato de imóvel não residencial cujo bem é personalizado para servir aos interesses da locatária, o real alcance da expressão "substancial reforma" seria aquela que extrapola os pequenos reparos comuns nas locações ordinárias para servir a um uso genérico compreendido no art. 22, inciso I, da Lei das Locações, tratando-se de verdadeira personalização ao locatário (*e.g.*: No caso de um BTS referente a uma montadora de veículos, a substancial reforma não contaria apenas com a pintura e instalação de portões em um galpão, mas na instalação de equipamento de montagem e no reforço do piso para aguentar grandes cargas correspondente ao peso do maquinário e dos veículos).

c) Imóvel especificado pelo pretendente à locação: outra expressão autoexplicativa. Haja vista se tratar de imóvel altamente personalizado ao fim pretendido pelo locatário, por óbvio, o local do empreendimento é por ele escolhido. Nesta modalidade contratual, comumente a demanda antecede a oferta, com o locatário já tendo em mente o imóvel e sua localização antes de iniciar as negociações com o locador.

Renúncia ao direito de propor ação revisional

Continuando a exposição da mudança legislativa, o § 1º do artigo 54-A da Lei do Inquilinato ressalva às partes o direito de renúncia à ação revisional, não restando dúvidas de que cláusulas com esse propósito são válidas e eficazes.

A ação revisional é prevista no artigo 19 da Lei das Locações, declarando que não havendo consenso entre as partes, a cada três anos de contrato ou do acordo realizado, qualquer uma dessas poderá requerer revisão judicial do valor dos alugueres para os readequar aos preços praticados pelo mercado.

Ocorre que, conforme revelado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania do Senado Federal[17], um dos principais fatores que levaram à modificação

[16] BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos built to suit*. 2. Coimbra: Almedina, 2013, pág. 23.

[17] BRASIL. *COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA. PARECER Nº, DE 2012*. Disponível em: < http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/113222.pdf >. Acesso em: 03 out. 2020.

legislativa foram as interferências indevidas do poder judiciário nestes contratos sem considerar suas particularidades. Sendo que, em geral, a interferência mais gravosa que pode ser realizada por este poder, ocorre justamente em ações revisionais que readéquam as prestações a suposto "valor de mercado".

A contratação BTS pressupõe o gasto de vastas somas de dinheiro pelo locador para a aquisição, construção ou substancial reforma de imóvel para atender os interesses do locatário. Os alugueres visam a remunerar o uso do imóvel e amortizar o empreendimento, bem como saldar fluxo de recebíveis eventualmente cedidos pelo empreendedor para conseguir financiamento no mercado de capitais.

A própria adequação a suposto "valor de mercado", diante da personalização necessária para um contrato de BTS já se mostra errônea. Como se trata de imóvel praticamente único, completamente adaptado e dedicado à finalidade atribuída pela locatária e a baixa probabilidade de imóvel deste tipo ser rapidamente locado assim que reintroduzido no mercado, revela a impossibilidade de uma comparação equânime entre um imóvel BTS e os demais no mercado.

Inclusive, encontramos na jurisprudência um exemplo em que o oficial de justiça, corroborando este posicionamento, reconheceu a impossibilidade de avaliar um imóvel BTS por meio comparativo. Senão, vejamos:

> [RELATÓRIO DO VOTO]
>
> [...] Aduz que o oficial de justiça não tem conhecimento técnico para avaliar o imóvel, e que o imóvel foi construído sob medida para a agravada. Desta forma, trata-se a hipótese dos autos de locação específica, "built to suit", prevista no art. 54-A da Lei 12.744/12, o que implica na inadequação do método comparativo para avaliar o valor da locação. [...][18]

Por conseguinte, a renúncia da ação revisional não é somente uma possibilidade extremamente relevante como também recomendada para este tipo de empreendimento, posto que sem ela "o proprietário fica sujeito ao risco de ter o valor reduzido a apenas uma contrapartida pelo uso do imóvel, não considerando o valor dos investimentos feitos por ele para possibilitar o negócio"[19].

[18] (TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5029326-65.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS, julgado em 28/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

[19] RUBINIAK, Juliana et al. *Operações de Built to Suit*: A prática e novas tendências. São Paulo: Quartier Lati, 2019, pág. 225. E-book.

A renúncia, portanto, é um dos fatores que mais trará previsibilidade e em consequência segurança jurídica para as partes envolvidas na contratação.

Multa proporcional

Enfim a Lei nº 12.744/2012 incluiu o § 2º do artigo 54-A da Lei de Locações trazendo para lei previsão que já era comumente praticada pelos contratantes e reconhecida por parte da jurisprudência, tratando-se da possibilidade das partes convencionarem multa, em caso de renúncia antecipada, com teto correspondente ao valor das prestações vincendas.

Outrossim, modificou o artigo 4º da Lei do Inquilinato, que antes permitia ao locatário devolver o imóvel a qualquer momento, desde que efetuasse o pagamento de multa proporcional, trazendo a seguinte redação:

> Art. 4º Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o § 2o do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada. (Redação dada pela Lei nº 12.744, de 2012)[20]

Esta modificação ao artigo supra, a fim de resguardar a remuneração do empreendedor, retida do enunciado do artigo 4º da Lei de Locações contratos da modalidade *built to suit*. Com efeito, a multa pela denúncia antecipada pelo locatário, poderá ser livremente convencionada, observando as limitações do § 2º do art. 54-A.

A nova redação tem como importância prática apontada pela doutrina que, previamente à alteração legal, já era possível a majoração de multa decorrente de denúncia antecipada pela aplicação da norma geral disposta no art. 473, parágrafo único, do Código Civil, porém, a criação de uma norma específica a ser observada neste regime contratual, dadas as suas especificidades, cria um ambiente jurídico com maior segurança[21].

Em conjunto estas novas disposições do art. 54-A, § 2º e art. 4º, da Lei de Locações, permitindo multa proporcional ao período remanescente da contratação

[20] BRASIL. *Lei nº 8.245, de 18 de outubro 1991*. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

[21] RUBINIAK, Juliana et al. *Operações de Built to Suit*: A prática e novas tendências. São Paulo: Quartier Lati, 2019, pág. 89.

figura com especial importância, pois os alugueres desta modalidade de negócio jurídico não visam apenas a remuneração pelo uso e o gozo do imóvel como também pela amortização do investimento realizado pelo empreendedor. Além de poderem estar vinculadas ao mercado financeiro se seus créditos forem convertidos em CRIs.

Entretanto, cabe aqui citar que, conforme bem aponta Fernanda Benemond, tal posição de multa equivalente ao total das prestações vincendas pode não ser adotada pelos tribunais brasileiros, pois a não realização do pactuado por parte do locatário não pode ser mais vantajoso para o empreendedor do que o próprio adimplemento da obrigação.

> De nada adiantaria, sob o aspecto econômico, assegurar a contratante a faculdade de devolver o imóvel antes do vencimento, se tivesse que pagar, a título de multa, toda a remuneração vincenda. Se fosse assim, o empreendedor passaria a preferir o inadimplemento da contratante, ao cumprimento de sua obrigação (com o pagamento mediante o uso e fruição do imóvel). Portanto, a nosso ver, nada impediria que o juiz reduzisse a multa, que tem caráter reparatório, equitativamente, à luz do que dispõe o artigo 413 do Código Civil, tendo em vista o contexto e as condições da avença ajustada.[22]

Acreditamos que se tratando de contrato anterior à Lei 12.744/2012, é possível a aplicação do art. 413 do Código Civil, de modo a respeitar o princípio de que o tempo rege o ato.

Porém, para contratos regidos pelo art. 54-A, a intervenção judicial deve ser mínima e se os contratantes fundados no § 2º do referido artigo e artigo 4º da Lei de Locações pactuarem cláusula penal que não excede os valores dos aluguéis vincendos, a cláusula deve ser cumprida sem qualquer restrição.

Ora, as disposições do art. 4º da Lei do Inquilinato, são claramente no sentido de retirar a possibilidade a multa pactuada com fundamento artigo 54-A, § 2º, da mesma lei, de serem reduzidos proporcionalmente ao período de cumprimento do contrato. Ou seja, é uma lei especial nitidamente contrastante à redação da norma geral exposta no artigo 413 do C.C. Diante disto, com fundamento no princípio que lei especial derroga lei geral, o disposto no art. 4º da Lei de Locações deve prevalecer sobre o texto da Lei Civil.

[22] BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos built to suit*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2015, pág. 114. E-book.

APLICAÇÃO DA LEI DE LOCAÇÕES

No que tange à aplicação da Lei de locações no BTS, Frederico Favacho traz a hipótese de se aplicá-la subsidiariamente, se o contrato não excluir expressamente essa previsão ou quando o contrato nada dispuser de maneira diversa.[23]

Conforme dito anteriormente, ao criar a Lei nº 12.744/2012, o legislador pretendia conferir maior segurança jurídica aos contratantes de operações *built to suit* sem, contudo, mitigar seu dinamismo e evolução, bem como pretendia manter o caráter atípico do contrato com a mudança legislativa proposta apenas afastando a aplicação de parte das disposições da Lei do Inquilinato.

A lei das locações é de ordem pública, tendo o objetivo de proteger interesses coletivos. Em geral, normas de ordem pública são cogentes, isto é, devem ser absolutamente aplicadas e seus direitos não podem ser renunciados pelas partes. No caso da lei das locações quaisquer cláusulas que visassem elidir os objetivos desta lei eram vistas como nulas de pleno direito, conforme artigo 45 da Lei do Inquilinato.

Com a promulgação do artigo 54-A, trouxe ao bojo das locações verdadeira exceção ao artigo acima referido.

Superados os requisitos constitutivos para a aplicação deste artigo, a previsão legal estabelece que "prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei". Frase que se desdobra em dois predicados distintos:

a) Prevalecimento das disposições do contrato: Se trata da consagração do Princípio autonomia da vontade nestes contratos, sendo entendido que o pactuado afasta a aplicação da Lei das Locações, salvo disposições procedimentais, dos negócios entabulados nos moldes deste artigo.

Neste ponto, compartilhamos do entendimento de Flavia Meira de Castro e Paula Rasslan no sentido que, além de afastar em parte a Lei das Locações, permite que o contrato disponha de maneira diversa da Lei do Inquilinato quando se trata de direitos materiais[24] (*e.g.*: Estabelecer mais de uma forma de garantia ao

[23] REIS, Adriana Marchesini dos. et al. *Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo*: visão atual na doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 182. *E-book*.

[24] RUBINIAK, Juliana et al. *Operações de Built to Suit*: A prática e novas tendências. São Paulo: Quartier Lati, 2019, p. 219 e 220.

contrário do que dispõe o artigo 37, parágrafo único, da Lei 8.245/91 – havendo entendimento do TJSP nesse sentido[25]).

b) Prevalecimentos das disposições procedimentais da Lei das Locações: "Disposições procedimentais" da referida lei diz respeito ao Título II – Dos Procedimento previsto na Lei nº 8.245/91, onde se encontram as ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório de locação, revisionais de aluguel e renovatória de locação[26].

O § 1º do artigo 54-A da Lei do Inquilinato faz ressalva de que as partes podem convencionar a renúncia do direito à revisão de alugueres prevista nesse Título. Como não há ressalvas em relação às demais ações, entende-se que suas disposições devem ser integralmente aplicadas.

Contudo, alerta Paula Miralles de Araújo que:

> [...] é importante ressaltar que a prática do mercado tem demonstrado que as partes optam, com frequência, à solução das controvérsias relacionadas ao contrato por meio de arbitragem, o que afasta a apreciação do Poder Judiciário e, consequentemente, a necessidade de atendimento das disposições procedimentais específicas. Prova disso é a escassa jurisprudência a respeito da matéria. De toda forma, a análise da aplicação das disposições da Lei do Inquilinato não apresenta grandes indagações. (Grifo Nosso)

Outrossim, destaca-se que há artigos com caráter não meramente processual, como o artigo 75 que implica apenas em direito patrimonial do locatário, havendo entendimentos doutrinários de que sua aplicação pode ser afastada pelas partes[27].

Corroborando o entendimento de que apenas foram afastados artigos de caráter processual, destacamos o parecer do relator Deputado Ricardo Berzoini

[25] "Quanto à alegada exigência de dupla garantia, há que se considerar, em princípio, a regra do artigo 54-A, da Lei Federal nº 8.245/91, em especial na parte em que é previsto o prevalecimento das condições livremente pactuadas no contrato." (TJSP: Agravo de Instrumento 2123805-63.2017.8.26.0000; Relator (a): Sá Duarte; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 04/09/2017; Data de Registro: 05/09/2017)

[26] DE ARAUJO, Paula Miralles. *Contratos Built to suit*. Qualificação e Regime jurídico. 2015. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 118 Disponível em: <https://www.teses.usp.br/disponiveis/2/2131/tde-09122015-40803/publico/Dissertacao_Paula_M_Araujo_Versao_Completa.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

[27] RUBINIAK, op. cit., p. 222 e 223.

na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania durante a tramitação do PL nº 6.562/2009 apensado ao PL nº 356/2011, que proclamou que:

> Finalizando destaca-se que a locação contida no bojo destes contratos terão amparo diferenciado da lei locatícia, prevalecendo os ajustes entre as partes estabelecidos de acordo com as necessidades que geraram aquele negócio, sem prejuízo do devido respeito as demais normas processuais da Lei do Inquilinato. (Grifo Nosso)[28]

Portanto, é certo que os contratantes podem definir o regime jurídico de seu contrato, devendo suas cláusulas serem respeitadas quando versarem sobre direito material.

