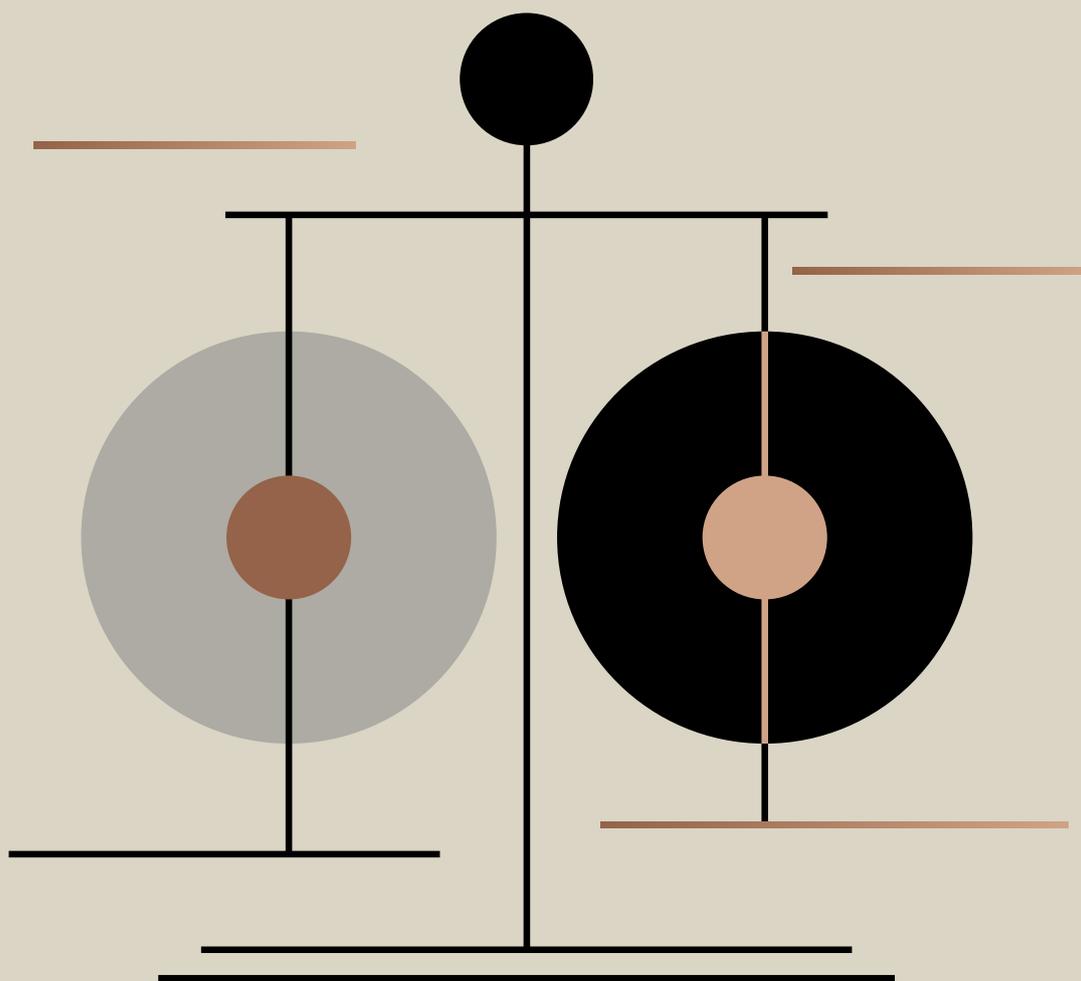


CLÁUDIA DE MORAES MARTINS PEREIRA
JEFFERSON ORTIZ MATIAS
MÁRCIA CRISTINA NERY DA FONSECA ROCHA MEDINA
MARCO AURÉLIO DE LIMA CHOY
NAIRA NEILA BATISTA DE OLIVEIRA NORTE
VÂNIA MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO MARQUES MARINHO



**DIREITO EM TRANSFORMAÇÃO:
REFLEXÕES SOBRE
TEMAS CONTEMPORÂNEOS**



CLÁUDIA DE MORAES MARTINS PEREIRA
JEFFERSON ORTIZ MATIAS
MÁRCIA CRISTINA NERY DA FONSECA ROCHA MEDINA
MARCO AURÉLIO DE LIMA CHOY
NAIRA NEYLA BATISTA DE OLIVEIRA NORTE
VÂNIA MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO MARQUES MARINHO
Organizadores

**DIREITO EM TRANSFORMAÇÃO:
REFLEXÕES SOBRE
TEMAS CONTEMPORÂNEOS**



Editora Amazônia Et Al

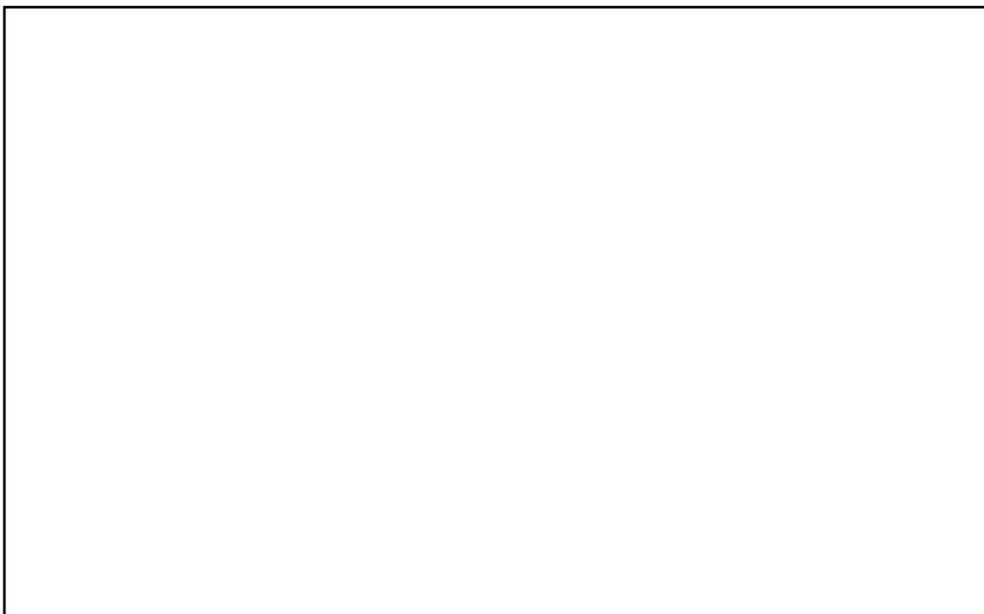
Av. Carvalho Leal, 1336, 2º andar - Cachoeirinha

CEP: 69.065-001 - Manaus-AM

Telefone: (92) 99301-8186

www.amazoniaetal.com.br

E-mail: contato@amazoniaetal.com.br



A reprodução parcial ou total desta obra, por qualquer meio, somente será permitida com a autorização por escrito da editora. (Lei nº 9.610 de 19.02.1998).

CLÁUDIA DE MORAES MARTINS PEREIRA
JEFFERSON ORTIZ MATIAS
MÁRCIA CRISTINA NERY DA FONSECA ROCHA MEDINA
MARCO AURÉLIO DE LIMA CHOY
NAIRA NEYLA BATISTA DE OLIVEIRA NORTE
VÂNIA MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO MARQUES MARINHO
Organizadores

**DIREITO EM TRANSFORMAÇÃO:
REFLEXÕES SOBRE
TEMAS CONTEMPORÂNEOS**

1.^a Edição - Copyright© 2024 dos autores
Direitos de Edição Reservados à **Editora Amazônia Et Al.**
DOI: **10.29327/553011**

O conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) respectivo(s) autor(es). As normas ortográficas, questões gramaticais, sistema de citações e referencial bibliográfico são prerrogativas de cada autor(es).

Editora-Chefe: **Mariana Balduino**
Revisão: **Erison Soares e autores**
Capa e Projeto Gráfico: **Franklin Carioca Cruz**

Conselho Editorial

Presidente

Dr Wagner de Deus Mateus

Sec. de Educação do Amazonas (SEDUC, Manaus/AM)

Membros

Dra Aldeniza Cardoso de Lima

Universidade Federal do Amazonas (UFAM, Manaus/AM)

Msc Eduardo Balduino

Faculdade Estácio do Amazonas (Manaus/AM)

Dra Klenicy Kazumy de Lima Yamaguchi

Universidade Federal do Amazonas (UFAM, Coari/AM)

Dra Klaudia Sadala

Universidade da Amazônia (Unama, Belém/PA)

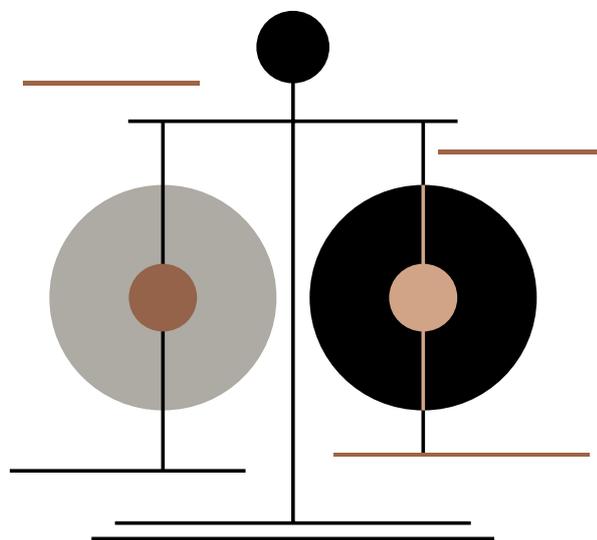
Dra Rosilene Gomes da Silva Ferreira

Universidade do Estado do Amazonas (UEA, Manaus/AM)

Dra Rubia Alegre Ferreira

Universidade do Estado do Amazonas (UEA, Manaus/AM)

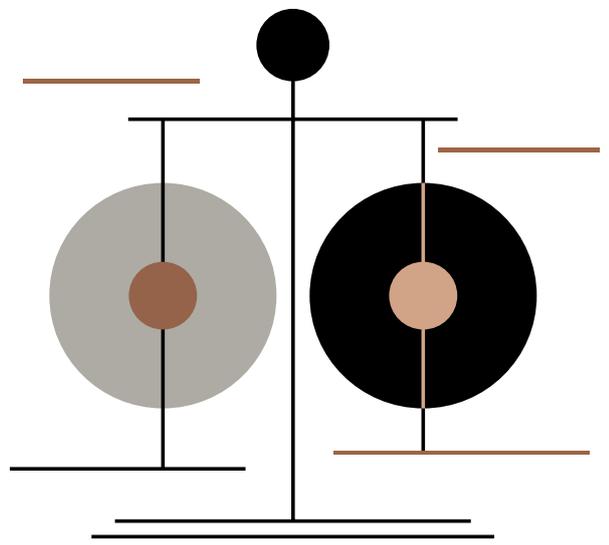
Sumário



PREFÁCIO	07
1 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM E AS CONTROVÉRSIAS ACERCA DA EXIGÊNCIA DE CONSENTIMENTO ESCRITO	09
DOI:	
2 MÃES NO MUNDO CORPORATIVO: CONFLITOS JURÍDICOS E DESAFIOS NA BUSCA POR IGUALDADE PROFISSIONAL	28
DOI:	
3 IMPENHORABILIDADE DO SALÁRIO NA EXECUÇÃO TRABALHISTA	44
DOI:	
4 UMA UNIVERSIDADE PÚBLICA INTEIRA FINANCIADA POR UM PÓLO INDUSTRIAL DA AMAZÔNIA: a Universidade do Estado do Amazonas e um possível novo modelo de Hélice Tríplice	66
DOI:	
5 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PERANTE O PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE SOBRE O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E OS IMPACTOS NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	75
DOI:	
6 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA E OS 18 ANOS DA LEI MARIA DA PENHA	91
DOI:	
7 OS LIMITES DA EXPOSIÇÃO: A PRÁTICA DE MONETIZAR CRIANÇAS NAS MÍDIAS DIGITAIS E A EXPLORAÇÃO INFANTIL	107
DOI:	