Por fim, cabe destacar, além da aplicação da lei de locações, algumas incompatibilidades da referida lei com o BTS, como a vedação da multa compensatória por rescisão antecipada no montante que seja equivalente aos alugueis a vencer nos contratos de locações, sendo comum nesses contratos de locação simples estabelecer multa de 3 (três aluguéis) nesse caso. Havendo também casos que pode haver até dispensa da multa, que são comuns em locações residenciais. Disposições, contudo, inaplicáveis ao contrato BTS, pois seria uma grave situação e geraria muita insegurança, visto que o locador deve aplicar uma vultosa quantia no negócio e espera o retorno integral do seu investimento.

Os contratos de locações comuns pode ser celebrado até da forma verbal, servindo para provas os meios em direito admitidos, caso que seria impossível no BTS, pois se trata de um negócio jurídico complexo, com obrigações amplas e detalhadas para ambas as partes, sendo indispensável a figura do advogado.

PRINCIPAIS PONTOS LEVADOS AO JUDICIÁRIO

Foram analisados processos nos seguintes órgãos do poder judiciário: Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal da 3ª Região e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No Superior Tribunal de Justiça, por ser um tribunal de incumbido com a uniformização do entendimento das leis infraconstitucionais, que não julga fatos

[28] BRASIL. *COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA* - PROJETO DE LEI Nº 6.562, DE 2009 - (Em apenso o Projeto de Lei n. º 356/2011 e Emenda Modificativa Dep. Edson Santos). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=933169>. Acesso em: 27 set. 2020.

e sim direitos, quase nenhum caso é realmente apreciado em seu mérito pelos ministros da referida corte.

Nos tribunais de origem das causas que chegaram ao STJ, as discussões mais presentes foram referentes à Revisão de aluguéis e multa por rescisão unilateral do pactuado. Revisão estava presente em 6 (seis) dos 13 (treze) casos versando sobre BTS, enquanto multa por rescisão unilateral foi observada em 4 (quatro) das 13 (treze) demandas. Ainda foram encontrados um caso sobre multa por entrega de imóvel fora do prazo, um visando o reconhecimento do contrato como BTS e uma sobre Resilição do contrato e indenização por não entregar o bem como recebeu, totalizando as treze demandas.

No Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a demanda envolvendo contratos do tipo *built to suit* foi o total de 4 (quatro) prestações jurisdicionais, sendo que dentre elas 2 (duas) envolviam Revisão de Aluguel (uma apelação e a interposição de recurso especial, ambas envolvendo o mesmo caso); 1 (uma) envolvia multa contratual por rescisão unilateral; e 1 (uma) versava sobre a renovação do vínculo locatício e fixação de aluguel provisório.

No TJSP, observamos um total de 23 (vinte e três) demandas jurisdicionais. Dentre estas, as mais presentes foram ações de revisão do valor do aluguel, contanto com 12 (doze) processos contendo esse tema, sendo que quatro deles eram revisão pura e simples, quatro eram revisão cumulada com pedido de tutela antecipada para a fixação de aluguel provisório, duas requereram a aplicação da teoria da imprevisão para rever os alugueres cumulado com readequação de cláusula penal, uma requeria revisão em conjunto com declaração de nulidade de cláusula renúncia à revisão e uma revisão cumulada com obrigação de fazer (readequar o interior do imóvel para o uso que fora destinado).

Em segundo lugar, temos como causa de pedir a cláusula de multa por rescisão unilateral do contrato com 7 (sete) causas contendo pedidos referente a isso.

As demais causas de pedir, como tutelas provisórias, revisão de demais cláusulas, rescisão contratual, entrega de obra, entre outras, não se repetiram da mesma forma que as anteriormente descritas.

Portanto, conclui-se que as causas que mais levam as partes ao judiciário em razão dos contratos de *built to suit* são pedidos de revisão do aluguel, seguidos por revisão de cláusula penal pela denúncia antecipada do contrato.

Entendimento dos Tribunais

No Superior Tribunal de Justiça, destacamos que se trata de um tribunal de fechamento da prestação jurisdicional, que não revê fatos ou cláusulas contratuais, incumbido com a uniformização da interpretação das leis infraconstitucionais.

Dito isso, podemos verificar que do conjunto de vinte e dois casos com referentes ao BTS coletados em seu acervo, dos quais 13 (treze) tinham o mérito entrelaçado a questões típicas do BTS.

Em meio a estes processos, as decisões jurisdicionais mais presentes foram 08 (oito) improvimentos dos recursos por violarem as súmulas 5 e 7 do STJ, consistentes, respectivamente, na vedação a simples interpretação de cláusula contratual e simples reexame de prova ensejarem recurso especial.

Em segundo lugar se encontram rejeições dos recursos com base na súmula 7 do STJ.

No Tribunal Regional Federal da 3ª Região, dentre os 4 (quatro) casos envolvendo BTS encontrados, nos dois processos que entravam em institutos típicos do BTS, sendo duas apelações em que os desembargadores não modificaram o valor do aluguel ou da multa por rescisão, prevalecendo o pactuado pelas partes no contrato. Os dois demais casos eram referentes a aluguel provisório e análise da admissibilidade de Recurso Especial.

Portanto, resta demonstrado que no TRF – 3, os desembargadores, privilegiaram a autonomia da vontade e a *pacta sunt servanda* de modo a não modificar os contratos de BTS a eles apresentados.

Já no TJSP, primeiramente em relação a ações contendo revisão de valores de aluguéis, no total de doze, só houve intervenção judicial em um dos contratos. Dentre essas, 6 (seis) se tratavam de recursos em tutelas provisórias visando a fixação de aluguel provisório menor do que o contratual, sendo que em todas as demandas os desembargadores optaram por não acolher o pedido sob o argumento de ausência de prejuízo irreparável e necessidade de previa instrução em contraditório, ante a complexidade do contrato. Apenas 1 (um) agravo foi provido para não minorar os aluguéis provisoriamente, posto se tratar de BTS. Quanto às ações que analisaram o mérito dos pedidos de revisão, se nota que das cinco ações, 4 (quatro) tiveram o valor do aluguel mantido conforme previsão em contrato e em 1 (uma) o valor foi reduzido de modo a contar a participação do locatário na construção das benfeitorias do imóvel.

Em relação a pedidos de declaração de nulidade de cláusula que previa a renúncia de revisão dos alugueis, observados em 02 (dois) casos, os desembargadores foram unânimes no sentido de que tais cláusulas são validas e eficazes. Da mesma forma os julgadores mantiveram o pactuado quanto a todos os pedidos de aplicação da teoria da imprevisão, alegando que os fatos relatados pelos requerentes não preenchiam o requisito de imprevisibilidade.

Todavia, no que diz respeito aos pedidos de revisão de cláusula de multa houve uma maior intervenção judicial nos contratos. Dos sete casos observados, em 4 (quatro) deles houve redução da multa pactual, em geral, com fundamento no art. 413 do C.C. Nos demais não houve alteração.

Portanto, diante de todo o exposto, verifica-se que o contrato BTS possui segurança jurídica considerável, posto que ao ser levados ao judiciário a intervenção por parte dos julgadores, se mostra mínima e excepcional, com exceção à cláusula penal pela rescisão antecipada. Todavia, vale frisar nas jurisprudências pesquisadas, dentre as quais estavam presentes referências a data de celebração do contrato, todas eram sobre pactos realizados antes da implementação da Lei nº 12.744/2012, fato que deve ser levado em consideração.

Ademais, como dito anteriormente, o baixo número de processos encontrado pode evidenciar a preferência dos contratantes desta modalidade de se voltarem a julgamentos em câmaras arbitrais, locais em que teriam maior segurança devido a possibilidade de maior rigor técnico na análise contratual e maior privacidade quanto a matéria em julgamento.

CLÁUSULAS ESSENCIAIS

REVISÃO DO CONTRATO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA

Como a legislação não prevê um desequilíbrio contratual oriundo de cenários supervenientes de forma expressa[29] e o contrato BTS traz a possibilidade de as partes convencionarem cláusulas com eficácia e validade, vê-se nessa hipótese uma possível solução para essa lacuna.

[29] GOMES, Daniel Cardoso. *Contratos built to suit*: novas perspectivas em face da lei nº 12.744/2012. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 173.

Entendemos ser possível trazer a previsão no contrato de uma revisão contratual, caso haja um evento extraordinário e imprevisível não relacionado com álea do contrato ou risco empresarial e observando a boa-fé contratual e, também, os pagamentos das prestações devem estar em dia, não podendo em caso de inadimplência. Para julgar o que seria compreendido como extraordinário e imprevisível e se aplica ao caso concreto, isso seria função de um terceiro, por meio de arbitragem, caso as partes não cheguem a um consenso.

Neste caso, a revisão contratual se daria por um aditivo contratual, estimando por quanto tempo perduraria está situação e quais as formas de compensação e, como citado, poderia ser elaborado pelas próprias partes ou por arbitragem.

Por exemplo: ocorreu um fato imprevisível e extraordinário, locatário necessita de uma revisão para conseguir adimplir o contrato. Estima-se que o evento durará 5 meses, nesse período as partes convencionam um aluguel que o locatário consiga efetuar o pagamento sem comprometer sua atividade e, em contrapartida, o valor reduzido será compensado futuramente, estabelecendo um acréscimo de prestações no contrato com prazo maior.

Nesse exemplo hipotético o locador abre mão de uma parte do aluguel por um período determinado, mas ele não o perde, pois é compensado futuramente, sem falar na possibilidade de se incluir juros e correção monetária para beneficiá-lo por essa cooperação.

Tal cláusula não encontra nenhum obstáculo em nenhum princípio contratual, ao contrário, reforça o princípio da função social do contrato, pois busca preservar a sua manutenção.

POSSIBILIDADE DE NOVAS REFORMAS

O contrato deve trazer a previsão de possíveis futuras reformas, mesmo presumindo que após a conclusão da obra deve estar tudo nos moldes do locatário, não se pode olvidar que podem surgir algumas reformas.

Deve prever quem realizará a reforma e quem deverá custeá-la. E, como essa forma de contrato dá ampla margem ao princípio da autonomia, podem e devem as partes ajustarem os termos.

O CC traz as espécies de benfeitorias, são elas:

> Art. 96. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias.
>
> § 1º São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.

§ 2º São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem.

§ 3º São necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore.[30]

Por questão de equidade, as despesas deveriam ser custeadas pelo proprietário do imóvel, ou seja, locador, pelo fato de que o locatário busca um imóvel que atenda suas características peculiares e paga a mais por isto, então surgindo alguma necessidade de reforma que englobe benfeitoria úteis ou necessárias, excluindo-se as voluptuárias.

O contrato ainda pode trazer a possibilidade de prazo para essa reforma, caso ocorra necessidade e, além disso, multa caso não ocorra no prazo. Não obstante, ainda pode prever a autorização do locatário a fazer as reformas caso locador seja omisso, subtraindo o preço nos futuros aluguéis ou autorizando a matéria ser tema de arbitragem, para decidir qual é o tipo de benfeitoria, o responsável, o prazo e preço.

O CC reforça essa ideia no seu artigo 578. "Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresso consentimento do locador." Quando estipula: "salvo disposição em contrário", abre espaço para as partes estabelecerem como lhe convir.

MULTA POR ATRASO NA OBRA

Como todos os passos desse contrato devem ser analisados com cautela e antecipadamente, a parte de construção não foge dessa regra.

Como elemento essencial do BTS a reforma substancial ou nova construção de acordo com as especificações do locatário, para se cumprir é necessário ter planejamento, prazo e cronograma e, também, como a remuneração é mais complexa e os empreendimentos geralmente são de valores vultosos, é direito do locatário ter a sua exigência atendida no prazo convencionado.

E como o locador não é obrigado a ser do ramo de construção, podendo delegar para um terceiro construir, conforme diz a letra da lei e também é o entendimento de Daniel Gomes que compartilhamos[31], está exigência de multa deve ser reforçada.

[30] BRASIL. *Lei nº 10.406, DE 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. >. Acesso em: 18 de maio de 2020.

[31] GOMES, Daniel Cardoso. *Contratos built to suit*: novas perspectivas em face da lei nº 12.744/2012. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 44.

É interessante uma previsão em cláusula contratual prevendo uma multa para o locador caso não cumpra as obras no prazo convencionado, a mesma ideia também deve se aplicar as reformas. Multa essa que se faz necessária, pois o locatário poderá sofrer perdas e danos caso haja atraso, porque se convenciona o prazo e pelo preço do aluguel espera se iniciar os trabalhos e efetivar a ocupação do espaço no prazo previsto, com organização e caso ocorra um eventual atraso pode comprometer os negócios do locatário.

Além da multa, se faz necessário, uma perícia por um especialista na área para avaliar as condições da construção e se estão em condições adequadas para o uso após o seu término. Isso afim de ser mais uma garantia e segurança, para ambas as partes nesse caso.

CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Arbitragem é um meio de solução de conflitos mais sútil e discreto do que a intervenção do poder judiciário, geralmente mais procurado para empresas e entidades que buscam BTS como meio de contratação.

O artigo 54-A da Lei de locações que regulamentou o contrato BTS não traz nenhum óbice quanto a escolha de arbitragem, conforme Frederico Favacho os direitos envolvidos nos contratos BTS são patrimoniais e disponíveis.[32]

A harmonia entre as partes é fundamental para sucesso e manutenção do contrato, e muitas vezes a judicialização das questões obrigacionais pode afetar essa relação, sendo que por a arbitragem ser menos ofensiva pode ajudar a uma solução mais pacífica.

Além de ser um meio eficaz, menos moroso que o poder judiciário, que pode levar meses para julgar uma lide.