8	A MAIS VALIA NO DIREITO: A INTRODUÇÃO DAS INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS NOS ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA DE MASSA E A MECANIZAÇÃO DO TRABALHO.....	122
	DOI:	
9	A NOVA LEI DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E OS IMPACTOS NA IMPLEMENTAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	137
	DOI:	
10	A INFLUÊNCIA DA PORTARIA MDIC 2.091/2018 NA INDÚSTRIA 4.0 DA ZONA FRANCA DE MANAUS: UM NOVO PARADIGMA	155
	DOI:	
11	A DISPOSIÇÃO DO CORPO NO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS: UMA CRÍTICA MORAL E JURÍDICA À PROIBIÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	174
	DOI:	
12	ABANDONO AFETIVO E DANO MORAL: UMA ANÁLISE SOBRE OS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL	193
	DOI:	

Prefácio



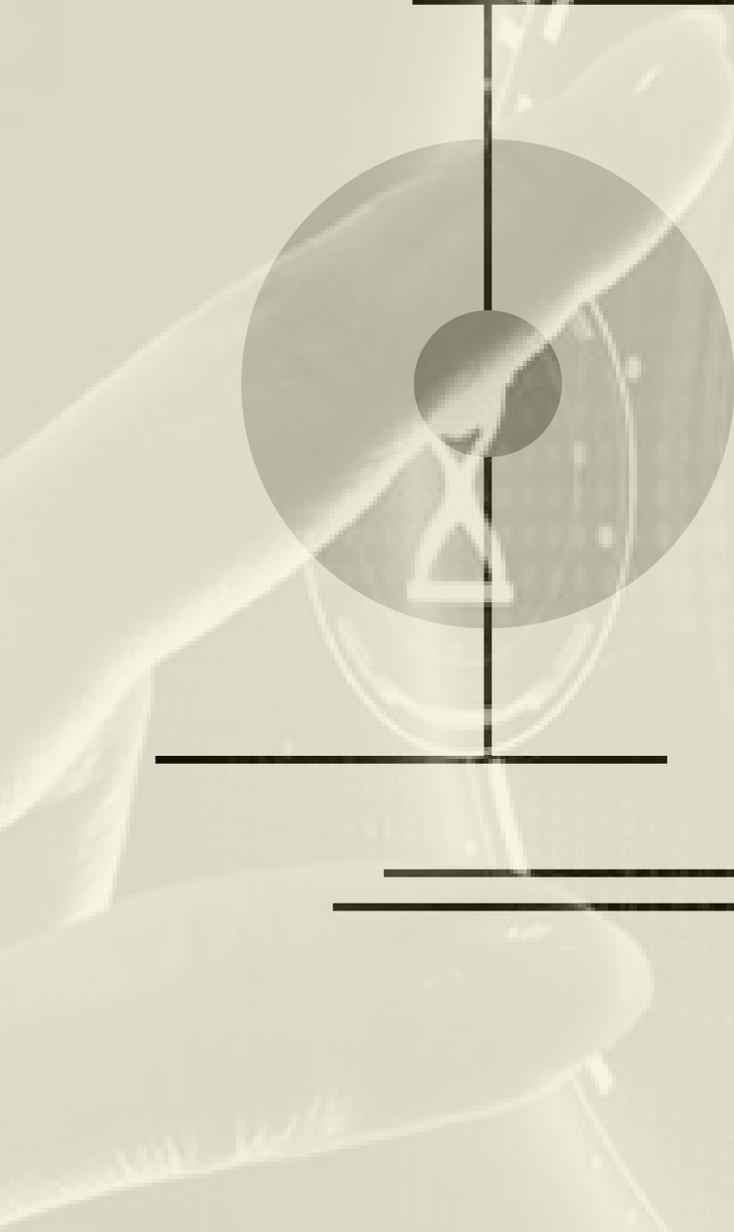
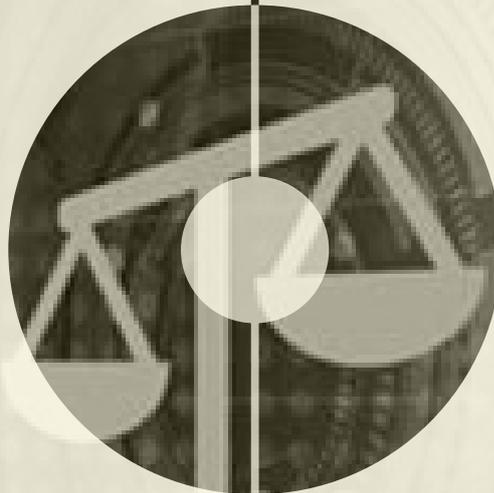
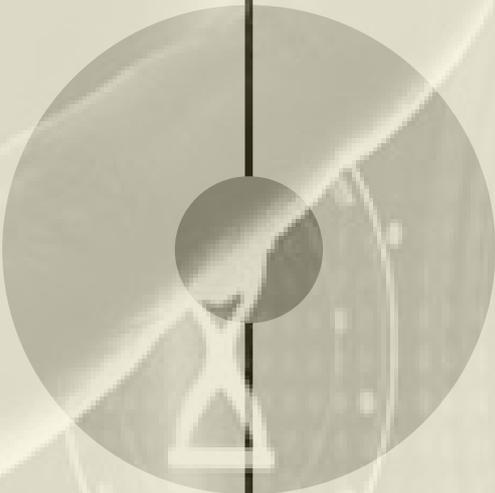
O Direito, enquanto ciência social aplicada, possui a singular capacidade de acompanhar, regular e, muitas vezes, antecipar as transformações pelas quais a sociedade atravessa. Em um contexto de profundas mudanças sociais, tecnológicas e culturais, a obra “Direito em Transformação: Reflexões sobre Temas Contemporâneos” apresenta-se como uma contribuição indispensável para o entendimento dos desafios que emergem no âmbito jurídico.

Cada capítulo deste livro reflete a complexidade e a transversalidade do Direito, abordando questões que ocupam um lugar central nas discussões contemporâneas. Desde os desafios éticos e jurídicos da inteligência artificial, passando pela judicialização da saúde, até os debates sobre reprodução assistida e os impactos da legislação no mundo corporativo, a obra oferece uma análise robusta, fundamentada e interseccional sobre os principais dilemas enfrentados pelos operadores do Direito e pela sociedade.

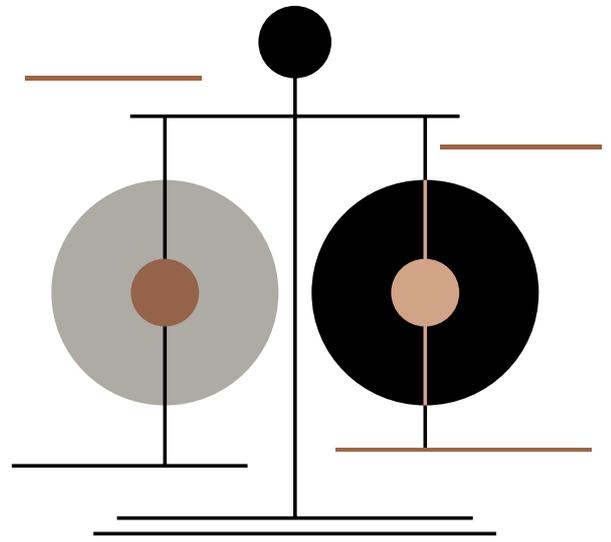
O que confere a esta publicação sua relevância científica é a abordagem multidisciplinar e crítica de seus autores. Com base em rigorosa pesquisa teórica e prática, os textos reunidos proporcionam não apenas o aprofundamento em temas específicos, mas também ampliam a compreensão do Direito como um fenômeno dinâmico, capaz de interagir com as mais diversas dimensões da vida social.

Neste sentido, o leitor encontrará reflexões que não se limitam ao diagnóstico dos problemas, mas que também oferecem perspectivas inovadoras e fundamentadas para a construção de soluções jurídicas que dialoguem com os valores constitucionais e os direitos fundamentais. A obra é, portanto, um instrumento valioso tanto para acadêmicos e pesquisadores quanto para profissionais que atuam diretamente na aplicação do Direito.

Alcian Pereira de Souza



1.



A REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* E AS CONTROVÉRSIAS ACERCA DA EXIGÊNCIA DE CONSENTIMENTO ESCRITO

1. INTRODUÇÃO

No passado, em virtude das demandas de pacientes, foi necessário que o Conselho Federal de Medicina (CFM) dispusesse, por meio de resoluções, sobre a conduta ética dos médicos na realização das técnicas de reprodução assistida. A primeira resolução (CFM - nº 1.358) a estabelecer direcionamentos deontológicos da conduta médica foi publicada em 1992; outras tantas vieram a seguir, sendo a mais recente a Resolução nº 2.320/2022.

Nesse ínterim, convencionou-se que a utilização, pelo cônjuge, do material genético do(a) parceiro(a) falecido(a) deveria constar de documento à parte, por escrito, contendo manifestação expressa do(a) de cujus, para que fosse possível sua utilização para fins reprodutivos. Contudo, a exigência de consentimento expresso, por escrito, pode ser bastante questionável, pois as resoluções deveriam limitar-se à regulação da conduta ética dos médicos, não possuindo o poder de interferir no interesse privado dos partícipes das técnicas reprodutivas post mortem.

Tendo em vista que o entendimento acerca da necessidade de declaração de vontade expressa, por escrito, enfrenta importantes dilemas, além de apresentar complicações de ordem prática e teórica, este estudo tem por objetivo analisar a necessidade do consentimento expresso, na forma escrita, como único meio válido de expressão de vontade para a utilização de gametas e embriões em técnicas de reprodução assistida após a morte. Com esse propósito, a pesquisa emprega uma abordagem indutiva para investigar a interseção entre o fenômeno social da reprodução assistida póstuma e a teoria contemporânea do direito, possibilitando uma análise detalhada de casos específicos e abordagens legais, com o intuito de examinar as controvérsias em torno da referida exigência.

Cumprido destacar que essa problemática em torno do consentimento apresenta grande relevância social, em virtude do crescente interesse pela utilização desses métodos reprodutivos. Noutro giro, a temática possui proeminente pertinência para o campo jurídico, pois, em razão do vácuo normativo que circunda o assunto, a doutrina, o legislador, tribunais e demais operadores do direito terão de enfrentar a temática em comento, o que inevitavelmente exigirá a análise e consulta de pesquisas que tratem do tema.