A jurisprudência também é favorável, reconhecendo a eficácia da cláusula de arbitragem nesse tema, conforme decisão do TJSP:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução – Contrato de locação com Obrigação de Construção 'Built to Suit' – Indeferido pedido de regularização do polo passivo – Existência de legitimidade da agravada para figurar no polo ativo da execução – Juízo estatal que, não obstante possua competência para examinar as questões formais do título ou atinentes aos atos executivos, não possui competência

[32] REIS, Adriana Marchesini dos. *et al*. *Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo*: visão atual na doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*. p.188.

> para resolver as controvérsias relativas à interpretação e ao descumprimento das obrigações previstas no contrato, dado que tal competência foi atribuída ao juízo arbitral – Após a efetivação da penhora, em sendo admitida a arbitragem, o processo deverá ser suspenso até que as questões suscitadas perante o juízo arbitral sejam solucionadas, vedada qualquer liberação de valores eventualmente penhorados nos autos. Agravo de instrumento parcialmente provido.[33]

DIREITO DE PREFERÊNCIA E REVISÃO APÓS A AMORTIZAÇÃO

O contrato BTS é um contrato de vínculo duradouro, assim como atividade empresarial desenvolvida que deu objeto a sua contratação, portanto dificilmente acabará o prazo estipulado e o locatário encerrará suas atividades. Pensando nisso, é necessário incluir uma cláusula de direito de preferência na compra, caso o locador queira dispor do imóvel findo prazo.

É interessante está cláusula, apesar de discutível judicialmente, a sua previsão é fundamental para garantir mais segurança ao locatário.

Outro ponto relevante é a revisão do contrato BTS findo o prazo de vigência, normalmente entre 10 a 30 anos, tempo justificável para garantir amortização e retorno do investimento do locador. E, após esse período, o empreendimento já teve o seu retorno garantido, sendo assim, perderá a razão dessa remuneração acima da média, devendo ser revista e readequada com mercado.

Importante lembrar de fazer averbação do direito de preferência no Cartório de registro de imóveis para ter eficácia *erga omnes*.

[33] (TJSP; Agravo de Instrumento 2032026-56.2019.8.26.0000; Relator (a): Sá Moreira de Oliveira; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 19ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/04/2019; Data de Registro: 29/04/2019).

CONCLUSÃO

Como se trata de contratos com valores vultosos, consequentemente as vantagens auferias são maiores, entretanto há também riscos elevados nessa modalidade, portanto é essencial sobrepesar as vantagens e riscos e observar o *checklist* e analisar caso a caso para verificar a sua viabilidade.

Ademais, por ser um contrato paritário e fundado na boa-fé, também deve-se analisar as características próprias das partes, por meio de uma pesquisa prévia dos seus perfis, analisando como está a sua situação econômica e jurídica, se já ocorreu ou está em ocorrência a falência ou recuperação judicial e como procederam nesses casos, se há tendências temerárias a lides, etc., pois o contrato BTS estabelece um prazo mais extenso e, assim como negócios jurídicos duradouros, deve se buscar um vínculo duradouro e uma boa harmonia entre as partes.

O contrato BTS devido a sua complexidade e a onerosidade envolvida, combinada com a ausência de mais explicações quanto a sua forma na legislação, deve ser elaborado de forma cautelosa e ventilada, com foco especial dedicado na fase pré-constitutiva, por intermédio de advogados, se possível uma equipe e com reuniões de *brainstorming* para colher as mais diversas ideias possíveis, afim de prever o máximo de hipóteses para evitar conflitos, sem olvidar da outra parte, pois como se trata de um contrato paritário e de longa duração a harmonia é fundamental para o negócio.

A jurisprudência demonstrou trazer uma previsibilidade e uma segurança jurídica consideravelmente boa, garantindo a validade das cláusulas livremente pactuadas pelas partes, ponto essencial nessa modalidade.

A sua avaliação em tempos de crise econômica ainda é difícil por ser algo novo, sendo assim deve ser analisado caso a caso, e ainda varia de acordo com o ramo empresarial, certo é que esses eventos não são mais considerados como imprevisíveis e não dão margem para revisão contratual.

A cooperação entre locador e locatário é o ponto chave para se chegar ao sucesso nesse empreendimento e deve preceder a formação do contrato e durar até o fim do vínculo da relação jurídica, pois findo contrato adimplido ainda há possibilidade de celebração de um novo vínculo contratual, visto que geralmente ao fim o locatário ainda precisará de um imóvel para suas atividades e o locador terá um imóvel personalíssimo que será difícil locar para terceiros sem modificações.

As mudanças no cotidiano estão dinâmicas e em constante mutação. O BTS é fruto de uma evolução, assim como surge um fato novo, também surge a necessidade de adaptação por meio da sua positivação, ou seja, o direito acompanha as mudanças ocorridas na sociedade. E, atualmente, com a pandemia, surge um novo desafio de adaptação, visto que as empresas deram mais espaço para atividade *home office*, podendo afetar o mercado de locação e inclusive o BTS.

REFERÊNCIAS

BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos built to suit*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2015. *E-book*.

BRASIL. *COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA*. PARECER Nº , DE 2012. Disponívelem:http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/113222.pdf. Acesso em: 03 out. 2020

BRASIL. *COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA* - PROJETO DE LEI Nº 6.562, DE 2009 - (Em apenso o Projeto de Lei n.º 356/2011 e Emenda Modificativa Dep. Edson Santos). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=933169. Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.744/2012*. Altera o art. 4º e acrescenta art. 54-A à Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, que "dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes", para dispor sobre a locação nos contratos de construção ajustada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12744.htm. Acesso em: 18 de maio de 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.245, de 18 de outubro 1991*. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 18 de maio de 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.406, DE 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 de maio de 2020.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 6.562/2009*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=468866ED45BB84D805F04AFE4BF1194F.proposicoesWebExterno1?codteor=723215&filename=Tramitacao-PL+6562/2009>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

DE ARAUJO, Paula Miralles. Contratos Built to suit. Qualificação e Regime jurídico. 2015. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 118 Disponível em: https://www.teses.usp.br/disponiveis/2/2131/tde-09122015-40803/publico/Dissertacao_Paula_M_Araujo_Versao_Completa.pdf. Acesso em: 18 set. 2020

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O STJ e o princípio da segurança jurídica*. Publicado em 14 de maio de 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica. Acesso em: 02 out. 2020.

FILGUEIRAS, Isabel. *Investimento em imóvel rendeu 15,3% ao ano na última década, conclui Abrainc*. Revista valor investe Globo, 2020. Disponível em: https://valorinveste.globo.com/produtos/imoveis/noticia/2020/07/15/investimento-em-imovel-rendeu-153percent-ao-ano-na-ultima-decada-concluiabrainc.ghtml. Acesso em: 06 de out. de 2020.

GALLAUCCI, Mariângela. *"Somos 11 ilhas. Não somos amigos"*. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,somos-11-ilhas-nao-somos-amigos,40170.W. Acesso em: 02 out. 2020.

GOMES, Daniel Cardoso. *Contratos built to suit*: novas perspectivas em face da lei nº 12.744/2012. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NETO, Floriano Peixoto Marques; et. al. Comentários a Lei de Liberdade Econômica Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pág. 228. *E-book*.

RAMOS JUNIOR, Galdino Luiz. Princípios Constitucionais do Processo: visão crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

REIS, Adriana Marchesini dos. *et al. Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo*: visão atual na doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*.

RUBINIAK, Juliana *et al. Operações de Built to Suit*: A prática e novas tendências. São Paulo: Quartier Lati, 2019.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 1528. *E-book*.

Propriedade Industrial: Eficácia Normativa Nacional e Internacional Frente à Pirataria

Fabio Henrique Ramos de Souza
Francis Marília Pádua

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar à luz da Lei da Propriedade Industrial, Lei n. 9.279/96, a proteção conferida aos bens que a compreendem, tais como marca, invenção, modelo de utilidade e desenho industrial, devido a sua importância econômica para o desenvolvimento nacional, assim como os resultados econômicos negativos promovidos pela prática da pirataria.

Em razão de que a propriedade industrial é regulada por meio de acordos e convenções de âmbito internacional, a pesquisa apresenta uma análise dos acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o acordo do G7 e TRIP'S, por exemplo, e a segurança jurídica por eles conferidos aos países participantes.

Aponta as naturezas política, econômica, comercial, cultural e cientifica dos referidos acordos e os benefícios aos países membros, tendo em vista que zelam pelo desenvolvimento e proteção do mercado mundial, e como estes acordos acabam por sofrer a influência da concorrência, uma vez que devem conciliar interesses comuns com os interesses próprios dos países membros e sua manutenção econômica.

Examina a necessidade de uma maior proteção voltada ao desenvolvimento da proteção industrial no país, de modo a garantir o desenvolvimento tecnológico nacional e a necessidade de maior eficácia dos mecanismos de combate à ação criminosa da pirataria cujos efeitos promovem impactos de ordem econômica, afetando, por assim dizer, o desenvolvimento econômico de um país, mais especificamente o Brasil.

Para atender aos propósitos da presente pesquisa, este artigo utilizou como metodologia, o método dedutivo e como procedimento metodológico, a pesquisa bibliográfica.

Não há como negar a importância da atividade empresarial ao desenvolvimento de uma nação, e a sua evolução contribui também para a evolução dos países, já que esta atividade, consistente na produção e circulação dos bens e dos serviços, é necessária para satisfazer às necessidades de todos, das mais básicas as mais especializadas. Estas atividades fazem circular as rendas, promovem a geração de riquezas e garantem a sobrevivência de todos os indivíduos em uma sociedade.

Decorre da atividade empresarial o desenvolvimento econômico de um país, com seus negócios, produtos ou serviços. Cada atividade econômica em si, necessita de individualização e são dotadas de características próprias. Segundo

Marlon Tomazette (2017, pg. 180)[1], o empresário, para a aquisição e conservação de clientela, tem a necessidade de identificar a si mesmo e a sua atividade para o público em geral, utilizando-se de sinais que identifiquem sua atividade empresarial (nome, marcas, título de estabelecimento), sinais que vinculem o cliente à sua atividade econômica.

Dentre os modelos de caracterização, a exemplo o *target marketing*, do ramo publicidade e propaganda, que busca apontar divisões de mercados e a concentração de seus esforços, lidando com desejo do público, para cada empresa e sua finalidade.

Estas características individualizadas de uma empresa contribuem para o sucesso empresarial, propiciando o desenvolvimento próprio, diretamente, e de maneira indireta, o desenvolvimento de um país, que acaba gerando políticas econômicas internas, e sofre influências econômicas externas. O crescimento de uma dada nação se reflete no PIB (produto interno bruto), que retrata a capacidade de um país em comercializar e negociar com outros países, buscando as formas de suprir necessidades próprias em razão de que nem sempre conseguem desenvolver produtos e serviços necessários a sua manutenção interna e deste modo se movimenta não somente o mercado interno, como também o mercado internacional, através das relações comerciais entre os países.

Edilson Enedino das Chagas (2017, pg. 55)[2] descreve a importância da atividade empresarial, como sendo:

> [...] continuidade das atividades de produção de riquezas pela circulação de bens ou prestação de serviços como um valor a ser protegido, e reconhece os efeitos negativos da extinção de uma atividade empresarial, que acarreta prejuízos não só aos investidores, como toda a sociedade.

O desenvolvimento e sucesso financeiro de uma empresa se deve à reunião de caracteres capazes de assegurar o sucesso empresarial no qual os empresários articulam seus esforços reunindo o seu capital, com a mão-de-obra especializada ou não, mais os insumos necessários à sua produção e, somando-se a tudo isto, as tecnologias a que recorrem, sejam para baratearem seus custos, melhoria dos seus produtos ou outros.

[1] TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2017. p. 180.

[2] CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito Empresarial Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2017. p 55.

Este sucesso se reflete no Produto Interno Bruto (PIB) nacional e as receitas tributárias decorrentes destas atividades acabam gerando recursos para os governos movimentarem a máquina administrativa.

Dada a importância destes caracteres empresariais, que garantem o sucesso de uma atividade empresarial, o direito não poderia deixar de conferir uma proteção especial, por meio da legislação, de modo a proteger e garantir o desenvolvimento empresarial. Deste modo, a proteção é conferida pela propriedade industrial, espécie da propriedade intelectual.

PROPRIEDADE INTELECTUAL

A propriedade intelectual compreende a proteção legal conferida ao titular de uma criação de natureza intelectual, seja de cunho artístico ou de aplicação industrial, ou ainda

literária ou científica, assim como as descobertas e os sinais distintivos de um determinado produto ou empresa.

A propriedade intelectual é, portanto, a expressão ampla que compreende um conjunto de normas legais que garantem a proteção da propriedade industrial, dos direitos autorais, dos proteção dos programas de computadores, e dos diferentes tipos de criação decorrentes do intelecto humano.

Deste modo, Bagnato (2017, p. 07) aponta como se divide a propriedade intelectual no sistema jurídico brasileiro:

> O sistema de propriedade intelectual refere-se a uma expressão genérica e ampla. Por essa razão, ela pode ser dividida em grandes áreas, cada uma com peculiaridades e tratamento jurídico próprio: (I) Direito de propriedade industrial, abrange patentes, marcas, desenho e modelo industrial, indicações geográficas, segredo industrial e repressão à concorrência desleal (Lei 9.279/96); (II) Direito autoral e conexos, compreendem as obras literárias, artísticas e científicas, interpretações dos artistas e intérpretes e execuções dos artistas e executantes, os fonogramas e as emissões de rádio difusão ((Lei 9.610/98); (III) Proteção aos programas de computadores (Lei n° 9.609/98); (IV) Proteções sui generis, como cultivares (Lei n° 9.456/97), topografias de circuitos fechados (Lei 11484/07) e conhecimento tradicional (Medida Provisória nº2.186-16/01) . Os diferentes tipos de criação são protegidos de formas diferentes, de acordo com a sua natureza.[3]

[3] BAGNATO, Vanderlei Salvador; SOUZA, Maria Aparecida; MURAKAWA, Ligia Sueny Gonçalves. Guia Prático I: *Introdução à Propriedade Intelectual*. São Paulo: Auspin, 2017. p. 07.

Os direitos conferidos à propriedade intelectual compreendem a sua proteção por meio da garantia de sua utilização pelo titular, que poderá se recorrer quando de sua violação nas esferas administrativa, penal e civil.

DIREITO AUTORAL

A Lei 9.610/98[4] regulamenta os direitos autorais e garante a proteção do criador de uma obra intelectual, e todos os direitos dela decorrentes, tais como os direitos morais e também os direitos patrimoniais, assim como a exploração econômica decorrentes da obra.

A lei cita uma relação de obras que são objeto de sua proteção no seu artigo 7º (BRASIL, 1998):

> I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
>
> II - as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza;
>
> III - as obras dramáticas e dramático-musicais;
>
> IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;
>
> V - as composições musicais, tenham ou não letra;
>
> VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
>
> VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
>
> VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
>
> IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
>
> X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
>
> XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
>
> XII - os programas de computador;
>
> XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.
>
> § 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.
>
> § 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.

[4] BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. *Lei dos Direitos Autorais*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

§ 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.

Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;

III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;

IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;

VI - os nomes e títulos isolados;

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.

Os direitos autorais, ainda que sejam prerrogativas de propriedade intelectual, diferenciam-se da propriedade industrial, que por sua vez contém características próprias e específicas.

PROPRIEDADE INDUSTRIAL

A propriedade industrial é regida pela Lei 9.279/96 e se destina a proteção dos quatro bens que a compreendem, tais como: a invenção, o modelo de utilidade, o desenho industrial e a marca.

A proteção conferida pela lei decorre da obtenção do registro junto ao INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial), e uma vez registrado, seu titular terá o direito de usar, explorar e de auferir os lucros decorrentes.

A Lei de Propriedade Industrial[5] (LPI) nº 9.279/96, em seu artigo 2º, I a III (BRASIL, 1996), descreve os quatro bens materiais protegidos pelo direito industrial e está em conformidade aos acordos internacionais firmados pelo Brasil, tais como a Convenção da União de Paris e os chamados Acordos TRIP's.

A Lei determina os requisitos legais necessários para a obtenção do registro, tais como a novidade, a atividade inventiva, a aplicação industrial e o não impedi-

[5] BRASIL. Lei 9.279 de 14 de maio de 1996. *Lei da Propriedade Industrial*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.[6] GOMES, Daniel Cardoso. *Contratos built to suit*: novas perspectivas em face da lei nº 12.744/2012. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 71.

mento. Deste modo, o titular deverá provar que sua criação é nova, inédita; deverá demonstrar a atividade inventiva, ou seja, a atividade decorrente do processo de criação como os acertos e erros até se chegar à criação, propriamente dita; esta criação deverá também ter aplicação industrial e por fim, esta criação não poderá estar entre as vedações estipuladas pela lei que impedem o seu registro.

A invenção é todo ato humano que cria algo inédito e que tenha aplicação industrial, enquanto que o modelo de utilidade compreende uma nova criação que resulte em melhoria no uso determinada invenção. Ao titular de uma invenção ou modelo de utilidade é concedida a patente, sendo que na invenção o prazo de exclusividade na exploração é de 20 anos, enquanto que no modelo de utilidade é de 15 anos.

O desenho industrial compreende uma nova forma em um determinado objeto que o distingue dos demais e a marca se caracteriza como o sinal visualmente perceptível de um determinado produto ou serviço. As marcas correspondem aos sinais gráficos e distintivos e que são utilizados para consolidar um produto ou serviço, e o seu registro garante a proteção de sua identidade e tem vigência de dez anos a partir da data de registro que, ao contrário das patentes, podem ser prorrogáveis em períodos iguais se o interessado pleitear a prorrogação, sempre no último ano de vigência do registro (LPI, art.133). Signos patenteados com grandes efeitos podem repercutir não apenas ao mercado nacional, com também internacional e, para tanto, necessitam dos preceitos do acordo internacional firmado pelo Brasil; Convenção da União de Paris, Acordos TRIP's da coletividade internacional dos países integrantes do G20.

OS ACORDOS INTERNACIONAIS SOBRE A PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Para o desenvolvimento econômico próprio, as nações estabelecem acordos internacionais de cooperação mundial e voltados a garantir a circulação de bens e serviços. Neste sentido, é oportuna a lição de Francisco Rezeck[6] (2018, p. 41) ao conceituar os tratados internacionais que os países celebram entre si: "Tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos".

[6] REZECK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 41.

A IMPORTÂNCIA DO G20 PARA A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL DOS PAÍSES

Segundo Rodriguez (2013), o G20 surgiu da ampliação do G7, e hoje conta na sua composição com vinte países oriundos de diversos setores da economia mundial. Este grupo se originou pela união dos países industrializados que a princípio tinham por finalidade solucionar os problemas do FMI – Fundo Monetário Internacional em meados de 1999.

Segundo a autora, este grupo hoje possui traços característicos e compreende as maiores economias mundiais:

> Atualmente as economias mais estratégicas do planeta, congregando ao mesmo tempo 2/3 da população mundial e mais de 80% da economia e do comercio mundial. [...] Os países que compõem o grupo são: Alemanha, África do Sul, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, China, Coréia do Sul, EUA, França, Índia, Indonésia, Inglaterra, Itália, Japão, México, Rússia, Turquia e a representação da União Europeia.[7]

O ACORDO TRIPS E SEUS REFLEXOS

O acordo TRIPs, Acordo sobre Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, foi criado com a finalidade de reduzir as barreiras comerciais entre os seus países membros através de políticas comuns e de caráter de cooperação entre eles. Este acordo integra a Organização Mundial do Comércio (OMC), possui natureza jurídica de um tratado e se aplica somente aos países membros.

Toda regulamentação brasileira sobre marcas, patentes e propriedade industrial está em conformidade com o TRIPs, desde 2001.

> O TRIPs estabelece que os países membros podem adotar proteção superior à oferecida pela OMC, que apenas adota punição aos infratores e não tem força coercitiva como a lei. O Brasil se obrigou à adoção do Acordo TRIPs a partir de 1 de Janeiro de 2000, data em que expirou o prazo de adequação aos países em desenvolvimento. O instrumento estabelece os mínimos padrões no âmbito do direito internacional relacionado a patentes, inclusive aquelas de medicamentos, às marcas e nomes empresariais. As regras estabelecem que as patentes devam ser concedidas durante um período mínimo de vinte anos. Dessa forma, todo produto ou processo patenteado deve ser protegido contra o uso comercial desleal.[8]

[7] RODRIGUEZ, Graciela. **G20 O Que É E Como Atua**. Instituto Equit. 2013. p. 03

[8] MONTANES, Maria Isabel. **Acordo TRIPs Completa Uma Década**. In: Jornal do Brasil. 20/01/14. Disponível em: https://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2014/01/20/acordo-trips-completa-uma-decada.html. Acesso em 20 set 2020.

O TRIPs acabou criando um conjunto mínimo de normas que regem não somente a criação, mas que protegem a propriedade intelectual, favorecendo e incentivando a pesquisa. No Brasil, o artigo 68 da Lei da Propriedade Industrial, permite a licença compulsória em caso de emergência nacional e de interesse público, considerado por alguns países como "quebra de patente", já levou a incidentes no setor da indústria farmacêutica, como o caso dos EUA, com a licença compulsória do medicamento para AIDS, no qual a empresa norte-americana acabou não tendo proteção devida das patentes, pois a lei brasileira acolheu a tese de preço abusivo.

Deste modo, as cláusulas contratuais sul-americanas analisam as restrições dos contratos de propriedade intelectual, verificando ainda o Código de Conduta de Transferência de tecnologia e as análises das jurisdições dos países da TRIPs com base em critérios concorrenciais, além dos interesses das partes que os subscrevem, lidando com aspectos dos efeitos da tecnologia transferida na economia nacional e regional, ou meio ambiente.

Entretanto, há críticas quanto à análise do TRIPs em precisar os dados, conteúdos e propósitos dos direitos de propriedade intelectual, conciliar as cláusulas restritivas e mensurar o uso abusivo, sob ótica da concorrência no mercado, uma vez que acaba lidando com o interesse público ao mesmo tempo em que se tem que incentivar a concorrência de modo a aquecer o mercado da produção de bens e serviços, assim como os efeitos da tecnologia.

É característica a estratégia do TRIPs em rejeitar práticas abusivas aos direitos de propriedade intelectual, agindo na legalidade para impor limites com suas rejeições a possíveis práticas consideradas abusivas ao mercado.

Países com diferenças econômicas, culturais e em desenvolvimento podem perder progresso comparado a outros países, pois, as potencias que se regimentariam grande parte das patentes de determinado produto ou serviço, não deixando espaço para os países em desenvolvimento de manterem por minoria dessas patentes ou por falta de criação, ou ainda de desenvolver produto semelhante mas não ter direitos majoritários sobre o mesmo.

Dando motivos para os países que estão fora do acordo não assinarem para sua participação, pois as economias em desenvolvimentos veem uma possibilidade de sobrepor esse prejuízo, por realizarem imitações dos produtos ou serviços dos competidores estrangeiros. Anterior à assinatura do acordo TRIPs que não conferia proteção às patentes de medicamento, por exemplo, uma visão que muitos deveriam ter por acreditar que invenções no setor farmacêutico ou alimentício não deveriam ter um país com total monopólio.

Acreditando que frente ao sistema de patentes internacional, a maioria dos detentores das patentes é de países industrializados e desenvolvidos, servindo deste acordo para não promover o desenvolvimento dos países em desenvolvimento, mais sim, de ampliar a proteção inventiva das grandes desenvolvedores de tecnologia.

Há necessidade de melhorar a regulamentação do Acordo TRIPs para balancear a relação do sistema de propriedade intelectual para promover realmente o desenvolvimento dos países que tem maior dificuldade, e assim realmente harmonizando os direitos econômicos mundiais.

AS CONSEQUÊNCIAS DA PIRATARIA PARA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL BRASILEIRA

Os diálogos e discussões quanto à pirataria no Brasil, mesmo quando não estão em destaque nas notícias, sempre existirão e o dilema sobre a diluição do valor agregado às marcas e os prejuízos econômicos que estas acarretam nunca é solucionado.

A proteção à propriedade industrial, além de ter regramento próprio, também possui proteção Constitucional, como Garantia Fundamental, conforme dita o Artigo 5º, inciso XXIX da C.F, deixando claro sua importância para o desenvolvimento e o progresso econômico e interesse social aos desenvolvedores das tecnologias que são asseguradas na Lei Propriedade Industrial. O registro tem natureza constitutiva na lei de propriedade industrial (LPI), em conjunto com o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), e Chagas, classifica a propriedade industrial, *in verbis*:

> A propriedade industrial corresponde à especificação do patrimônio intangível do empreendimento. E patrimônio intangível como um dos subconjuntos do perfil objetivo do fenômeno empresa, conforme salientado no capitulo três (patrimônio tangível e intangível), desta obra. Por sua vez, a propriedade industrial também pode ser visualizada como sub-ramo do direito intelectual. Assim, a propriedade industrial abarcará as invenções e as marcas, por exemplo, que certamente correspondem a obras do gênio humano. E, de forma semelhante são expressões da imaginação e da criatividade do ser humano. Entretanto, a diferenciar as referidas expressões do intelecto humano, o regime jurídico aplicável. Para a propriedade industrial, a Lei 9.279/2006. Para as obras literárias [...] Os programas de computador, por sua vez correspondem a espécie de direito autoral protegido por lei especial, mais precisamente a Lei nº 9.608/98.[9]

[9] CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito Empresarial Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 119.

A propriedade industrial é penalizada pela pirataria por seu aproveitamento parasita quanto do desenvolvimento de outrem para enriquecimento próprio, em que a abordagem dessa modalidade extrai de uma marca o seu enriquecimento, desenvolvimento de determinado produto ou serviço e, segundo Ulhôa,

> [...] a marca é o designativo que identifica produtos e serviços. Não se confunde com outros designativos presentes na empresa, assim o nome empresarial, que identifica o empresário e o título de estabelecimento, referido ao local do exercício da atividade econômica. (Ulhoa, p. 90, 2012)[10].

Em diversas regiões do Brasil a pirataria é rotineira e realizada em local de grande movimentação, na existência de diversos produtos comercializados que advém das extensões fronteiriças onde o contingente que trabalha para evitar referida ilegalidade é muitas vezes precário.

A principal proteção a esta ilegalidade em regiões fronteiriças que o Brasil tem, provém da Convenção da União de Paris para a Propriedade Industrial, na qual se desenvolveram cláusulas penais internacionais para proteção desta modalidade.

A pirataria se acentua em países com baixa fiscalização e grande taxação e tributação de imposto sobre os produtos, que leva muitas vezes o cidadão que não tendo condições financeiras para adquirir produto de renome, compra um produto pirateado por um preço muito inferior.