Outrossim, embora o problema que circunda a forma de declaração de vontade se revele central nas controvérsias acerca da reprodução assistida *post mortem*, há necessidade de novas produções científicas, uma vez que poucas pesquisas foram realizadas com o necessário tratamento que a complexidade da questão exige, motivo pelo qual o presente trabalho pretende apresentar novas contribuições ao debate, em especial, em âmbito jurídico.

1 Graduando do Curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas – UEA.

2 Professora Doutora do Curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas – UEA.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

Maria Helena Diniz ensina que a reprodução assistida consiste num conjunto de operações que tem por objetivo combinar os gametas femininos e masculinos, para fins de procriação, podendo ser realizado por dois métodos distintos: ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Tranfer*) e GIFT (*Gametta Intra Fallopian Tranfer*).

Segundo a autora, enquanto no primeiro método há a manipulação externa dos gametas masculinos e femininos, fecundando-se o óvulo na proveta, para depois inserir o embrião formado na mulher; o segundo se processa mediante inoculação do sémen, dispensando-se a manipulação externa de materiais genéticos reprodutivos, como ocorre no primeiro método.³ Além disso, a fecundação pode ser homóloga, quando é utilizado o sémen e o óvulo do casal, ou heteróloga, hipótese em que há utilização de material genético de um doador⁴.

Nesse contexto, tendo em vista o impacto no campo da reprodução humana e a complexidade das questões abarcadas, a reprodução assistida desencadeia acaloradas discussões relacionadas à ética e ao Direito. De acordo com Tremellen e Savulescu, o procedimento de concepção postúma varia de forma significativa em cada país. Por exemplo, no Canadá, na Alemanha e na Suécia a prática é proibida. Por outro lado, a reprodução assistida é permitida em outros países, como é o caso do Reino Unido, mas desde que haja autorização prévia, ou seja, em vida⁵.

Ainda no assunto, no que toca aos países que permitem a prática da reprodução *post mortem*, um Estado nacional se destaca pelo tratamento peculiar que dispensa ao tema: Israel. Isso porque esse país possui uma regulação bastante flexível, pois permite que a concepção póstuma seja inferida a partir do consentimento tácito, isto é, a reprodução *post mortem* será permitida se for possível concluir, através das ações da pessoa falecida, que deixar descendentes era seu objetivo⁶.

Já no Brasil, em razão do surgimento de demandas acerca da utilização das técnicas de reprodução assistida, somado à omissão legislativa sobre o tema, o Conselho Federal de Medicina, em 1992, editou a Resolução de nº 1.358, a qual tinha por objetivo regular a conduta ética dos médicos na realização das técnicas reprodutivas em análise. No entanto, por se tratar de técnica inovadora àquela época, as principais problemáticas somente surgiram com o passar dos anos, de modo que outras resoluções foram editadas para corrigir esses problemas.

Embora a Resolução nº 1.358/92 não tivesse por escopo tratar especificamente

3 DINIZ, Maria Helena. O estado atual do Biodireito. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 711.

4 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 222.

5 TREMELLEN, Kelton; SAVULESCU Julian. *A discussion supporting presumed consent for posthumous sperm procurement and conception*. *Reprod Biomed Online*. 2015 Jan;30(1):6-13. doi: 10.1016/j.rbmo.2014.10.001. Epub 2014 Oct 13. PMID: 25456161, p. 7.

6 Ravitsky V, Bokek-Cohen Y. *"Life after Death": The Israeli Approach to Posthumous Reproduction*. In: Boas H, Hashiloni-Dolev Y, Davidovitch N, Filc D, Lavi SJ, eds. *Bioethics and Biopolitics in Israel: Socio-Legal, Political, and Empirical Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press; 2018:202-220. doi:10.1017/9781316671986.011

sobre reprodução assistida post mortem, foi marcante por estabelecer que, em caso de falecimento de pelo menos um dos cônjuges, a manifestação de vontade, na forma escrita, selaria o destino dado ao material genético criopreservado para fins reprodutivos.

Este ponto é de suma importância, uma vez que muitos estudiosos do tema e o Poder judiciário passaram a acolher o entendimento de que a manifestação de vontade deveria ser expressa, na forma escrita, sem, no entanto, observar de maneira crítica as implicações legais e constitucionais acerca de tal entendimento.

Posteriormente, foi editada a Resolução do CFM n° 1957/2010, que dispôs sobre a reprodução assistida post mortem, considerando-se tal ato eticamente lícito, desde que houvesse autorização prévia da pessoa falecida, conforme o Capítulo XVIII do Anexo Único:

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente (sem grifos no original).

Nota-se que a normatização se restringe a conduta médica, reputando-se eticamente lícito que um médico realize a aplicação da técnica de reprodução pós-tuma, desde que se observe o consentimento prévio da pessoa falecida.

No entanto, houve uma grande mudança quando a Resolução n° 1957/2010 foi substituída pela Resolução n° 2013/2013, a qual dispôs não apenas sobre a eticidade do procedimento médico, mas passou a tratar da própria autorização da técnica de reprodução assistida pós-morte: “É possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

Não há dúvidas de que, devido a essa mudança, o ato normativo supramencionado é manifestamente inconstitucional, por violação ao art. 22, inciso I⁷, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), pois exorbita da atribuição de regular a conduta médica e passa dispor sobre direito civil. No entanto, a despeito de tais considerações, o regramento sobre a autorização prévia e específica se manteve em todas as resoluções subsequentes.

Nesse contexto, no que toca à exigência de consentimento expresso na reprodução assistida post mortem, Maria Berenice Dias⁸ deduz que a doutrina jurídica foi bastante influenciada pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) em sede de regulação da conduta médica.

Assim, devido à falta de regulação sobre o tema, as resoluções do CFM foram utilizadas para casos que vão muito além da regulação da conduta ética do médico, pois moldaram grande parte do pensamento doutrinário, bem como as decisões judiciais.

A exigência de consentimento expresso, sendo determinado, ainda, a forma especial escrita para a validade do ato, é bastante questionável em razão das várias lacunas que decorrem de tal exigência.

7 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, [...].

8 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

3. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE: O PONTO CENTRAL DA DISCUSSÃO

Segundo os ensinamentos de Miguel Reale, o princípio da autonomia da vontade consiste no “poder que tem cada homem de ser, de agir, e de omitir-se nos limites das leis em vigor, tendo por fim alcançar algo de seu interesse e que, situado no âmbito da relação jurídica, se denomina bem jurídico”⁹.

De forma geral, a doutrina conceitua o princípio da autonomia da vontade como a capacidade que cada pessoa possui para tomar decisões e agir de acordo com os próprios anseios.¹⁰ Assim, a importância desse princípio está no valor que a liberdade individual e a capacidade de autodeterminação representam para o ser-humano enquanto sujeito de direitos, pois a capacidade de as pessoas tomarem decisões e gerir suas vidas deve ser respeitada.

Além disso, tratando-se de relação entre médico e paciente, o conceito da autonomia ganha ainda mais relevância porque se constitui como um dos pilares fundamentais da bioética, na medida em que desempenha função essencial na construção de tomada de decisões relacionadas à saúde e ao bem estar dos pacientes, através do consentimento informado.¹¹

Desse modo, um dos cerne das discussões sobre a reprodução assistida post mortem se concentra na questão do consentimento expresso (aferível de plano, por exemplo, gestual ou verbalmente), prévio ao falecimento, constituindo-se como um argumento tradicional contra a permissão tácita em relação à reprodução assistida após a morte.¹²

Embora não exista na lei quaisquer exigências para a realização das técnicas de reprodução assistida póstuma, conforme observam os irmãos Luciano e Roberto Figueiredo¹³, a doutrina tradicionalmente costuma impor restrições ao uso dessa técnica.

Como antedito, para Maria Berenice Dias, a exigência prévia e específica de consentimento expresso prescrita pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) pode ter influenciado o pensamento da doutrina sobre o tema, de modo que há a tendência de que não se presume o consentimento sem a autorização expressa do falecido ainda em vida¹⁴.

9 REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 179.

10 Essas são as posições de Maria Helena Diniz (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 40-41) e Carlos Alberto Mota Pinto (PINTO, Carlos Alberto Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 102).

11 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado et al. Biodireito: tutela jurídica das dimensões da vida / Ana Carolina Brochado Teixeira... [et al.]; coordenado por Heloisa Helena Barboza, Livia Teixeira Leal, Vitor Almeida. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021; ePub, p. 59.

12 De acordo com K. Tremellen e J. Savulescu, *op cit*, (2015, p. 8), inúmeros pesquisadores aceitam a concepção póstuma se houver consentimento prévio dado pela pessoa falecida, pois, em caso contrário, haveria violação de sua autonomia. No mesmo sentido, em abordagem comparativa entre diferentes Estados na regulação da reprodução assistida *post mortem* (*Posthumous assisted reproduction - PAR*), Vardit Ravitsky e Ya'arit Bokek-Cohen (*op cit*, 2018, p. 2016) observam que a ênfase tradicional se funda no princípio da autonomia.

13 FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. Manual de Direito Civil. Salvador: JusPodvM, 2020. p.1554.

14 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodvM, 2021, p. 223.

Contudo, em que pese a importância da autonomia da vontade, a qual, pela sua importância, deve ser considerada para a resolução do problema, a imposição de consentimento expresso, na forma escrita, é questionável porque não há na lei quaisquer requisitos para a realização de tais técnicas.

Cumpra destacar que a exigência de autorização expressa e específica pelo CFM, para realizar a reprodução pós-morte, é norma com finalidade de reger a atuação da classe médica, de modo que sua utilização para além dessa finalidade suscita interessante questionamento em face de inúmeros princípios constitucionais, como é o caso da legalidade¹⁵.

4. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Segundo Robert Alexy, as normas jurídicas podem ser categorizadas em duas espécies principais: as regras e os princípios. Para o autor, aquelas trazem determinações “no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. Assim, se uma regra é válida para uma realidade concreta, então deve ser aplicada para satisfazer exatamente aquilo que preceitua, “nem mais, nem menos”.¹⁶

Por outro lado, de acordo com o autor, os princípios são mandamentos de otimização e possuem como característica a flexibilidade, de modo que podem ser “satisfeitos em graus variados”. Ademais, a realização dos princípios encontra limites diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes¹⁷.

À vista disso, embora os princípios não ofereçam soluções específicas para o caso concreto, originam diretivas e valores essenciais capazes de orientar a interpretação e a aplicação das regras, conforme os apontamentos de Maria Berenice Dias:

Os princípios constitucionais vêm em primeiro lugar e são as portas de entrada para qualquer leitura interpretativa do direito. Dispõem de primazia diante da lei, sendo os primeiros a ser invocados em qualquer processo hermenêutico¹⁸.

Além disso, outra conclusão a que se chega é a de que os princípios jamais poderão ser considerados absolutos, pois a promoção deles no caso concreto depende das circunstâncias (fáticas e jurídicas) enfrentadas pelo operador do direito. Outrossim, os princípios, se analisados de forma abstrata, possuem pesos iguais, de modo que somente as circunstâncias do caso concreto podem demonstrar qual deles cederá em face do outro

15 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 223.