Denise Brito[11] (2017) aponta um conjunto de motivos que acabam colaborando para que a pirataria no país:

> Recursos públicos escassos, uso de tecnologia avançada nos crimes, sistema judicial desatualizado que dificulta a punição a infratores. Essas são algumas razões apontadas por especialistas para os parcos resultados obtidos até hoje na redução da pirataria no Brasil. A mais importante delas, no entanto, é também considerada a de solução mais difícil: a aceitação social do comércio de produtos falsificados. A cada dez brasileiros, três têm o hábito de comprar produtos piratas, segundo uma pesquisa realizada em 2016 pela Federação do Comércio do Rio de Janeiro (Fecomércio/RJ).

[10] ULHOA, Fabio. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90.

[11] BRITO, Denise. **Por que a pirataria é tão fácil no Brasil?** In: Revista Época. Disponível em: https://epoca.globo.com/economia/noticia/2017/11/por-que-pirataria-e-tao-facil-no-brasil.html. Acesso em: 20 out 2020.

Um exemplo claro de como a pirataria acaba sendo utilizada por organizações criminosas é a Operação Lava Jato, reconhecida nacional e internacionalmente pela quantidade de recursos públicos desviados no país e que contava com a participação dos lojistas da rua 25 de Março de São Paulo, conhecida por "produtos" baratos e de fácil acesso ao público, para lavagem de dinheiro. O Ministério Público Federal avaliou o valor de R$ 74 milhões apenas com as quatro empresas do doleiro Alberto Youssef, segundo Carvalho:

> O esquema de desvio e lavagem de dinheiro de propina na Petrobras era bastante "profissional e complexo", de acordo com o coordenador da força-tarefa do Ministério Público, Deltan Dallagnol. [...] Um desses esquemas era operado por Leonardo Meirelles, doleiro que tinha como clientes vários comerciantes da 25 de Março, tradicional rua de comércio popular no Centro de São Paulo. [...] Com a parceria do doleiro Alberto Youssef, o dinheiro que seguia para o exterior era o desviado da Petrobras e o dinheiro vivo dos lojistas, na verdade, era usado para pagamento de propinas a políticos e funcionários da estatal[12].

Todos perdem com a pirataria e principalmente a produtora do produto pirateado onde o produto foi fabricado, que não apenas promove a geração de empregos, investe capital, aplica e desenvolve tecnologia apropriada à sua fabricação e mais os insumos. Perde o país com a arrecadação, portanto, os seus efeitos são de várias ordens, ou seja, econômica e social.

Existe a necessidade de se punir a pirataria, mas também é necessário punir os lucros exagerados, os monopólios de determinadas empresas sobre os produtos, dando chances de produtos diversificados com grande variedade de preços, pois tais setores que monopolizam determinados produtos apresentam a paralisação do progresso por desfrutarem de oportunidades disponíveis apenas aos grandes monopólios mercantis, que prejudicam o desenvolvimento de novas economias de produtividade e livre concorrência.

Os consumidores buscam, em sua maioria, o custo-benefício de algum produto ou serviço e se existir a possibilidade de escolha as empresas registradas e legalizadas garantiriam os lucros que a pirataria estaria tirando a princípio de suas empresas.

[12] CARVALHO, Cleide. **Lava Jato: Esquema de lavagem usava até comércio popular de São Paulo**. https://oglobo.globo.com/brasil/lava-jato-esquema-de-lavagem-usava-ate-comercio-popular-de--sao-paulo-14811413. Acesso em 20 out 2020.

Os elevados lucros e controles publicitários ditam as regras aos monopólios que desmotivam as pesquisas e o desenvolvimento de alguns setores econômicos por pequenos empreendedores. Mediante o produto adquirir tal força no mercado que aniquila a competição em que em alguns casos, grandes empresas incorporam as pequenas, controlando a concessão de pesquisas e lucros.

Pelo fato de grandes países terem a produção, pesquisa e monopólio de determinadas áreas, ocorrerá o prejuízo para as pequenas produções em que haverá um círculo vicioso abrindo espaço para a pirataria, que buscam um prejuízo real para a economia e desenvolvimento de atividades. Uma eventual distorção quando se trata de proteger e garantir direitos ou não proteger e "dar direito" para aqueles que desejam uma chance. Entendendo os direitos de autor inseridos na propriedade industrial, deve-se receber proteção integral e constitucional, também garantindo internacionalmente homogenia e desenvolvimento tecnológico para a aproximação e livre concorrência dentre outros países e culturas.

CONCLUSÃO

A visão de uma empresa se mantém pelo seu nível de trabalho perante a sociedade, com isto, sua identidade visual gerada pelos seus produtos ou serviços deve ser sempre zelada pela perfeição. Sendo assim, urge desenvolver meios para sua proteção de ideias ou imagem, regulamentado todos os processos já realizados por esta companhia.

Assim posto, há de se manter sua integridade moral intacta perante as empresas que se utilizam de meios ilegais roubos ou plágios de uma empresa de sucesso ou renome, na tentativa de tirá-la do mercado ou simplesmente prejudicá-la. Sendo assim, maiores meios de proteção são necessários para a convivência destas empresas, para manter a lei e a ordem comercial.

Aprendemos como essas leis foram evoluindo e como se baseia cada aspecto ao que se refere à proteção das empresas, e os meios que podem ser realizados. Como foi dito neste artigo, sempre ocorrerão mudanças, motivando ainda mais a visão e o estudo das leis comerciais de patentes e afins, em que parte da pesquisa aplicada demonstra fatos contra e a favor do acordo da união ao G20, com relação principalmente ao fator de proteção de patentes do país.

Concluindo, a hipótese que tal acordo pode proporcionar benefícios, mas, no entanto, existem pontos que levam a duvidar da integridade da união: o desenvolvimento dos países membros fica nas mãos dos G7 que lidaram, principalmente, com a aprovação das ações que os outros membros desenvolverão; se tal melhoria não os prejudicará ou se existe risco de um crescimento abusivo e, assim, perdendo majoritariamente no poder de decisão.

Outro ponto é a taxação que o G7 determina dos produtos dos países com proteção ao acordo de propriedade intelectual, sendo eles os principais fornecedores e lidando com o poder de liberação das tecnologias que os membros necessitam para os seus desenvolvimentos. Tendo principalmente este acordo como uma forma de proteger seus produtos e taxando a proteção como uma forma de "harmonização", que define o desenvolvimento dos majoritários pela queda dos menos desenvolvidos, tendo a proteção intelectual dos outros países como uma forma de fluxo de patentes estrangeiras em controle para não haver risco de plágio ou uso improprio sem a devida taxação. De tal forma que os produtos desenvolvidos pelos outros membros possam ser utilizados como um meio de sub-pesquisa dos produtos existentes e, assim, conduzindo as pesquisas dos

outros países para anexar como uma patente de melhoria industrial as ideias originais e assim agregando valores aos produtos desenvolvidos e mantidos sobre proteção do G7.

Sendo assim, tal acordo poderia ser bem-vindo se houvesse um nível de igualdade quanto ao desenvolvimento e decisão de taxação das patentes registradas. Criando assim uma harmonização de poderes na gestão do seu desenvolvimento econômico e intelectual dos países membros do G20, garantindo melhores benefícios para esta união e suas principais finalidades.

Levando também o pensamento dos acordos para uma forma de se combater a pirataria, podendo se desenvolver melhores sanções e leis para o controle da pirataria e do controle abusivo das grandes empresas. Deve-se buscar soluções para não restringir as medidas já existentes, mas sim melhorá-las visando ampliar o entendimento do cidadão que se utiliza da pirataria, para suprir suas necessidades e assim prejudicar os fundamentos sociais, segurança e seus direitos fundamentais previstos pela constituição.

De acordo com uma pesquisa[13] realizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), 71% dos participantes compram produtos piratas, assim movimentando uma porcentagem da economia nacional em que, grande parte desse lucro é utilizado para fins ilícitos e a fomentação de organizações criminosas espalhadas dentro e fora do pais, se lembrarmos dos apontamentos feitos por Laura e ações recentes da Lava Jato. Se ocorrer uma melhor regulamentação e garantias para o desenvolvimento de mais empresas de diversos seguimentos talvez, podendo diminuir os valores de produção sem prejudicar as grandes e pequenas empresas, assim desenvolvendo produtos acessíveis ao cidadão para que o mesmo não venha a se utilizar de produtos ilícitos.

Podem-se aumentar os lucros por recuperarem o dinheiro utilizado pela pirataria, recuperando uma margem de lucro que uma vez não estava disponível para a economia, assim, o setor produtivo investiria em incentivos à pesquisa como uma forma de combater a pirataria, garantindo os interesses nacionais para a legislação de patentes pelo Brasil, em que o princípio pragmático da legislação de patentes serviria de interesse do Estado em promover a produção de uma reserva de mercado, para que possam ser viáveis para o cidadão e o desenvolvimento do país.

[13] 71% dos brasileiros compram produtos piratas. Disponível em: https://www.bonde.com.br/economia/noticias/71-dos-brasileiros-compram-produtos-piratas-aponta-pesquisa-362800.html. Acesso em 20 out 2020.

REFERÊNCIAS

BAGNATO, Vanderlei Salvador; SOUZA, Maria Aparecida; MURAKAWA, Ligia Sueny Gonçalves. Guia Prático I: *Introdução à Propriedade Intelectual*. São Paulo: Auspin, 2017.

BRASIL. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. *Lei da Propriedade Industrial*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. *Lei dos Direitos Autorais*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

BRITO, Denise. *Por que a pirataria é tão fácil no Brasil?* In: Revista Época. Disponível em: https://epoca.globo.com/economia/noticia/2017/11/por-que-pirataria-e-tao-facil-no-brasil.html. Acesso em: 20 out 2020.

CARVALHO, Cleide. *Lava Jato: Esquema de lavagem usava até comércio popular de São Paulo*. https://oglobo.globo.com/brasil/lava-jato-esquema-de-lavagem-usava-ate-comercio-popular-de-sao-paulo-14811413. Acesso em 20 out 2020.

CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito Empresarial Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTANES, Maria Isabel. *Acordo TRIPs Completa Uma Década*. In: Jornal do Brasil. 20/01/14. Disponível em: https://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2014/01/20/acordo-trips-completa-uma-decada.html. Acesso em 20 set 2020.

REZECK, Francisco. *Direito Internacional Público*: Curso Elementar. São Paulo: Saraiva, 2018.

RODRIGUEZ, Graciela. *G20 O Que É E Como Atua*. Instituto Equit. 2013.

71% dos brasileiros compram produtos piratas. Disponível em: https://www.bonde.com.br/economia/noticias/71-dos-brasileiros-compram-produtos-piratas-aponta-pesquisa-362800.html. Acesso em 20 out 2020.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2017.

ULHOA, Fabio. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

A Responsabilidade Jurídica do Médico diante da Alta a Pedido

Adriane Maceno Ernandes

Denner Souza Martins

Rogerio Veloso Hernandes

Roney Anderson de Oliveira Tinetti

Tayná Barros de Souza

Bruno Bastos de Oliveira

INTRODUÇÃO

A hospitalização teve início no final do século XVIII. Na Idade Média, os hospitais eram vinculados a mosteiros e igrejas como instituições de caridade para receber leprosos e vítimas da fome e das epidemias que assolavam a Europa. Portanto, foi apenas por volta de 1780 que a instituição passou a ser considerada um local destinado à recuperação, por ser até então um local para pacientes pobres.

Com o avanço da área médica, a partir das décadas de 1930 e 1940, a escolha dos tipos de tratamento tornou-se mais complicada, e a relação médico-paciente deixou de ser apenas um efeito imediato, mas passou a considerar a subjetividade do paciente. Porém, os hábitos de saúde não melhoraram e a atitude coletiva não estavam em consonância com a comunicação, observação e com o trabalho em equipe.

Durante a hospitalização, quando o paciente está sob os cuidados de um médico, cabe ao médico decidir o melhor momento para o paciente deixar o hospital. Porém, em alguns casos, o próprio paciente solicita a alta hospitalar por diversos motivos, como as seguintes situações: falta de acompanhante para dar suporte, dificuldade em deixar os filhos com cuidadores de sua confiança ou até mesmo internação de longa permanência.

A alta sob solicitação do paciente faz parte da rotina de um médico, no entanto suas definições legais e éticas não são claras. Neste caso, recomenda-se que, uma vez que a vida do paciente não está em perigo, os médicos e hospitais responsáveis não devem comprometer o princípio da autonomia e restringir a sua liberdade pessoal e seu direito de ir e vir. No entanto, se o perigo à vida for iminente, os médicos podem recusar-se a liberação do paciente do hospital quando solicitada, esta é uma regra prevista no artigo 26 do Código de Ética Médica (CEM) o qual reconhece que os médicos podem intervir contra a vontade dos pacientes.

Além de atingir a área médica, a alta a pedido é uma situação em que uma equipe multiprofissional é solidariamente responsável pelo atendimento ao paciente. Portanto, podemos destacar as categorias a serem utilizadas nessas situações: enfermagem, serviço social, psicologia e medicina. Além de oferecer tratamento e cuidados, a equipe também é responsável por orientar e esclarecer aos pacientes suas condições clínicas e as possíveis consequências de suas decisões.

Na prática, os pacientes devem ser informados e orientados sobre os procedimentos recomendados, sejam exames diagnósticos ou ações terapêuticas.

Ressaltamos que o médico deve ter um papel preponderante na transmissão das informações de saúde em uma linguagem acessível ao paciente, enquanto outros profissionais também são responsáveis por complementar as diretrizes de saúde.

O objetivo do presente trabalho é abordar a responsabilidade jurídica do médico no que diz respeito a alta a pedido e verificar os procedimentos adequados a serem tomados diante dessa situação. Analisar, e melhor compreender, o instituto da alta a pedido e o embasamento propiciado pelo Código de Ética Médica, bem como encontrar possíveis soluções a curto e médio prazo, capazes de isentar senão amenizar as consequências jurídicas resultantes da alta a pedido equivocadamente realizada pelos pacientes dentro da instituição hospitalar.

Para a confecção do artigo em tela, e, por conseguinte a colheita dos resultados esperados, o método de pesquisa utilizado será o hipotético-dedutivo, uma vez que o mesmo tem por escopo e também finalidade, a descrição de um problema/situação especifico/a, e a posteriori, a obtenção de possíveis entendimentos capazes de dar um melhor panorama acerca do assunto abordado. Contando, ainda, de forma indireta com o apoio dos profissionais da área hospitalar, que sem dúvida alguma, são os mais capacitados para auxiliar na trajetória desse trabalho.

ALTA A REVELIA OU ALTA A PEDIDO E CONTRA INDICAÇÃO DO MÉDICO: IMINENTE RISCO DE MORTE

Inicia-se o presente exposto com a nomenclatura correta no que diz respeito a alta a pedido do paciente. Quando trata- se da solicitação do paciente, alta a pedido, ela entra em contrariedade a perspectiva médica, que é de continuidade do tratamento. Neste sentido quando a solicitação parte do paciente, o médico pode ser contrário a ela, pois ele sabe que não terá benefício a saúde do paciente, sendo assim, o termo correto utilizado é: “alta à revelia” (CREMESP, 2001).

O termo “alta a pedido” descrito assim isoladamente sem nenhum outro termo qualificativo parece de fato inadequado podendo levar a falsa impressão de que o médico concordou com a alta, quando na verdade não foi indicada por ele. Diante disso, convém esclarecer que a alta nesse caso é a pedido do paciente e contra a indicação médica. Trata-se, portanto de uma “alta a pedido e contra indicação do médico”, uma das denominações mais adequadas para a situação.

Segundo Rey, a alta hospitalar é um ato privativo do médico, conforme disposto no artigo 4 inciso XI da lei 12.842/2013 conhecida como LEI DO ATO MÉDICO. Por isso, o parecer CRM-SP 41.848/1996 do conselheiro Donizetti específica que a denominação "alta a pedido" não é adequada, que em tese seria indicada pelo próprio paciente e sugere-se utilizar preferencialmente o termo "recusa de tratamento ou alta à revelia". (CREMESP, 1996). Com efeito, o paciente não tem habilidade técnica tão pouco legal de fazer sua própria avaliação clínica ou conceder alta hospitalar (REY, 2003, p. 40).

Em contra partida levanta-se a seguinte questão, dentro do ponto de vista jurídico existe alguma garantia do médico ao conceder a solicitação do paciente? Mesmo não causando nenhum tipo de malefício a saúde dele?

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 considera o direito à vida como princípio básico. Portanto, a vida humana deve ser protegida de tudo e de todos, bem como outros direitos e bens a ela relacionados. Salvo as disposições legais estipuladas no art. 5º, inciso II, da Constituição, ninguém está obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, ainda, conforme o mesmo dispositivo, o parágrafo XV rege sobre a liberdade de locomoção.

Neste caso, é preciso respeitar o direito do paciente que recebe tratamento intra-hospitalar, de exigir que ele deixe a unidade de saúde a qualquer momento, sob pena de ser punido pelo artigo 148 da Lei Penal pelo crime de cárcere privado, e violar direitos e garantias básicas pessoal. Para que isso ocorra, o paciente precisa ser maior e capaz, vez que cabe a ele concordar ou não em permanecer em tratamento no ambiente hospitalar

A autonomia é entendida como a capacidade das pessoas de fazerem escolhas independentes. Para que um indivíduo possa exercer sua autonomia, deve-se observar a capacidade de tomar uma decisão coerente entre a escolha que lhe é dada e a liberdade de escolha. Por todas essas razões, o princípio da autonomia não é considerado liberdade absoluta, mas sim, para determinar o grau em que uma pessoa pode ser livre.

O conflito entre esses princípios está refletido no "Código de Ética Médica" porque os profissionais médicos têm a responsabilidade básica de agir com o máximo cuidado e a melhor competência profissional no atendimento ao paciente, bem como a obrigação de zelar e respeitar o direito de liberdade de escolha em relação aos métodos de diagnóstico ou tratamento, salvo apenas, quando o paciente estiver submetido à risco de morte, pois é o único fator limitante para a vontade do paciente.

Esse conflito está presente nos artigos 24, 31 e 32 do Código de Ética Médica, em que predomina a autonomia da vontade do paciente, e, entre os princípios básicos, o princípio da caridade orienta e garante o desempenho da profissão médica.

Este espaço, tem a intenção de aprofundar o estudo das expressões supracitadas. Embora estejam em escritas diferentes, possuem o mesmo sentido, para o entendimento do Código de Ética Médica (CEM).

O CEM por inúmeras vezes, conforme disposto nos artigos adjuntos abaixo, preceitua a garantia ao paciente capaz, lúcido, orientado e consciente, do direito de decidir livremente sobre procedimentos médicos a serem realizados, bastando com que o médico tenha o dever de informá-lo sobre o procedimento, esclarecendo de forma com que o paciente entenda sobre suas vantagens e riscos, facultando ao mesmo o direito de aceitar ou não, é a chamada recusa, SALVO EM IMINENTE RISCO DE MORTE.

Conforme ficará explícito, a decisão do paciente ordenada pelo CEM se baseia nos direitos e nas garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, bem como em princípios e normas que regem o ordenamento jurídico brasileiro.

Fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da autodeterminação corporal, que designa a uma pessoa sadia o direito de escolha sobre seu próprio corpo, sendo livre para proibir uma cirurgia ou tratamento médico, desde que seja uma escolha consciente.

Tais garantias recaem sobre um dos pontos principais para o artigo em comento, a autonomia do paciente. Autonomia que se traduz no direito da própria pessoa tomar as decisões que afetem sua vida.

Cada ser humano tem suas convicções e sabe sobre o seu próprio limite, a própria Constituição Federal roga pelo respeito a liberdade individual como um direito fundamental, conforme segue:

> 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[...] (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, o Código Civil, em seu artigo 15, dispõe que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. (BRASIL, 2002).

E ainda, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS) tratou expressamente da autonomia do paciente, determinando que:

> Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:
>
> III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; (BRASIL, 1990)

Destacadas as normas vigentes, é descabido pensar que o médico será responsabilizado por ter respeitado a vontade do paciente. Claramente não se deixa dúvidas quanto ao direito do paciente na recusa de tratamentos médicos, tendo autonomia para decidir livre e consciente sobre o que te convém, exceto no determinado iminente risco de morte que o Código de Ética Médica aponta em diferentes artigos da sua íntegra, que seguem:

> Artigo 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.
>
> Artigo 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.
>
> Artigo 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte. (CEM, 2018)

O Conselho Federal de Medicina ainda reconhece que:

> Os artigos 46 e 59 do Código de Ética Médica determinam que todos nós, médicos brasileiros, estamos impedidos de executar procedimentos diagnósticos ou terapêuticos sem o devido e adequado esclarecimento ao paciente, com finalidade de obter seu livre consentimento, salvo, é claro, se estiver em iminente perigo de vida. (CFM, 1990)

Importante frisar o significado da palavra "iminente", o dicionário informal conceitua como: "que está prestes a ocorrer; que se pode realizar a qualquer momento: tragédia iminente."

E para estes casos a legislação concede total direito ao médico de rejeitar a recusa, preservando a vida do paciente, como o previsto na Resolução Nº 2.232/2019 do CFM, qual seja:

Art. 5º A recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito.

> § 1º Caracteriza abuso de direito:
>
> I – A recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros.
>
> II – A recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação." (CFM, 2019)

Seguindo o mesmo sentido:

> Art. 11. Em situações de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte, o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica." (CFM, 2019)

Reportando ao caso em análise na presente pesquisa, o paciente não estava em iminente risco de morte, uma vez que a infecção se generalizou posteriormente a alta dele do hospital.

Seria adverso caso estivesse, no momento do pedido do paciente com a infecção generalizada, desta feita, sobejaria iminente risco de vida, haja vista o quadro do paciente, uma vez que assinou a alta a pedido estava ciente também dos riscos que poderiam vir a ocorrer com a sua saída do hospital.

A piora do quadro clínico que acarretou o óbito do paciente tem etiologia multifatorial, não sendo comprovado erro médico na intervenção cirúrgica realizada. Por ter acabado de realizar o procedimento cirúrgico o paciente não apresentava iminente risco de vida, devendo, tão somente, o médico apenas acatar a autonomia do paciente e seu direito a alta pedida.

Não somente no caso em comento, mas, em casos similares é de suma importância, quando possível, a presença dos familiares próximos no processo decisório do paciente, embora não tenham o direito na escolha cabendo tal decisão somente ao próprio paciente, é preciso ser justo e pensar que em um possível agravamento e óbito, não será o paciente solicitante da alta a pedida a pessoa que irá ajuizar em face do médico e/ou do hospital, mas sim, os familiares próximos.

Assim sendo, é de muita importância a presença dos familiares no processo decisório do paciente, para frisar que a decisão não cabe aos médicos, vez que deixam cientes dos riscos.

Deste modo, em casos de mais relevância pode ser feito uma avaliação psicológica junto ao paciente solicitante, a fim de determinar se sua decisão realmente está sendo feita de forma consciente.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, reconheceu em sua apelação cível nº 70054988266 que nem mesmo o Estado pode invadir o corpo de um ser humano contra a sua vontade, mesmo pelo motivo de salvar a sua vida, em concordância à Constituição Federal que institui "direito à vida" e não o "dever a vida", como segue:

> **APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL.**
>
> 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida.
>
> 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural.
>
> 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal.
>
> 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina.
>
> 5. Apelação desprovida. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70054988266, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, julgado em 20-11-2013).

Adiante, verifica-se a responsabilidade do médico e o respaldo jurídico que possui quando se depara com essa situação.

RESPALDO JURÍDICO DO MÉDICO

A relação entre o médico e o paciente lembra que quando um paciente é admitido no hospital para atendimento médico, o médico decidirá o momento e as condições da alta. Atualmente, os médicos enfrentam um pedido de alta hospitalar de pacientes. Nesse caso, tendo em conta a segurança jurídica, que medidas devem ser tomadas para proteger os direitos dos médicos?

A raiz dessa situação, é que existe um claro conflito entre respeitar a autonomia do paciente e aprovar a alta ou recusar a solicitação e manter o paciente internado com base no princípio da beneficência. Para esta decisão, é extremamente importante considerar três aspectos: a saúde do paciente que pode sofrer danos, a perda do direito à vida e a responsabilidade médica de garantir a saúde do paciente.

Para se adaptarem a essa situação de fragilidade, alguns hospitais e até os próprios médicos costumam fornecer documentos pré-formatados ou manuscritos assinados pelos pacientes para informá-los do risco de interrupção do tratamento. O objetivo é livrar os médicos das responsabilidades decorrentes.

Embora seja uma boa ideia criar este documento, na maioria dos casos, o documento não tem autoridade para eximir o médico e / ou hospital da responsabilidade pelas consequências dos pedidos de alta.

Em primeiro lugar, é importante esclarecer que a alta hospitalar é um procedimento médico, pois o médico é o profissional que possui a qualificação técnica para determinar o tratamento do paciente. Portanto, a autoridade do médico deve ser sempre considerada, especialmente quando a vida do paciente está em perigo, que é quando o médico não consegue seguir os desejos do paciente e deve continuar o tratamento.

Porém, sob a premissa de que a saúde ou a vida do paciente não está ameaçada, o entendimento será diferente, conforme demonstrado a seguir.

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CREMESP, emitiu o seguinte entendimento no parecer nº 20589/00:

> O paciente que, devidamente esclarecido e sem risco de vida iminente, assume o não cumprimento da determinação médica de permanecer sob tratamento intra hospitalar, desobrigando o profissional de dar continuidade ao tratamento, bem como de emitir receita.
>
> Tal fato deve ficar expressamente documentado no prontuário médico. (CREMESP, 2000)

O Conselho expressou outra opinião antes de transcrever o parecer acima:

> Como consequência, a alta a pedido pode gerar danos à vida e à saúde do paciente, no instante em que ela interrompe o processo de tratamento. Dessa maneira, se após refletir sobe o estado de saúde do recém-nascido o profissional concluir que, efetivamente, a alta agravará a situação do mesmo, ele deverá recusá-la. (CREMESP, 2000)

Por fim, em relação a assinatura do termo ou do pedido de alta, o Conselho de São Paulo também esclareceu:

> Todavia nesses casos, é de boa praxe exigir que ele ou seu representante legal assine termo ou declaração de alta a pedido, a fim de isentar o médico e o hospital de qualquer responsabilidade. (CREMESP, 2000)

Pelas considerações sugeridas, o método mais seguro para o médico é analisar se a vida ou a saúde do paciente está em risco, para não se submeterem à negligência ou imprudência, com o objetivo de se protegerem das consequências civis, criminais e morais, e, utilizarem todos os recursos sociais possíveis para se resguardarem.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Na doutrina atual, a relação que se estabelece entre médico e paciente é contratual, devendo os contratos de prestação de serviços obedecer ao disposto na Lei de Defesa do Consumidor, que é pacífica.

Leo Meyer Coutinho assevera que "o atendimento médico é considerado como um contrato em que as partes são o paciente como contratante e o médico como contratado, sendo o pagamento em honorários ou salários" (COUTINHO, 1997, p. 12).