16 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 93-95.

17 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, pgs. 90-91.

18 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 57.

no caso de colisão¹⁹.

Destarte, questiona-se a aplicabilidade irrefletida do princípio da autonomia, porque não há princípio absoluto à luz da teoria contemporânea do direito. Assim, deve ser afastado o pressuposto de que determinados princípios devem ser aplicados de forma incondicional, sem considerar as circunstâncias específicas de cada caso, sendo necessário, portanto, a abstenção de interpretações rígidas e inflexíveis.

Em contrapartida, deve ser enfatizada a relatividade dos princípios, cujas realizações dependem das peculiaridades de cada caso. Dessa maneira, exige-se do intérprete a busca do equilíbrio, pois devem ser consideradas as diferentes variáveis em jogo. Nesse sentido, uma vez que os princípios não são absolutos, não podem ser afastadas a aplicabilidade e realização de outros princípios que porventura tenham repercussão no caso concreto e igualmente sejam capazes de promover a solução adequada.

Portanto, em matéria de reprodução assistida post mortem, não pode ser dispensado o exame de outros princípios essenciais à análise adequada do problema, como a dignidade da pessoa humana, a afetividade, a solidariedade, o planejamento familiar e a legalidade.

4.1. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade é um dos alicerces mais importantes do sistema jurídico brasileiro, elevado à categoria de garantia fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). Assim, de acordo com art. 5, II, da CRFB/1988, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Dessa forma, em razão da incidência desse princípio no âmbito privado, ao particular é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe²⁰, servindo como garantia de segurança jurídica, a fim de que os partícipes das relações privadas tenham ciência de seus direitos e deveres, bem como saibam das consequências jurídicas de seus atos.

Nesse contexto, tendo em vista a inexistência de normas jurídicas acerca do tema reprodução assistida pós-morte, a exigência de consentimento expresso para a validade do ato, na forma escrita, é inconstitucional e ilegal a um só tempo.

Primeiramente, é considerada ilegal porque apenas a lei pode estabelecer forma especial para a validade da declaração de vontade (art. 107 do Código Civil²¹). Sendo assim, inexistindo regramento específico para a prática de um ato jurídico, este pode ser comprovado por qualquer meio de prova admitido em direito (art 212 do Código Civil²²), inclusive pela presunção de que a autorização para a realização do procedimento médico

19 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 93-95.

20 Sobre as diferentes nuances do princípio da legalidade no Direito público e privado, André Ramos Tavares afirma que “a diferenciação vale-se aqui do velho brocardo segundo o qual ao Poder Público só é lícito fazer aquilo que for previsto em lei, enquanto ao particular é assegurado fazer tudo quanto não seja proibido por lei” (TAVARES, André Ramos Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 334).

21 Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

22 Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I - confissão; II - documento; III - testemunha; IV - presunção; V - perícia.

foi dada pela pessoa falecida, conforme o inciso IV do retromencionado artigo.

Além disso, é considerada inconstitucional porque apenas o Poder Legislativo pode legislar acerca dos direitos civis (art. 22, I, da CRFB/1988), de forma que tanto a Resolução nº 2.320/2022, do Conselho Federal de Medicina, especificamente no tópico VIII, quanto o art. 513, § 2º, do Provimento nº 149/202, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²³, exorbitam de suas atribuições regulamentares.

Cumprir destacar que não se defende uma espécie de autorização presumida para todo e qualquer caso, como se fosse possível imaginar que sempre a pessoa falecida fosse autorizar o uso de seu material genético para fins de procriação porque, nesse caso, não há dúvidas de que tal posicionamento poderia configurar manifesta violação à autonomia da vontade.

Na verdade, o que se defende é a análise mais acurada das circunstâncias do caso concreto, pois é a partir desse momento que se poderá verificar se houve ou não autorização, por parte da pessoa falecida, para o uso dos gametas e embriões criopreservados, independentemente da forma que essa manifestação de vontade se deu. Assim, se a lei não exige forma especial, a existência da autorização pode ser provada por qualquer outro meio de prova permitido pelo ordenamento jurídico.

É necessário, portanto, que a parte interessada prove, de modo robusto, que houve autorização, a qual poderá ser demonstrada inclusive, mediante declaração tácita de vontade, nos termos do arts. 107²⁴ e 212, inciso IV²⁵, do Código Civil Brasileiro.

Logo, as interpretações inflexíveis, as quais elevam a necessidade de consentimento expresso como valor absoluto, devem ser rechaçadas, uma vez que, por inexistir regramento legal específico sobre assunto, há necessidade de realizar interpretação sistemática das normas jurídicas, a fim de resguardar outros princípios constitucionais incidentes no caso concreto²⁶, especialmente o da dignidade da pessoa humana.

4.2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no art. 1º, inciso III, da CRFB/1988, sendo elencado como um dos fundamentos do Estado Democrático de

23 Art. 513, § 2.º Nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados nos incisos do *caput* deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévio e específico do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

24 Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

25 Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I - confissão; II - documento; III - testemunha; IV - presunção; V - perícia.

26 Gilmar Mendes, ao exemplificar a prática de atuação da Corte Constitucional alemã, pondera que não constitui a melhor das técnicas de interpretação o estabelecimento de hierarquias rígidas entre princípios, atribuindo-se prevalência de uns sobre outros. Assim, a melhor solução para casos envolvendo colisão entre direitos fundamentais se dá pelo exame das peculiaridades do caso concreto, de modo a estabelecer “uma ponderação que leve em conta todas as circunstâncias do caso em apreço (*Abwägung aller Umstände des Einzelfalles*), estabelecendo-se uma prevalência condicionada”, determinada caso a caso (MENDES, Gilmar Ferreira Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. (Série IDP – Linha Doutrina) EPUB, pgs. 183-184).

Direito. Esse princípio reconhece que o ser-humano possui um valor singular, que lhe é inerente²⁷, pois, independentemente de qualquer outra circunstância, pelo simples fato de sua condição biológica humana, titulariza direitos que devem ser observados pelos seus semelhantes e pelo Estado²⁸.

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana está intrinsecamente vinculada à compreensão do instituto da família, esfera da vida em que há o desenvolvimento de uma gama de relações íntimas e pessoais entre os indivíduos, de forma que o princípio em comento se manifesta de maneira significativa e especial no âmbito familiar.

À vista disso, uma das nuances da valorização da pessoa humana é o reconhecimento e a proteção das escolhas e decisões nas relações familiares, como é o caso da constituição e do desenvolvimento da família, a fim de enaltecer “a intimidade, a afetividade e a felicidade²⁹ como seus principais valores”³⁰.

Ainda no tema, segundo os ensinamentos de Madaleno, a vinda da CRFB/1988 promoveu uma firme defesa dos elementos que constituem a intrínseca essência humana, pois se elevou o apreço pela singularidade do indivíduo e de sua família.³¹

De acordo com o autor, a família assume o papel de refúgio e instrumento para salvaguardar a dignidade da pessoa. Assim, todas as esparsas disposições relativas ao Direito das Famílias devem ser interpretadas à luz do Direito Constitucional³². Além do mais, deve ressaltar-se as funções informativa, integradora e interpretativa dos princípios constitucionais, especialmente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo ordenamento jurídico. De modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana – como, de resto, os demais princípios fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna – acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização axiológica inerente ao processo hermenêutico-sistemático não esquecendo – e aqui adotamos a preciosa lição de Juarez Freitas – que toda a interpretação ou é sistemática ou não é interpretação³³.

No mesmo sentido, Novelino afirma que, no cerne do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade da pessoa humana é reconhecida como o valor supremo

27 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 98.

28 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 100.

29 No âmbito das relações familiares, em julgado sobre a união homoafetiva, o Supremo Tribunal federal (STF) já reconheceu que a busca da felicidade deriva da valorização da dignidade da pessoa humana, alegando que “assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana” (STF, RE 477554 AgR MG, Rel. Min. Celso de Mello. 2ª T., j. 16/08/2011).

30 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 86

31 MADALENO, Rolf. Direito de Família. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 122.

32 MADALENO, Rolf. Direito de Família. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 122.

33 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 80;

constitucional. Dessa forma, não apenas orienta as decisões em casos concretos, mas principalmente serve como guia fundamental para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica como um todo, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais ³⁴.

Nesse contexto, a análise sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida pós-morte demanda um exame mais aprofundado do que aquele que ocorre atualmente, com foco excessivo numa suposta promoção da autonomia da vontade, o que pode acarretar a desvalorização de outros valores e princípios constitucionais igualmente importantes.

É dita suposta, pois, para todo e qualquer caso, a alegação de autonomia se faz presente para rechaçar o interesse jurídico que o consorte sobrevivente tem sobre os gametas e embriões criopreservados da pessoa falecida, ignorando-se a situação concreta, observável através da conduta do indivíduo em vida, que pode demonstrar que o de cujus consentiu em ter a prole.

Logo, o metaprincípio da dignidade da pessoa humana ocupa posição de destaque e funciona como parâmetro de primazia no processo hermenêutico. Assim, conforme se observa pelo tratamento que a CRFB/1988 lhe confere, a dignidade da pessoa humana serve de fundamento para inúmeros valores, como são exemplos a afetividade e o planejamento familiar, os quais são imprescindíveis para solução da problemática em torno da reprodução assistida post mortem.

4.3. O PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O princípio do planejamento familiar³⁵ representa a valorização da capacidade de as pessoas, em particular dos casais, realizarem escolhas conscientes e voluntárias sobre a formação da família³⁶. Segundo Maria Berenice Dias, nem o Estado e nem a sociedade podem determinar limites e exigências para a realização desse direito. Para a autora, “o planejamento familiar significa a realização do sonho da maternidade”.³⁷ De igual modo, Farias e Rosenvald também sustentam a existência de um direito à procriação:

Ademais, a afirmação do planejamento familiar como obrigação positiva imposta ao Estado traz consigo, como corolário, o reconhecimento de um direito (constitucional) à concepção. Um direito de ser pai e mãe, seja através do critério natural (relacionamento sexual), seja por meio de critério artificial (fertilização medicamente assistida). Daí a perfeita síntese de Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz: “Assim como a contracepção, o direito à concepção, seja natural ou artificial, encontra-se inserido no direito

34 NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 16. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 297.

35 Essas são as posições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. 9. ed. rev. e atual - Salvador: Ed JusPodivm, 2016, p. 112) e Rodrigo da Cunha Pereira (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 630), entre outros.

36 Em referência ao planejamento familiar, Rodrigo Cunha Pereira (*Op. Cit.*, 2021, p. 210) afirma que “este princípio que autoriza mulheres e homens escolherem a forma de constituição de famílias, com filhos ou sem filhos, de acordo com suas necessidades e desejos”.

37 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 210.

ao planejamento familiar, do qual todas as famílias podem se valer”³⁸.

Embora seja certo que o planejamento familiar não se resume a um mero direito à procriação ou à maternidade³⁹, as assertivas acima reforçam o direito à formação familiar. Não cabe, portanto, estabelecer formalidades não previstas em lei, como é o caso da forma escrita da declaração de vontade, ou ainda o modo dessa manifestação, pois isso significaria uma intervenção violadora do planejamento familiar feito pelos interessados.