Porém, em alguns casos, existe um caráter extracontratual, por exemplo, na hipótese do médico que deve prestar ajuda a desconhecidos em emergências. A situação é igual à de um advogado que representa um arguido incondicional. Nesse sentido, o médico não era culpado de assinar o contrato, e o autor era solicitado a provar que era o médico culpado. Porém, na jurisprudência, muitas vezes as pessoas observam a possibilidade de reverter o ônus da prova para beneficiar a vítima quando a verificação é insuficiente.

Nas palavras de Rui Stoco, a reponsabilidade pode ser definida como a obrigação de reparar o dano causado a outem em razão de uma ação ou omissão. *In verbis*:

> A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim **respondere**, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana (STOCO, 2007, p. 87).

Maria Helena Diniz, assim a conceitua:

> Ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado (DINIZ, 2013, p. 56).

A responsabilidade do médico é subjetiva, conforme definido no artigo 951 do Código Civil de 2002, "o profissional é responsável pela indenização quando o dano é causado por negligência, improbidade ou imprudência" (BRASIL, 2002).

Nas palavras de Delton Croce:

> Se denomina responsabilidade médica situação jurídica que, de acordo com o Código Civil, gira tanto na orbita contratual como na extracontratual estabelecida entre o facultativo e o cliente, no qual o esculápio assume uma obrigação de meio e não de resultado, compromissando-se a tratar do enfermo com desvelo ardente, atenção e diligência adequadas, a adverti-lo ou esclarecê-lo dos riscos da terapia ou da intervenção cirúrgica propostas e sobre a natureza de certos exames prescritos, pelo que se não conseguir curá-lo ou ele veio a falecer, isso não significa que deixou de cumprir o contrato. (CROCE, 2002, p. 3)

Complementadas por Fabrício Zamprogna Matielo:

> No que concerne à responsabilidade civil dos médicos, segue-se a regra geral da imprescindibilidade da demonstração da culpa do agente, amenizadas as exigências quanto à prova inarredável e profunda de sua ocorrência ante os termos consignados na legislação, quando a natureza da demanda ou as circunstâncias concretas apontarem para a responsabilidade mediante a produção de elementos de convicção mais singelos. (...) Em princípio, a contratação não engloba qualquer obrigação de curar o doente ou de fazer melhorar a qualidade de vida desfrutada, porque ao profissional incumbe a tarefa de empregar todos os cuidados possíveis para a finalidade última – e acima de tudo moral – de todo tratamento, ou seja, a cura seja alcançada. Todavia, a pura e simples falta de concretização do desiderato inicial de levar à cura não induz a existência da responsabilidade jurídica, que não dispensa a verificação da culpa do médico apontado como causador do resultado nocivo. (MATIELO, 1998, p. 66)

Sendo assim, a modalidade de alta médica em estudo, qual seja, "alta à revelia" está condicionada à alguns fatores determinantes para que não haja responsabilização civil ou penal dos profissionais de saúde, em decorrência de complicações advindas dessa alta.

O que traz uma discussão exacerbada em relação a tal modalidade está em definir o que realmente são situações de "iminente risco à vida". Embora esteja claro que, quem define tais riscos são os médicos, somente eles têm capacidade técnica para definir tais riscos.

Já se sabe que a alta médica hospitalar é prerrogativa do médico, e que todo paciente hospitalizado tem o direito de um médico responsável pela sua internação, assistência e acompanhamento até a alta, sendo dever do Diretor-Clínico do estabelecimento de saúde as providências cabíveis para que isso ocorra.

Sabe-se, portanto, que existem, situações em que a alta poderá ser solicitada pelo paciente, denominando-se a "alta à revelia", porém é necessário distinguir situações em que envolvam iminente risco à vida, daquelas em sentido contrário; somente através de avaliação e parecer técnico poderá haver tal distinção.

Nas situações em que não envolvam iminente risco à vida, preservando o direito constitucional de todos, qual seja "o direito de ir e vir", nem o médico nem o hospital poderá se opor a tal solicitação do paciente ou responsável, estando obrigado a conceder a alta pedida, desde que esteja fartamente documentada a decisão do paciente em sair do hospital.

Ressalta-se que nas situações em que envolvam iminente risco à vida, o médico poderá recusar-se ao pedido do paciente ou responsável legal, portanto é a gravidade ou o iminente risco à vida que deve condicionar a aceitação ou recusa da alta pedida.

Caso a saúde do paciente agrave-se com a concessão da alta a pedido, o profissional que a autorizou poderá ser responsabilizado pela prática do seu ato, assim como o hospital, pois "é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto" (Súmula 341 STF), no caso por omissão de socorro, imprudência ou negligência. Frisa-se também que existe a responsabilidade penal, na modalidade culposa para os crimes de homicídio e lesões corporais, praticados através de imprudência, imperícia ou negligência.

De acordo com o parecer do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, vale dizer que, se a saúde do paciente agravar-se em consequência da alta a pedido, o profissional que a autorizou poderá ser responsabilizado pela prática de seu ato, no caso, por omissão de socorro, imprudência ou negligência. (CREMESP nº 26574/92)

Portanto, quando o paciente ou seu responsável legal estiver devidamente esclarecido de maneira ampla, completa, acessível e de forma isenta, e não estiver em iminente risco de vida, e mesmo assim prefere em não dar seguimento ao tratamento hospitalar optando pela alta, desobriga o profissional de dar continuidade ao tratamento, bem como de emitir receita. Esse fato deverá estar expressamente documentado no prontuário médico.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NO CONTEXTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Conforme visto, a responsabilidade civil do médico é subjetiva e é pacífico na doutrina, que decorre de uma obrigação de meio e não de resultado, conforme artigo 14, § 4 do Código de Defesa do Consumidor. Desta forma, a simples alegação de que o agente cometeu erro e acarretou um prejuízo, não é suficiente para demonstrar que o profissional contribuiu culposamente para a conduta.

Nesse sentido, corrobora o entendimento de Miguel Kfouri Neto:

> Os médicos e advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes. Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência da culpa subjetiva, em quaisquer das suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia. NETO, 2001, p. 192)

A jurisprudência, e, principalmente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, têm enfatizado repetidamente o conceito de responsabilidade civil subjetiva:

> Ação de indenização por danos morais e estéticos. Autora que apresentava um quadro de apendicite. Ausência dos sinais característicos da enfermidade. Diagnóstico, no caso, difícil. Ausência de defeito na prestação de serviços pelas rés. Inaplicabilidade, ademais, à atividade médica a responsabilidade civil decorrente do risco (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil). Arte médica que não é ciência exata. Necessidade, apenas, de que seja dispensado o tratamento adequado, sem garantia de cura. Improcedência da ação reconhecida. Sentença reformada. APELO DO RÉU HOSPITAL SANTA PAULA PROVIDO, PREJUDICADO O RECURSO DA AUTORA." (Tribunal de Justiça de São Paulo - Apelação 994080424203 (6151574000)- Comarca de Origem: São Paulo - Donegá Morandini- 3ª Câmara de Direito Privado – Julgamento em 15/12/2009) (grifos nossos)

> Ação de indenização por danos materiais e morais. Nulidade processual pelo indevido reconhecimento da revelia. Matéria acobertada pela preclusão. Afastamento. Ilegitimidade passiva. Requerido que interveio no tratamento dispensado ao paciente, realizando, inclusive, intervenção cirúrgica. Afastamento do erro. Erro de diagnóstico. Paciente tratado como portador de NEUROCISTICERCOSE, quando, na verdade, padecia de Câncer na cabeça. Efeitos da revelia. Presunção de veracidade que é relativa. Prova documental indica a inexistência de erro de diagnóstico grosseiro. Diagnóstico extraído a partir da realização de exames de ressonância magnética do encéfalo. Afastamento da culpa do médico. Improcedência da ação reconhecida. APELO DO RÉU PROVIDO, PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO DOS AUTORES. (Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação 994080452164 (6129084600) – Comarca de Origem: Poá - Donegá Morandini- 3ª Câmara de Direito Privado – Julgamento em 15/12/2009) (grifos nossos).

Com base no preceito da Lei de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil dos médicos se baseia no sentimento de culpa, denominado de "subjetivo". Além disso, é estabelecida uma obrigação de meio entre profissional e paciente, exigindo a utilização de métodos adequados, atenção e entusiasmo necessários, sem garantia de cura. Devido à imprecisão médica, os médicos só podem ser responsabilizados se forem imprudentes, negligentes ou imperitos. (BRASIL, 1990)

SITUAÇÃO PROBLEMA E DEFESA DO MÉDICO

Expostos os fatores determinantes para a concessão/responsabilização da alta a pedido, passamos a analisar o problema enfrentado para elaboração deste artigo: paciente adulto jovem, realizou cirurgia abdominal e solicita alta hospitalar devido acompanhamento inadequado de equipe médica e perda de confiança da equipe. Em uso de um dreno localizado no abdômen reitera a sua alta imediata. O médico titular assina a alta pedida e 4 dias após o paciente apresenta infecção generalizada e óbito. A esposa do paciente judicializa a alta pedida.

Partindo do início do enunciado, sabemos que esse paciente jovem adulto estava com sua capacidade civil plena e consciente no momento da solicitação da alta. No entanto, não é possível comprovar se o paciente se encontrava em perfeitas faculdades mentais, pois é possível a existência de transtornos psiquiátricos ocultos, ansiedade e nervosismo, uso de medicamentos que alteram o sentido, incapacidade de compreensão, enfim, existem diversos fatores a serem considerados que podem influenciar na capacidade do paciente, até mesmo a própria enfermidade do paciente pode retirá-lo de suas faculdades mentais.

Primeiramente, para se atribuir a responsabilidade a alguém é necessário verificar a existência do nexo causal, ou seja, se a conduta praticada pelo infrator está de acordo com o dano que a vítima sofreu.

No enunciado, é possível verificar que o nexo causal é encontrado na relação do paciente com o médico e o hospital, resultando na alta hospitalar a pedido e na infecção generalizada que levou ao óbito, ligando a ação ao resultado.

Não há no caso, provas cabíveis de que houve de fato um acompanhamento inadequado da equipe médica, portanto, presume-se que por ser um hospital renomado e informatizado, houve sim o cumprimento do dever médico com relação ao paciente. Não estão presentes elementos suficientes capazes de ensejar ao hospital a inadequada conduta que se alega.

Neste caso o mérito está prejudicado, haja vista, a Requerente não conseguir provar o que alega, e o ônus da prova cabe a quem alega e na aplicação in casu não houve prova alguma do alegado.

No decorrer do trabalho, foi demonstrado que o médico não poderia assinar a alta à revelia, apenas se o paciente se encontrasse em iminente perigo de vida. No entanto, do caso em tela, pode-se verificar que no momento do pedido de alta, o paciente não se encontrava em risco de morte, uma vez que a infecção se generalizou após a alta dele do hospital. Se quando o paciente solicitou a alta estivesse com a infecção, a vida dele estaria em risco e a alta seria equivocada, o que não é o caso.

As razões para a deterioração do quadro clínico que levam à morte do paciente são múltiplas e não foram encontrados erros médicos na intervenção cirúrgica. Por ter acabado de concluir o procedimento cirúrgico o paciente não estava sob iminente perigo de vida, e, restava ao médico respeitar a autonomia do paciente e o direito de alta.

Não há que se falar em negligência e imperícia dos funcionários, nem tampouco do hospital, pois negligência e imperícia, são respectivamente, não tomar os devidos cuidados e não possuir técnicas e conhecimentos adequados.

Importante demonstrar entendimento jurisprudencial a esse respeito:

> CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PROCEDIMENTO MÉDICO QUESTIONADO. RESPONSABILIDADE. OBRIGAÇÃO DE MEIO. NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA OU IMPERÍCIA NÃO CONFIGURADAS. NEXO DE CAUSALIDADE INDEMONSTRADO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO AFASTADA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> À míngua de provas do nexo causal entre a atuação médica e a alegada lesão sofrida pela paciente, não há falar em caracterização da responsabilidade civil subjetiva e em direito à indenização, sobretudo quando o facultativo atuou dentro das normas e técnicas reconhecidas e aprovadas pela ciência médica, valendo-se de métodos adequados, agindo de forma prudente e perita. (TJ-SC – AC: 588787 SC 2010.058878, Relator: Luiz Carlos Freyesleben, Data de Julgamento: 17/12/2010, Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Criciúma).

Não há de se falar em responsabilidade civil do médico, pois como bem ensina Gonçalves:

> Comprometem-se os médicos a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Serão, pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia". Dispõe ainda o CDC em seu artigo 14, § 4º que "a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa. (GONÇALVES, 2020, p. 20)

Como dito alhures, o médico possui respaldo de pareceres e normas próprias da área, e, segundo o parecer nº 124/2017, do Conselho Regional de Medicina, se a alta a pedido persistir há a necessidade da assinatura do termo de responsabilidade ou termo de alta a pedido. Conforme abaixo:

> Se após o médico informar (...) sobre as vantagens e desvantagens da alta solicitada, esses insistirem no pedido de alta, e o médico aceitá-lo, deve-se redigir o "Termo de Responsabilidade" assinado pelo paciente ou seus responsáveis. (CRM, 2017)

Esse mesmo parecer, ainda diz que "todos os fatos devem ser registrados no prontuário médico, no sumário de alta, rigorosamente" e é de grande valia "documentar que os riscos, vantagens e desvantagens foram devidamente explicados" ao paciente e seu acompanhante, uma vez que a informação é uma das ferramentas para esse processo. (CRM, 2017). Vale salientar que, mesmo tendo solicitado a alta a pedido, o paciente ou seus familiares poderão solicitar nova internação, o que deveria ser feito no caso em assunto, quando verificou o agravamento do quadro do paciente que já estava em sua casa.

Como a medicina não é uma faculdade exata, não há como quantificar e saber quando o paciente está sob risco iminente de morte, uma vez que a doença pode mudar o curso rapidamente e precipitar complicações.

A recomendação formal é de que se faz necessário, esclarecer o máximo possível a situação, tanto ao paciente quanto aos seus familiares, relatar tudo no prontuário, com o máximo de detalhes possíveis, assinar o termo de alta a pedido, deixando claro que o paciente pode retornar caso mude de ideia ou necessite, e, se for o caso, comunicar as autoridades competentes.

A alegação ilusória do Autor põe em dúvida a realidade dos fatos e prejudica a sua razão jurídica. Portanto, constata-se a ausência dos elementos que possam constituir um suposto erro médico, pois, como supra demonstrado, o procedimento adotado pelo médico possui respaldo na literatura médica e demais instruções de que a profissão dispõe.

O Código de Ética Médica é um norteador da conduta médica, trazendo em seu esboço um conjunto de normas de conduta profissional, ao tratar dos princípios fundamentais, já citados e transcritos, garante também os direitos do médico, aponta seus deveres e enfatiza em especial como dever do médico a publicidade de seus atos, através do termo de consentimento informado, do dever da informação

e o dever da documentação, sendo este termo de consentimento informado, é a tradução documental do direito à informação e autonomia de vontade.

Neste documento o próprio CEM, define que o médico deverá informar e esclarecer o paciente ou representantes legais o tratamento a ser realizado como prognostico, diagnósticos, riscos e objetivos do tratamento proposto, para que o mesmo completamente esclarecido dos fatos possa assim tomar sua decisão. O termo de Consentimento Informado deve ser assinado pelo próprio paciente ou em caso de impossibilidade dele, deve ser assinado por algum de seus representantes legais.

No intuito de apresentar uma solução para essa situação, com o estudo realizado, a melhor forma de se manter protegido de uma futura ação e responsabilização pela alta a pedido seria: explicar quantas vezes forem necessárias ao paciente, com detalhes sobre os riscos e consequências que a alta a pedido pode acarretar.

Caso não seja suficiente e o paciente insistir na alta, pode-se explicar novamente na presença de testemunhas, principalmente a enfermeira de plantão.

Se não der certo, para se resguardar e comprovar que agiu da forma correta, pode-se chamar a família, avisar a direção do hospital, acionar o serviço social, a polícia e o conselho tutelar, enfim, o máximo de pessoas para se envolverem com a causa, dividindo a responsabilidade e servindo como testemunha de que o médico está fazendo o possível para manter o paciente na unidade, lembrando sempre de registrar todo o ocorrido no prontuário.

Além disso, é preciso deixar claro que não concorda com a alta a pedido e não pedir a assinatura do paciente em qualquer tipo de termo, pois se o médico não pede para o paciente assinar o termo, ele não tem qualquer participação na saída do paciente da unidade, uma vez que o termo assinado seria uma permissão para deixar a unidade e que não foram tomadas todas as providências para evitar um desfecho ruim.

Os direitos do paciente não seriam violados, uma vez que ele vai se ele quiser e se as autoridades acionadas autorizarem.

Portanto, seria vantajosa, a “evasão hospitalar”, utilizada por alguns médicos na prática, e que acarretaria o máximo um processo por não autorizar a alta e não um processo de indenização por danos causados ao paciente e a família, como no caso. Desta forma, o médico estaria resguardado em seus direitos e sofreria, na pior das hipóteses, um processo menos moroso, que acarretaria menos prejuízos às partes.

No caso em estudo, faz-se necessário demonstrar a defesa do paciente.

Sabe-se que a utilização de drenos se dá para que líquidos que possam provocar infecções ou hemorragias, possam ser drenados, sendo assim, há a necessidade de acompanhamento médico de perto para que essa drenagem possa ser controlada e, caso venha a apresentar problemas, como por exemplo insuficiência, o médico possa realizar a intervenção necessária para que o problema venha a ser solucionado imediatamente.

Como visto no problema acima, o paciente estava fazendo uso de dreno no abdômen, portanto, presume-se que ele se encontrava sob iminente risco de vida, haja vista que se a drenagem não fosse realizada de forma correta poderia trazer complicações para ele.

Quando o paciente solicita a alta pedida o médico titular assina a mesma, mesmo sabendo que o paciente encontra-se em iminente risco de vida, portanto o médico em questão não fez o uso correto de sua prerrogativa, qual seja, a alta médica hospitalar, onde nesse caso/problema apresentado deveria prontamente recusar tal solicitação do paciente e com isso ao assinar a alta, age de maneira negligente, pois sabia do real estado de saúde do paciente, onde o mesmo necessitava de cuidados médicos hospitalares adequados e que acarretou em seu óbito quatro dias após a concessão da alta pedida.

Embora, o presente trabalho tenha como objetivo trazer uma solução plausível para o hospital quando o mesmo se deparar em situações como estas, depois de esgotadas todas as determinantes que envolvem a alta pedida, fica evidente no problema apresentado, que houve negligência médica, ficando impossível nesse caso apresentar uma defesa ao hospital, pois nesse caso não só o médico responderá pela prática de seu ato mas também o hospital.

Como solução para que esse tipo de conduta não venha ocorrer novamente, sugere-se a criação de cartilhas a serem seguidas, embora os médicos já tenham tal conhecimento, mas seria uma maneira de reforçar os procedimentos a serem seguidos no caso de alta pedida.

CONCLUSÃO

Ao chegarmos ao final deste trabalho, consideramos que conforme dito alhures, cabe ao médico, e, é ele que tem prerrogativa para autorizar um pedido de alta feito pelo paciente, por ser ele quem detém o conhecimento técnico para definir se o paciente tem condições de ter alta ou de dar continuidade no tratamento em outra instituição hospitalar, ou, até mesmo em sua residência.

Para isso, é necessário que o médico avalie e verifique de que não se trata de uma situação em que há risco iminente de morte ou de dano grave irreversível, porque como exposto, se for este o contexto não há que se falar em alta, mesmo à pedido do paciente.

Por outro lado, deve-se considerar que ninguém pode ser compelido a continuar em uma instituição hospitalar, e, é um direito do paciente não querer se submeter ao tratamento caso não seja seu desejo. Entretanto, a norma determina que é responsabilidade do médico a alta diante à presença de risco iminente de morte ou dano grave irreversível.

Então, é preciso que ocorra um diálogo bem esclarecido entre médico e paciente. A maneira mais sensata para gerar uma segurança tanto para o paciente quanto para o profissional da saúde, seria dialogar quantas vezes necessárias com o paciente para a compreensão da motivação deste pedido, talvez seja algo mal explicado e ele pretende uma alta porque não se sente confortável naquele ambiente.

No entanto, se por mais que o médico converse e esclareça todos os pontos importantes ao paciente, o desejo do paciente de interromper esse tratamento se mantenha, o médico pode autorizar a alta hospitalar, ele na verdade, faz uma recusa terapêutica, ou seja, ele não quer dar continuidade no tratamento na instituição hospitalar.

Para tanto, é necessário que o médico avalie sempre se não se tratam das exceções e portanto dialogando bastante , orientando o paciente e seus responsáveis e familiares de todos os riscos, e, o paciente compreendendo, deve-se reduzir à termo, conhecido como termo de alta à revelia, ou, termo de alta a pedido mesmo sabendo que esta última nomenclatura não é correta, mas é preciso que esse termo seja assinado pelo paciente, porque numa relação médico- paciente, o paciente será sempre o hipossuficiente desta relação, justamente por falta de conhecimento técnico.

Contudo, não basta somente a assinatura do termo. É preciso que em prontuário o médico tenha explicado todo o processo de esclarecimento dos riscos e consequências daquela interrupção do tratamento. Inclusive ao retirar-se do hospital, é essencial que o médico entregue ao paciente um relatório, mostrando qual era o quadro desse paciente e a motivação da negativa do médico em relação ao pedido de alta.

Uma solução plausível, para que essa conduta não ocorra de forma equivocada, seria a disponibilização de cartilhas a serem seguidas, explicando os procedimentos para cada situação, embora seja necessária uma análise individual de cada caso, mas seria uma forma de manter os envolvidos informados do que pode ocorrer e o que deve ser feito diante de uma alta a pedido.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Ministério da Saúde. Portaria nº 1.820, de 13 de agosto de 2009**. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários de saúde.

BRASIL. **Código de defesa do consumidor. Lei 8.078 de 11/09/90**. Brasília, Diário Oficial da União, 1990.

BRASIL. **Código civil, 2002**. Código civil. 53.ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

BRASIL. **Lei 8080 de 19 de setembro de 1990**, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>, e o Decreto 7508/11, de 28 de junho de 2011 que dispõe sobre a organização do SUS. Aceso em: 20/10/2020

BRANDÃO, Jecé Freitas. **Consentimento informado na prática médica**: CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. CFM, Bahia, v. 1, n. 1, p. 1, nov./1999.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmula 341-STF**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/0c2f66f43752d47fb49abeea0badf47a>. Acesso em: 02/10/2020

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

Código de ética médica. **Resolução nº 1.246/88**. Brasília: Tablóide, 1990. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil).

Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.995, de 9 de agosto de 2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Diário Oficial da União. Brasília, p. 269-70, 31 ago 2012. Seção 1.

Conselho Federal de Medicina. **Parecer Consulta nº 26574/92**. Dispõe sobre alta a pedido de recém-nascidos internados, frente ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.232, de 16 de setembro de 2019**. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Seção I, p. 113, setembro, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). Código de ética médica. Resolução nº 1.246/88. Brasília: Tablóide, 1990.

Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. **Parecer-Consulta nº 20.589/2000**. Sobre a obrigatoriedade do fornecimento de receita médica para paciente que tiver alta a pedido. Homologado na RP nº 2.469, em 18 de julho de 2000.

Conselho Regional De Medicina Do Rio Grande Do Sul. **Pareceres Selecionados**: Câmaras Técnicas do Cremers. Porto Alegre: Stampa, 2006. p. 253. 28

CLOTET, Joaquim. **Bioética**: Uma Aproximação. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p. 75.

COUTINHO, Léo Meyer. **Responsabilidade ética penal e civil do médico**. 2. ed. brasília: brasília juridica, 1997. p. 12.

CROCE, Delton. **Erro médico e direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FORTES, P. A. D. C. **Ética e saúde**: Questões éticas, deontológicas e legais. Autonomia e direitos do paciente. Estudo de casos. 1. ed. São Paulo: EPU, 1998. p. 51.

FOUCAULT, Michel. **O nascimento do hospital. In: Machado R, organizador**: Microfisica do poder. 24. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 57-64.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**: Direito civil brasileiro. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 608.

KFOURI, Miguel Neto. **Responsabilidade civil do médico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LAUFFER, Jaciara. **Alta a pedido e suas implicações éticas e legais**. Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 32, nov./2007. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/saude/temas-em-saude/alta_a_pedido/artigo.pdf>. Acesso em: 26 out. 2020.

MATIELO, Fabricio Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998.

MELLO, Im. **Humanização da assistência hospitalar no brasil**: conhecimentos básicos para estudantes e profissionais [monografia] [Internet]. 81. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

PARECER CRM-MG Nº 124/2017 – **PROCESSO-CONSULTA Nº 5.842/2016** PARECERISTA: Cons. Jorge Geraldo Tarabal Abdala

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: Volume 2: Parte Especial Arts. 121 a 183. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 306.

REY, Luis. **Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003. p. 40.

São Paulo: **CREMESP**, 2001. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

São Paulo. **Lei Estadual nº 10.241/1999**. Define os direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo. São Paulo: Assembleia Legislativa de São Paulo; 1999.

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

TIMI *et al*. **A influência do direito no exercício da medicina**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revinter, 2004. p. 31.

Tribunal de Justiça de São Paulo - **Apelação 994080424203 (6151574000)** - Comarca de Origem: São Paulo - Donegá Morandini- 3ª Câmara de Direito Privado – Julgamento em 15/12/2009

Tribunal de Justiça de São Paulo – **Apelação 994080452164 (6129084600)** – Comarca de Origem: Poá - Donegá Morandini- 3ª Câmara de Direito Privado – Julgamento em 15/12/2009

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – **Apelação 70054988266** – Relator: Irineu Mariani, Data de Julgamento: 20/11/2013. Primeira Câmara Cível. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/11/2013

TJ-SC – **AC: 588787 SC 2010.058878**, Relator: Luiz Carlos Freyesleben, Data de Julgamento: 17/12/2010, Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n., de Criciúma.

Av. Higino Muzi Filho, 1001
Marília - SP

ESTUDOS JURÍDICOS E INOVAÇÃO

O DIREITO NA PRÁTICA

FERNANDA MESQUITA SERVA • FRANCIS MARÍLIA PÁDUA • HELOÍSA HELOU DOCA

A presente obra retrata uma nova proposta de Trabalho de Conclusão de Curso para os alunos do curso de Direito da UNIMAR (Universidade de Marília). Ela é composta pelos trabalhos desenvolvidos por alunos e seus professores ao longo do ano de 2020, sendo que cada capítulo se refere a um TCC, no total de vinte. O formato não se prendeu apenas ao desenvolvimento de artigos científicos, mas também de pareceres, recomendações ou outros produtos, trazendo uma proposta prática e concreta para a aplicação do conhecimento obtido na pesquisa para além dos muros da Universidade. O resultado foi bastante gratificante! Os ganhos obtidos para alunos, professores e comunidade são evidentes, pois, pesquisas realizadas com propósitos ressignificam não apenas o processo de ensino e aprendizagem, mas também tornam cada vez mais estreita a relação da Universidade com a comunidade. Assim, cada dia mais, a história da Unimar se confunde com a história da cidade de Marília.

Afinal, Marília é a terra da Unimar.