Assim, ainda que ausente o consentimento expresso, na forma especial escrita, mas desde que seja possível inferir que a pessoa falecida consentiu⁴⁰ em ter filhos mediante o uso das técnicas de reprodução assistida, deve ser assegurado o direito ao uso dos embriões e gametas criopreservados, uma vez que é garantido o direito à concepção e à manutenção do planejamento familiar, além de que não se pode supervalorizar o consentimento na forma escrita porque a lei não faz tal exigência. Essa é a posição de Gilberto Baumann de Lima:

Um engano muito frequente que deve ser evitado é o de ser o consentimento informado reduzido a um simples formulário, essa ideia imediatista leva a supervalorização de um documento isolado, muitas vezes em detrimento de um conjunto de atos e fatos que poderão confirmar ou negar o próprio conteúdo do termo de consentimento formalizado⁴¹.

Outrossim, conforme preceitua Maria Berenice Dias, não é adequado a presunção de que a morte revoga o consentimento e demanda a destruição do material genético armazenado, uma vez que o projeto parental teve início em vida, o que legaliza e legitima a inseminação post mortem⁴².

Portanto, o planejamento familiar desempenha importante papel para adequada análise do problema em torno do consentimento da pessoa falecida, de maneira que seu conteúdo deve ser considerado, a fim de que uma resposta satisfatória seja dada diante das peculiaridades do caso concreto.

4.4. O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E DA SOLIDARIEDADE

O princípio da afetividade desempenha papel de destaque no âmbito do Direito das Famílias, marcando transformações significativas na perspectiva jurídica sobre as relações familiares. Trata-se de um princípio constitucional implícito que reconhece a importância

38 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Ed JusPodivm, 2016, p. 584.

39 O conteúdo do planejamento familiar engloba aspectos mais amplo do que o simples direito à procriação ou à maternidade, pois se relaciona à formação das famílias como um todo, além de que abarca também o direito à paternidade.

40 Por exemplo, é possível que se chegue à conclusão de que houve manifestação de vontade expressa, mas não na forma escrita, e sim verbalmente. Ou, ainda, há a possibilidade de que a manifestação de vontade seja tácita.

41 LIMA, Gilbert Baumann. Consentimento Informado na Relação entre Profissionais e Instituições de Saúde e seus Pacientes. Londrina: G. B. de Lima, 2005, p. 28.

42 DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 179.

das relações afetivas na abordagem de questões jurídicas relacionadas à família⁴³.

Sob essa perspectiva, a afetividade ganha primazia sobre questões meramente patrimoniais e se caracteriza pela reciprocidade de sentimentos e responsabilidades, tendo como objetivos basilares a estabilidade das relações socioafetivas e os anseios existenciais humanos, conforme os ensinamentos de Maria Berenice Dias:

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes⁴⁴.

No que toca à reprodução assistida post mortem, o afeto não pode ser desconsiderado, tendo em vista que, para muitas pessoas, o desejo de gerar um filho está intimamente ligado à construção de laços afetivos prévios com seu (sua) parceiro(a), isto é, envolve alto grau de afinidade e parceria na vida em comum.

Assim, observadas as circunstâncias do caso concreto capazes de evidenciar a não oposição da pessoa falecida ao uso de seu material genético criopreservado para fins reprodutivos, a técnica de reprodução medicamente assistida deve ser permitida, pois tal providência preserva os laços de afetividade construídos pelo casal ao longa da relação.

Outrossim, entendimento contrário, além de violar o planejamento familiar, penaliza demasiadamente o cônjuge sobrevivente, na medida em que seria obrigado a estabelecer novos laços afetivos, caso quisesse realizar o interesse existencial de ter filhos.

Porém, o estabelecimento de uma nova relação pode não ser de interesse do (a) parceiro (a) sobrevivente (a), justamente pelos fortes laços construídos na relação com a pessoa falecida, além de que, a depender da idade e do gênero, o direito existencial de ter filhos restaria prejudicado, pois as limitações biológicas do corpo humano não mais permitiriam o alcance dessa pretensão. É em razão disso que, na análise do caso concreto, os laços de afetividade constituem-se como um dos fatores a ser verificado para a eventual permissão da técnica de concepção póstuma.

Por outro lado, somente é possível compreender, de maneira adequada, o exato sentido do princípio da afetividade ao analisá-lo em conjunto com o princípio da solidariedade, tendo em vista que, apesar de distintos entre si, apresentam ideias complementares capazes de ampliar seus respectivos sentidos.

O princípio da solidariedade enfatiza a relevância de os membros da família zelarem uns pelos outros, oferecendo suporte emocional, material e afetivo, de modo que a família constitui uma unidade na qual os membros compartilham responsabilidades mútuas⁴⁵.

A ideia de solidariedade é tão crucial para o Direito das Famílias que está presente em diversos dispositivos legais, como o dever de prestar alimentos (1.694 e seguintes do CC), a assistência, o respeito e a consideração mútuos (art. 1566, III e V). Ademais,

43 PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil. Vol. V. Direito de Família. Atual. Tânia da Silva Pereira. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 86.

44 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 77.

45 MADALENO, Rolf Direito de Família. 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 183, EPUB.

no plano constitucional, a ideia de solidariedade pode ser verificada na necessidade de proteção da família (art. 226), bem como as proteções da criança, do adolescente e do idoso (arts. 226, 227 e 230).

Diante do exposto, tratando-se de discussão sobre a realização de reprodução assistida póstuma, a permissão para que o cônjuge sobrevivente utilize o material genético da pessoa falecida, tendo por finalidade a concepção de uma criança, encontra fundamento nos princípios da solidariedade e da afetividade, proporcionando a manutenção e o fortalecimento dos laços familiares, bem como a possibilidade de manter a continuidade da família, conforme previsão constitucional do art. 226⁴⁶, pois a família goza de especial proteção do Estado.

4.5. A PONDERAÇÃO NO CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS

O problema da colisão entre princípios se manifesta nas hipóteses em que a aplicação integral de um deles obstaculiza a realização de um outro. Ocorre que essas espécies normativas representam valores ou diretrizes essenciais capazes de orientar a tomada de decisões em um sistema jurídico. Assim, com a colisão entre tais espécies normativas, surge um grande dilema ético-jurídico, em virtude de não mais ser possível promover ambos os princípios de modo integral e simultâneo.

À vista disso, inexistindo princípios absolutos, é imprescindível analisar-se minuciosamente as circunstâncias particulares de cada caso, levando-se em conta os valores a serem promovidos. Nesse contexto, o método da ponderação desempenha um papel crucial na medida em que visa o equilíbrio entre os interesses em conflito, tendo por fim a busca de uma solução adequada, verificada caso a caso.

Diante dessas premissas, não restam dúvidas de que o princípio da autonomia não pode ser tomado de maneira absoluta frente a outros princípios do ordenamento jurídico. Consequentemente, cabe ao intérprete investigar as circunstâncias do caso concreto que melhor se adequem aos valores que os princípios buscam promover.

Diante desse cenário, os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da solidariedade e do planejamento familiar proporcionam a valorização das escolhas e decisões nas relações familiares, como é o caso das questões existenciais dos envolvidos.

Além do mais, os supramencionados princípios promovem ainda a manutenção e o fortalecimento dos laços familiares, bem como a possibilidade de manter a continuidade da família, de modo a concretizar o planejamento familiar previamente escolhido, o qual não é interrompido com a morte. Assim, ao operador do direito cabe analisar os indicativos presentes em cada caso, para se chegar à conclusão de que o consentimento autorizador para o uso dos embriões e gametas criopreservados foi dado ou não pela pessoa falecida.

Nesse contexto, no que toca à autorização para a concepção póstuma, deve averiguar-se as evidências que suportam (ou não) a anuência dada pelo cônjuge falecido, tais como: o nível de proximidade entre o casal; prévios procedimentos em clínicas de fertilização; a

46 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

capacidade do cônjuge sobrevivente salvaguardar os direitos fundamentais da criança; o apoio familiar; os valores pessoais e religiosos; o histórico de decisões conjuntas com o parceiro; bem como as atitudes da pessoa falecida em relação à paternidade/maternidade, entre outras circunstâncias fáticas e indicativas de posicionamento sobre o assunto, comprovadas mediante testemunho, documentos e demais formas de prova admitidas em direito.

5. A REPRODUÇÃO ASSISTIDA ENQUANTO NEGÓCIO JURÍDICO

Embora não exista legislação que trate especificamente sobre a disciplina da reprodução assistida, a relação jurídica estabelecida entre a clínica médica e o casal pode ser compreendida como um negócio jurídico de conteúdo existencial, relativo aos direitos de personalidade⁴⁷, em razão da presença de todos os pressupostos essenciais que configuram a validade de um ato jurídico (art. 104 do Código Civil⁴⁸). Nesse sentido, para realizar a técnica de reprodução assistida, há a necessidade de que os agentes sejam capazes.

Verifica-se, também, que o objeto dessa relação é lícito, pois o Código Civil vigente não proíbe a utilização da técnica de reprodução assistida, vide o que dispõe o art. 1597, incisos III, IV e V⁴⁹. Além do mais, outro pressuposto essencial é a “declaração ou manifestação” de vontade, uma vez que o conceito de negócio jurídico é definido como “declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente”⁵⁰.

Assim, conforme Venosa, para que exista negócio jurídico, é necessário que a vontade seja exteriorizada, pois, em caso contrário, não há que se falar na existência de um negócio jurídico. Porém, ainda de acordo com o autor, o conceito de vontade a que se refere é aquele estabelecido em sentido amplo, ou seja, é válido tanto a vontade expressa (oral, escrita ou gestual) quanto a tácita (resultante do comportamento do agente).

Falamos em declaração de vontade em sentido amplo. Não há necessidade de que a vontade atue de uma ou de outra forma [...]. Tanto a manifestação expressa quanto a manifestação tácita de vontade têm valor para o ordenamento, **salvo nos casos em que a lei especificamente exige a forma expressa** (sem grifos no original)⁵¹.

47 Embora a referida relação jurídica tenha conteúdo econômico, devido à contraprestação financeira dada à clínica, o fator patrimonial é secundário diante da vida humana que se projeta, razão pela qual essa repercussão econômica não desnatura o direito da personalidade perseguido com a realização da intervenção médica em análise.

48 Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei

49 Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

50 PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – v. I. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 388.

51 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 1), p. 368-369.

No que toca à forma do negócio jurídico, esta deve ser aquela prescrita ou não proibida pela lei. Tratando-se de reprodução assistida post mortem, conforme já comentado, não há qualquer lei que indique a forma que a declaração de vontade deva ser exteriorizada, de modo que o ato pode ser manifestado por qualquer meio, nos termos do art. 107 do Código Civil Brasileiro⁵². Essas são as lições de Tepedino:

Desse modo, apenas nas hipóteses em que a lei exige determinada forma poder-se-á falar em requisito formal e, conseguintemente, em negócio solene [...]. Por outro lado, não prevendo a lei a adoção de determinada forma, as partes encontram-se livres para pactuarem por meio da forma que melhor lhes aprouver, inclusive mediante acordo verbal⁵³.

Diante do exposto, por ser considerado um negócio jurídico, o operador do direito não pode se afastar das disposições legais pertinentes ao tema, de modo que deve aplicá-las em caso de compatibilidade com o caso concreto. Além disso, evidencia-se a questionável interpretação daqueles que sustentam a necessidade de documento escrito para a validade do ato, tal qual ocorreu no julgamento do Recurso Especial de nº 1.918.421, cujo mérito tratava justamente da declaração de vontade diante do interesse na realização da reprodução assistida pós-morte.

Em relação a esse caso, tratava-se de recurso especial interposto pelos filhos do falecido, requerendo a reforma do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação de n. 1082747-88.2017.8.26.0100), o qual havia permitido à atual esposa do falecido a utilização dos embriões custodiados no Hospital Sírio Libanês.

Na oportunidade do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), por decisão estreita de 3 (três) votos a 2 (dois), sagrou-se vencedora a tese sustentada pelo voto divergente do ministro Luis Felipe Salomão, a qual estabeleceu que a autorização para a realização da reprodução assistida deveria constar em “testamento ou em documento análogo”.

Um dos fundamentos para tal assertiva foi a existência de normas infralegais, como o provimento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de nº 63/201754, bem como a resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) sobre o tema, as quais sustentam a necessidade de consentimento expresso, mediante a forma escrita. À vista disso, houve reforma do acórdão do TJSP, o qual, de maneira unânime, havia estabelecido a desnecessidade de consentimento em documento escrito.

Contudo, com as devidas vênias ao entendimento dos Ministros do STJ, as disposições normativas do CNJ e do CFM possuem finalidades específicas, como regular a conduta ética profissional ou, no caso do provimento do CNJ, tratar sobre serviços notariais e de registro. Logo, não se prestam a estabelecer a forma escrita para a validade de um

52 Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

53 TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do direito civil: teoria geral do direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 416.

54 Esse provimento foi revogado e substituído pelo provimento de nº 149/2023. Contudo, ainda persiste a disposição que trata acerca da documentação escrita para o uso do material biológico preservado, vide o art. 513, § 2º.

negócio jurídico.

Somente a lei em sentido formal (Poder Legislativo) pode estabelecer a forma para validade de determinado ato (art. 107 do Código Civil Brasileiro). Logo, há evidente interpretação contra legem quando a decisão toma como fundamento jurídico o provimento do CNJ e a resolução do CFM, pois a lei não determinou uma forma específica para a validação da declaração de vontade na reprodução assistida póstuma.

Ainda em relação a esse julgamento, outras situações chamaram a atenção. Primeiramente, embora o TJSP e o STJ não tenham discutido o enquadramento da relação jurídica como sendo um negócio jurídico, é possível demonstrar que as Cortes julgadoras não discordam desse entendimento, tendo em vista que em ambos os casos houve a utilização dos dispositivos legais relativos à temática do negócio jurídico, especialmente o art. 107 do Código Civil.

Outro ponto relevante do caso ocorreu quando o TJSP teve que interpretar o sentido da manifestação de vontade do falecido, uma vez que existia uma disposição contratual estabelecendo que, em caso de morte de um dos cônjuges, “todos os embriões congelados seriam mantidos sob custódia do outro, ao invés de descartados ou doados”.

Diante dessa cláusula, a mulher sustentou que essa disposição contratual significava autorização para implante do embrião, enquanto que os filhos alegaram que a mera autorização para custódia não se prestaria para tal fim. A solução dada pelo TJSP foi a seguinte:

Já no caso de morte de um dos cônjuges, o que efetivamente aconteceu, tem-se que o casal concordou em ‘manter todos os embriões congelados sob custódia do cônjuge sobrevivente’. Escolheram que permaneceria com o outro a custódia dos embriões, a entregar-lhe plena disposição destes, **o que, de todo, expressamente autoriza continuidade do procedimento.** (Grifo nosso).

Assim, diante da disposição contratual ambígua, a solução encontrada pelo tribunal foi perquirir a intenção do falecido com essa cláusula. Concluiu-se que ela se prestava a autorizar o implante do embrião na mulher, pois não era possível vislumbrar outra finalidade, já que os contratantes tiveram a possibilidade de optar pelo descarte ou doação dos embriões, mas expressamente decidiram que a custódia ficaria com aquele que sobrevivesse.

Embora o Tribunal não tenha expressado o fundamento legal que sustenta tal assertiva, não restam dúvidas que esta se funda na disposição do art. 112 do Código Civil⁵⁵. Isso porque, no que toca à declaração de vontade, deve privilegiar-se mais a intenção nela consubstanciada (autorização para implante do embrião) do que o sentido literal da linguagem (concessão de mera custódia ao cônjuge sobrevivente).

Portanto, tratando-se de reprodução assistida post mortem, é de se concluir que não há qualquer lei estabelecendo a forma que a autorização deve ser realizada, de modo que

55 Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

a validade do ato pode ser provada pelos diversos meios de prova admitidos em direito, inclusive, sendo permitido ao julgador autorizar o procedimento baseando-se na presunção (declaração de vontade tácita), vide o disposto no art. 107 cumulado com art. 212, IV, ambos do Código Civil.

6. CONCLUSÃO

Portanto, no que toca à reprodução assistida pós-morte e à exigência de consentimento expresso, na forma escrita, esta não encontra amparo no ordenamento jurídico, pois a lei não estabelece a forma para a validade do ato, de sorte que o negócio jurídico pode ser concluído verbalmente ou, ainda, através da declaração de vontade tácita, a depender das circunstâncias fáticas de cada caso.

Isso porque o Código Civil dispõe que a declaração de vontade não depende de forma especial (art. 107). Assim, a ocorrência do fato jurídico pode ser comprovado de muitas outras maneiras (art. 212, do Código Civil), e não somente por intermédio de um documento escrito, conforme as exigências estabelecidas pelo provimento de nº 149/2023 do Conselho Federal de Justiça (CNJ) e a resolução de nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina (CFM), os quais são, a um só tempo, ilegais (violação ao art. 107 do Código Civil) e inconstitucionais (violação ao art. 22 da Constituição Federal), uma vez que exorbitaram da atribuição de regulamentar determinadas situações predefinidas e passaram a tratar de direitos civis, além de que apenas a lei pode estabelecer a forma que um ato deve ser praticado.

Além disso, embora não se deva ignorar a importância do princípio da autonomia, a Constituição Federal de 1988 também protege outros valores, como a dignidade da pessoa humana, a afetividade, a solidariedade e o planejamento familiar.

Assim, em caso de colisão entre princípios fundamentais, e considerando que não há princípios absolutos à luz da contemporânea teoria do Direito, o operador do direito deve afastar-se de interpretações inflexíveis, como aquela que adota a autonomia da vontade de forma absoluta. Isso porque igual atenção merecem outros princípios constitucionais, os quais podem se mostrar relevantes para a adequada solução do problema.

Destarte, diante da colisão entre princípios, cabe ao intérprete realizar um juízo de ponderação, a fim de verificar qual daqueles princípios devem ceder em face do outro. Para tanto, será necessário analisar detidamente todo conjunto probatório, além das circunstâncias fáticas e jurídicas disponíveis para cada caso.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

- DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões / Maria Berenice Dias. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.
- DINIZ, Maria Helena. O estado atual do Biodireito. 10° ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. Manual de Direito Civil. Salvador: Juspodivm, 2020.
- GONÇALVES, Carlos Roberto Direito civil brasileiro. Direito de família. volume 6. 16. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019, ePUB.
- MADALENO, Rolf Direito de Família / Rolf Madaleno. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira Curso de Direito Constitucional. 18. ed. (Série IDP – Linha Doutrina). São Paulo: SaraivaJur, 2023.
- NOVELINO, Marcelo Curso de direito constitucional. 16. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – v. I. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 388.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil. Vol. V. Direito de Família. Atual. Tânia da Silva Pereira. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 86.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- PINTO, Carlos Alberto Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- RAVITSKY, V., & BOKEK-COHEN, Y. (2018). “Life after Death”: The Israeli Approach to Posthumous Reproduction. In H. Boas, Y. Hashiloni-Dolev, N. Davidovitch, D. Filc, & S. Lavi (Eds.), Bioethics and Biopolitics in Israel: Socio-legal, Political, and Empirical Analysis (pp. 202-220). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781316671986.011.
- REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- TAVARES, André Ramos Curso de direito constitucional. 18. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

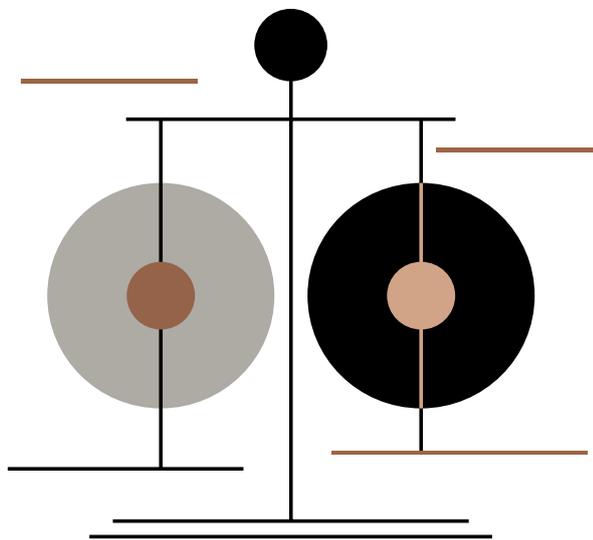
TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do direito civil: teoria geral do direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado [et al.]. Biodireito: tutela jurídica das dimensões da vida; (coord. por Heloisa Helena Barboza, Livia Teixeira Leal, Vitor Almeida). Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2021.

TREMELLEN, K, Savulescu J. A discussion supporting presumed consent for posthumous sperm procurement and conception. *Reprod Biomed Online*. 2015 Jan;30(1):6-13. doi: 10.1016/j.rbmo.2014.10.001. Epub 2014 Oct 13. PMID: 25456161.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil : parte geral. 17. ed. São Paulo : Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 1), Epub.

2.



MÃES NO MUNDO CORPORATIVO: CONFLITOS JURÍDICOS E DESAFIOS NA BUSCA POR IGUALDADE PROFISSIONAL

1. INTRODUÇÃO

A inserção da mulher no mercado de trabalho, especialmente na condição de mãe, revela uma complexa interação entre as esferas produtivas e reprodutivas, refletindo na trajetória profissional feminina diversos desafios e desigualdades. Desde a década de 1970, observa-se que, embora as mulheres tenham consolidado seu espaço no mercado de trabalho, ainda enfrentam a chamada dupla jornada, dividindo-se entre as responsabilidades familiares e as exigências do emprego. Esse cenário evidencia uma perpetuação das relações de gênero no mercado de trabalho, onde a maternidade se configura como um dos principais determinantes na ascensão ou limitação profissional das mulheres (Bruschini, 2007).

A legislação brasileira busca proteger a mãe trabalhadora, mas essa proteção, em muitos casos, reforça estereótipos de gênero, direcionando o cuidado e as responsabilidades familiares predominantemente à mulher. Essa abordagem legal não só sustenta uma divisão sexual do trabalho, mas também dificulta a efetiva igualdade entre homens e mulheres no ambiente corporativo. Estudos apontam que a carga de trabalho doméstico é significativamente maior para as mulheres, levando a implicações no seu desempenho e oportunidades profissionais. Para alcançar a verdadeira igualdade de gênero, torna-se essencial que o Direito do Trabalho incorpore uma perspectiva crítica, considerando as especificidades das relações de gênero e a divisão sexual do trabalho (Yannoulas, 2002; Hirata e Kergoat, 2008).

Constitucionalmente, o Brasil assegura a igualdade jurídica entre homens e mulheres, conforme o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, proibindo a discriminação de gênero no ambiente de trabalho. No entanto, essa igualdade formal muitas vezes não se traduz em igualdade material, especialmente para mulheres que exercem a maternidade. A proteção jurídica da gravidez e da maternidade visa assegurar à mulher condições de trabalho adequadas, mas também impõe um tratamento diferenciado que, ao ampliar seus direitos, busca garantir condições justas e equânimes. Esse tratamento diferenciado, longe de ser um privilégio, visa compensar as barreiras estruturais enfrentadas pelas mulheres proporcionando-lhes um patamar de equidade em relação aos homens no mercado de trabalho (CF/88, art. 5º).

Diante desse contexto, a presente pesquisa propõe examinar o papel das normas trabalhistas na promoção de uma igualdade jurídica que contemple as especificidades da maternidade. Essa análise visa evidenciar a necessidade de um Direito do Trabalho

1 Estudante do curso de direito da Universidade do Estado do Amazonas.

2 Doutora em Administração pela FEA-USP. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Professora de ensino superior da Universidade do Estado do Amazonas. Professora Titular das disciplinas de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito da Seguridade Social.

mais inclusivo, que reconheça e supere os desafios enfrentados pelas mães no mundo corporativo, contribuindo assim, para uma sociedade onde o gênero não seja determinante nas oportunidades e na valorização profissional.

O objetivo geral deste artigo é investigar como em tempos modernos, o ordenamento jurídico brasileiro assegura os direitos explícitos na Consolidação de Leis Trabalhistas e nas jurisprudências, visando identificar lacunas e propor medidas que promovam um ambiente mais equitativo e favorável à conciliação entre vida profissional e familiar. Os objetivos específicos são: 1. Discriminação e Preconceito: Como o direito antidiscriminatório brasileiro protege mães trabalhadoras contra práticas discriminatórias no ambiente de trabalho?; 2. Conciliação entre Trabalho e Família: Quais são os direitos e deveres das mães trabalhadoras em relação à licença maternidade, horários flexíveis e outras medidas de conciliação trabalho-família?; 3. Oportunidades de Avanço na Carreira: Quais são os desafios enfrentados por mães trabalhadoras para avançar na carreira, e quais políticas podem ser implementadas para promover igualdade de oportunidades?

Este trabalho utilizará o método dedutivo, fundamentando-se em fatos e dados obtidos a partir de livros, artigos, sites e textos que apresentem informações confiáveis e relevantes para alcançar os objetivos previamente estabelecidos. A pesquisa será conduzida por meio de materiais publicados em livros, artigos acadêmicos, dissertações e teses. Ela pode ser realizada de maneira autônoma ou como parte de uma investigação descritiva ou experimental. Conforme Cervo, Bervian e da Silva (2007), a pesquisa bibliográfica é um procedimento essencial para estudos monográficos, nos quais se busca compreender o estado atual do conhecimento sobre um tema específico.

Além disso, a pesquisa adotará o método fenomenológico para esclarecer os dados obtidos no trabalho de campo, buscando evidenciar os aspectos práticos e cotidianos das questões levantadas. A metodologia experimental será aplicada diretamente nas variáveis que se relacionam ao objeto de estudo. Ao manipular essas variáveis, será possível examinar as relações de causa e efeito de determinados fenômenos. Segundo Gil (2010), o experimento é amplamente considerado o exemplo mais representativo de pesquisa científica.

2. BREVE EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA INSERÇÃO DA MÃE TRABALHADORA

A proteção às mães trabalhadoras no Brasil evoluiu substancialmente ao longo do tempo, acompanhando tanto as demandas sociais quanto as normativas internacionais. A primeira regulamentação federal sobre o trabalho da mulher foi o Decreto nº 16.300 de 1923, que concedia 30 dias de descanso antes e após o parto, além da criação de espaços para amamentação nas empresas. Esta medida, inspirada pelas convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), deu início a construção de uma legislação voltada à proteção da maternidade, buscando conciliar a presença feminina no mercado com as responsabilidades familiares (Vieira, 2013).

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), promulgada em 1943, trouxe avanços,

incluindo a licença-maternidade de seis semanas antes e após o parto, o pagamento de auxílio- maternidade e intervalos para amamentação. A CLT também exigia que empresas com mais de 30 empregadas mantivessem locais adequados para o cuidado dos filhos. No entanto, havia restrições legais que reforçavam papéis tradicionais, como o direito do marido de impedir a mulher de trabalhar, refletindo a desigualdade de gênero na época (Vieira, 2013).

A Constituição de 1988 representou um marco para os direitos das mães trabalhadoras ao estabelecer igualdade de direitos entre homens e mulheres e proibir discriminação de gênero, pois ampliou a licença-maternidade para 120 dias, garantiu a estabilidade no emprego para gestantes e proibiu a diferenciação de salários e critérios de admissão com base no sexo. Essas disposições buscaram equilibrar a participação feminina no mercado com a proteção dos direitos reprodutivos e familiares (CF/88, art. 7º).

Modificações posteriores na CLT refletiram essas mudanças constitucionais. A licença- maternidade foi estendida para mães adotivas em 2002, e em 2009, a legislação igualou o período de licença para todas as mães, independentemente da idade da criança adotada. Em 2008, foi criado o Programa Empresa Cidadã, permitindo às empresas estender a licença para 180 dias em troca de benefícios fiscais, o que apesar de opcional, incentivou mais suporte para as mães no ambiente corporativo (Vieira, 2013).

Nota-se que a presente questão jurídica revela elevada densidade constitucional, principalmente relacionada aos direitos sociais do indivíduo, como exposto no rol do artigo 6º do Texto Constitucional, vejamos: *“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.”*

Certamente, essa temática está ligada a participação da mulher no mercado de trabalho, sendo fator motivador para que o Estado promovesse políticas públicas voltadas para conciliar as responsabilidades familiares com o trabalho, promovendo o desenvolvimento pessoal e profissional das mães trabalhadoras. Nesse contexto, as ações do Estado, como as políticas de proteção à maternidade, constituem formas de discriminação positiva, não sendo privilégios injustificados, mas uma maneira de atender de forma justa as diferenças naturais entre os gêneros. Assim, o thema decidendum reflete a evolução dos direitos relacionados, especialmente quanto à proteção da mulher durante a gravidez e a segurança do nascituro e da criança.

3. LICENÇA MATERNIDADE: UMA NECESSIDADE FISIOLÓGICA À MÃE E AO NASCITURO.

De acordo com Delgado (2017), a suspensão do contrato de trabalho ocorre em situações nas quais o empregado não é obrigado a prestar serviço, mas o empregador deve continuar pagando o salário, sem prejuízo para a contagem do tempo de serviço ou

dos direitos trabalhistas e previdenciários.

No Brasil, o direito à licença-maternidade é fruto de um processo histórico de evolução dos direitos trabalhistas, que buscou reconhecer as dificuldades fisiológicas e sociais que as mulheres enfrentam durante o período de puerpério. Esse direito considera as necessidades de recuperação física e emocional da mãe após o parto, além de ressaltar a importância e necessidade da presença da mãe, bem como amamentação ao nascituro nos primeiros meses de vida.

Esse direito encontra-se respaldado em diversas normas legais, como o artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a alínea b do inciso II do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o artigo 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a Lei nº 8.213/1990, que garante o benefício previdenciário da licença-maternidade de 120 dias para gestantes.

A primeira legislação de alcance nacional que contemplou a licença-maternidade foi a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1943, que estabeleceu o período de afastamento de 84 dias e impôs o custeio ao empregador. No entanto, essa exigência gerava uma discriminação indireta, dificultando a contratação de mulheres. Para evitar essa desigualdade, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) recomendou, por meio do artigo IV, item 8, da Convenção nº 103 de 1952, ratificada pelo Brasil em 1965, que o empregador não deveria arcar diretamente com o custo das prestações devidas às mulheres empregadas. Com isso, propôs-se que o pagamento fosse realizado através do sistema de seguridade social, evitando que a licença-maternidade se tornasse um fator negativo na contratação feminina.

Embora o Brasil tenha ratificado essa norma internacional, sua aplicação prática só foi concretizada com a Lei nº 6.136 de 1974. Com essa legislação, foi garantido um período de afastamento por maternidade de 12 semanas, e a responsabilidade pelo pagamento dos salários durante esse período foi transferida à Previdência Social (art. 71 da Lei nº 8.213 de 1991). Essa medida buscou evitar que o custo da licença recaísse sobre o empregador, incentivando a contratação de mulheres.

A Constituição Federal de 1988 expandiu essas proteções legais ao estabelecer o direito à licença-maternidade de 120 dias (art. 7º, inciso XVIII) e garantir a estabilidade no emprego para a gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, até que uma lei complementar regulasse o tema (art. 10, inciso II, alínea b, ADCT).

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais: (...)

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

(...)

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII,

(...)”

“Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

(...)

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: (...)
b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.”

Com isso, a licença-maternidade passou a ser um direito fundamental que não apenas protege a trabalhadora-mãe, mas também beneficia o nascituro, promovendo a unidade familiar(art. 226 da CF/1988) e assegurando o apoio necessário à criança por parte da família, do Estado e da sociedade (art. 227 da CF/1988).

Outrossim, especialistas destacam que o período pós-parto é uma fase de grande vulnerabilidade para a saúde mental da mãe; consoante a psicóloga Maria Cecília Schettino enfatiza a importância do contato entre mãe e bebê nesse momento, afirmando que “o contato com a mãe estimula as conexões neurais no cérebro do bebê, que faz com que o bebê se sinta seguro, acolhido e amado, condições para que uma inteligência emocional trará consequências positivas por toda sua vida, em todas as relações”.

Nessa mesma esteira, a pesquisa de Nandi et al., intitulada “Increased Duration of Paid Maternity Leave Lowers Infant Mortality in Low- and Middle-income Countries: A Quasiexperimental Study”, analisou dados de cerca de 300.000 nascidos vivos em 20 países de baixa e média renda, utilizando modelos multiníveis e dados longitudinais. Os resultados revelaram que cada mês adicional de licença-maternidade remunerada reduziu em aproximadamente 7,9 mortes infantis por 1.000 nascidos vivos, com intervalo de confiança de 95%, o que representa uma redução relativa de cerca de 13% na mortalidade infantil.

A licença-maternidade também tem um impacto significativo na saúde física e mental da mulher. Um estudo de Huang et al., denominado “Association of paid maternity leave with maternal postpartum mental health: a longitudinal study in China”, que examinou uma amostra de 296 mulheres chinesas, demonstrou que cerca de 27,5% das mulheres sem licença- maternidade remunerada sofreram de depressão pós-parto, enquanto essa taxa caiu para 8,5% entre aquelas que tiveram acesso ao benefício. Ademais, no grupo sem licença remunerada, 37,9% das mulheres apresentaram sintomas de ansiedade, em comparação a 19,5% entre as que receberam o benefício.

Esses estudos demonstram que a proteção à maternidade vai além de um direito legal garantido pela Constituição Federal; trata-se de uma necessidade biológica e social que contribui para a preservação da espécie.

Diante desse cenário, surge o dever do Estado de garantir suporte adequado à maternidade, ajudando a aliviar o fardo das responsabilidades adicionais que recaem sobre a mulher moderna; pois ao oferecer incentivos, o Estado pode assegurar que a maternidade seja uma escolha possível e acessível, não limitada pela ausência de políticas públicas de apoio, posto que a licença-maternidade é uma das políticas públicas mais abrangentes nesse sentido, beneficiando a mãe, o nascituro e a sociedade.

Este direito social reflete-se na Constituição, que garante a proteção do mercado de trabalho feminino (art. 7º, XX), proteção previdenciária e assistencial (arts. 201,

II, e 203, I), ea destinação de recursos públicos para a saúde materno-infantil (art. 227, § 1º, I).

4. LICENÇA PATERNIDADE: UM OLHAR CONTEMPORÂNEO.

Embora ainda não exista uma lei específica sobre o tema, a licença-paternidade no Brasil é disciplinada pelo art. 7º, inciso XIX, da Constituição Federal, tendo sua aplicação detalhada no art. 10, §1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), vejamos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa

causa:(...)

§ 1º - Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.”

Cabe explicar que ADCT é considerado uma ferramenta constitucional que resguarda determinadas disposições de grande importância para o legislador, conferindo-lhes proteção constitucional sem inseri-las diretamente no corpo principal do texto constitucional.

Nota-se que o Brasil, adotou um sistema de licenças distintas para cada sexo, em contraste com o modelo de licença parental, que permite o compartilhamento do período de licença entre ambos os pais, de forma mais flexível para atender às necessidades familiares.

Contudo, em 2013, a Lei nº 12.873 trouxe significativas alterações nas normas relacionadas à licença-maternidade, adicionando o §5º ao art. 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que autoriza o recebimento do salário-maternidade por cônjuges ou companheiros que adotem ou obtenham a guarda judicial de uma criança, sem diferenciação de gênero para o beneficiário.

“ Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei

(...)

§ 5o A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-

maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada.(grifei)”

Adicionalmente, a Lei nº 12.873/2013 alterou o art. 392-B da CLT, assegurando ao cônjuge ou companheiro empregado, em caso de falecimento da mãe, o direito à licença pelo período restante ao qual a genitora teria direito, salvo em situações de falecimento do filho ou abandono.

Logo, questiono se essa legislação permite ao homem usufruir da licença-maternidade em caso de adoção ou guarda judicial, não seria possível ampliar este direito, considerando as novas configurações familiares, bem como o mundo contemporâneo?!

Essa evolução legislativa indica o reconhecimento de que ambos os gêneros possuem as condições necessárias para cuidar dos filhos. No entanto, como na prática a mulher é a principal beneficiária do salário-maternidade, persiste a questão dos custos adicionais para o empregador no momento da contratação.

Nesse sentido, salienta-se ainda que essa proteção à mulher não é um privilégio, pois os custos para o empregador decorrentes do afastamento geraram um estigma, afetando o processo de seleção e contratação, considerando fatores como idade, estado civil e número de filhos (ROCHA, 1991).

Mediante o exposto, nota-se que para alcançar a verdadeira igualdade, é essencial desenvolver instrumentos jurídicos que vão além da igualdade formal de direitos e deveres entre homens e mulheres, conforme previsto no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Pedro Lenza (2017) reforça essa ideia, afirmando: “Essa busca por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se e eterniza-se na sempre lembrada, com emoção, Oração aos Moços, de Rui Barbosa, inspirada na lição secular de Aristóteles, devendo-se ‘tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades””.

Neste contexto, ampliar a licença-paternidade pode promover a corresponsabilidade do homem no projeto familiar, ajudando também a reduzir as desvantagens enfrentadas pelas mulheres ao conciliar trabalho remunerado e cuidados familiares, promovendo maior equidade no mercado de trabalho.

Além disso, conforme ensina Luciano Martinez (2020) o papel do direito é possibilitar a realização de objetivos sociais que, sem sua intervenção, seriam difíceis de alcançar. Essa função essencial abrange a criação de normas, a pacificação de conflitos coletivos, a redistribuição de recursos e a adequação das relações trabalhistas às características regionais e culturais.

5. PROGRAMA EMPRESA CIDADÃ

O programa Empresa Cidadã, mantido pela Receita Federal, visa a proteger a dignidade do trabalhador por meio de incentivos fiscais para empresas participantes que

promovem o convívio familiar, oferecendo licenças maternidade e paternidade estendidas aos seus funcionários. Este programa permite que o governo federal compense os custos da prorrogação da licença, deduzindo-os dos impostos pagos pelo empregador.

Criado pelo Decreto nº 7.052 em 2009, o programa originalmente contemplava apenas a licença maternidade. No entanto, com a criação do marco legal da primeira infância em 2016, por meio da Lei nº 13.257, que reconhece a importância dos primeiros anos de vida para o desenvolvimento humano, o benefício foi estendido também para os pais.

Segundo a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), as empresas brasileiras devem conceder 120 dias de licença remunerada às suas funcionárias grávidas; no entanto, com a extensão oferecida pelo programa, a licença se torna de 180 dias. Assim, a prorrogação de 60 dias cobre o período mínimo de aleitamento materno exclusivo recomendado pelo Ministério da Saúde.

Para os pais, a licença, que anteriormente era de 5 dias, é ampliada para 20 dias. Embora isso represente um avanço social, ainda não atende ao período de recuperação indicado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que recomenda 45 dias como um período essencial para a sobrevivência e o bem-estar tanto da mãe quanto do recém-nascido.

Essas prorrogações também se aplicam a casos de adoção e guarda judicial, com 60 dias para crianças menores de 1 ano, 30 dias para crianças de 1 a 4 anos e 15 dias para crianças de 4 a 8 anos.

O principal objetivo dessa iniciativa governamental é reduzir custos de saúde pública e diminuir a mortalidade infantil, incentivando a amamentação prolongada. Ao abrir mão de parte da arrecadação, o governo permite que as empresas ofereçam um ambiente de trabalho que promova qualidade de vida, refletindo-se em maior motivação e engajamento dos funcionários.

Durante o período de licença parental, os funcionários não podem exercer atividades remuneradas nem matricular seus filhos em creches, pois ambas as ações levam à perda do benefício.

Todas as empresas podem aderir ao programa, mas somente aquelas que são tributadas pelo regime de lucro real obtêm benefícios fiscais. Isso é um ponto a ser observado para fins de controle financeiro da empresa.

Ao integrar o Programa Empresa Cidadã, as empresas recebem deduções fiscais calculadas com base nos salários dos funcionários e no valor da licença prorrogada. Essa dedução ocorre diretamente no Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), limitada ao valor do imposto de acordo com o lucro real do trimestre ou com o ajuste anual.

Como resultado, as empresas participantes promovem um ambiente de trabalho mais saudável e favorável, o que aumenta a motivação dos funcionários e a produtividade da empresa. Essa prática também auxilia na retenção de talentos e na redução da rotatividade, gerando economia com processos de desligamento e recontração.

Atualmente, cerca de 22 mil empresas aderiram ao programa, representando apenas 16% das empresas elegíveis. Com isso, percebe-se que participar do Empresa Cidadã ainda é um diferencial competitivo, pois além de fortalecer a imagem da empresa no mercado, a torna mais atraente para profissionais em busca de um ambiente de trabalho que valorize o equilíbrio entre vida pessoal e profissional.

6. ESTABILIDADE

A chamada garantia temporária de emprego, mais conhecida como “estabilidade provisória”, assegura o direito da gestante de manter-se no emprego, até mesmo contra a vontade do empregador, exceto em situações previstas por lei que justificam a rescisão por razões relevantes. Apesar de a Lei nº 6.136/1974 ter representado um avanço ao prever que o salário-maternidade fosse pago pela previdência social, a gestante ainda não possuía a garantia de emprego, direito que só veio a ser estabelecido com a Constituição Federal de 1988. Com isso, garantiu-se segurança jurídica à trabalhadora gestante, estendendo a proteção até cinco meses após o parto.

Nesses casos, uma dispensa irregular pode levar à reintegração da empregada ao trabalho durante o período de estabilidade ou ao pagamento das verbas rescisórias e contratuais devidas. A estabilidade provisória está vinculada à dignidade humana (art. 1º, III, da CF/1988), pois essa proteção envolve tanto a subsistência da trabalhadora quanto o bem-estar do nascituro, promovendo o desenvolvimento saudável do bebê nos primeiros meses de vida. Sendo um direito fundamental previsto na Constituição, a norma de estabilidade provisória deve ser interpretada de forma a garantir sua efetividade prática. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 629.053 (Tema 497), decidiu que a confirmação da gravidez antes da dispensa sem justa causa é suficiente para assegurar à trabalhadora o direito à estabilidade, independentemente de ela ou o empregador estarem cientes da gravidez, reconhecendo a proteção à maternidade e à criança (Relator Min. Alexandre de Moraes, Plenário, DJe de 27/2/2019).

Além disso, o constituinte garantiu essa proteção a todas as trabalhadoras, incluindo as ocupantes de cargos públicos, tanto urbanas quanto rurais, e até as domésticas, assegurando a proteção à maternidade em função do princípio da igualdade.

No contexto brasileiro, os direitos constitucionais relacionados à licença-maternidade e à estabilidade da gestante não podem ser isolados das condições sociais vigentes. Esses direitos devem ser analisados em harmonia com outros preceitos constitucionais, como a proteção à maternidade, à vida e à integridade física e psicológica de mãe e filho. Esses princípios, essenciais para o desenvolvimento social do país, devem ser compatíveis entre si, com o restante da Constituição e com as realidades sociais e econômicas.

A importância da proteção à maternidade no sistema jurídico atual exige que o intérprete busque uma interpretação que maximize os objetivos do texto constitucional. A exclusão dessa proteção sob a justificativa de vínculos precários com a Administração Pública contraria os princípios constitucionais que visam à proteção da gestante.

A proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa visa principalmente resguardar o nascituro, além de proteger a trabalhadora gestante, assegurando a proteção à natalidade. Essa proteção justifica a concessão dos direitos sociais à licença-maternidade e à estabilidade no emprego às servidoras de cargos comissionados e às trabalhadoras temporárias.

O princípio da isonomia também se aplica a essa questão, pois, considerando-se a proteção constitucional às trabalhadoras de modo geral, não há justificativa para diferenciar servidoras públicas gestantes em função da modalidade de contratação. Assim, reconhecer o direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória para ocupantes de cargos em comissão ou temporários fortalece a igualdade material entre trabalhadoras.

Na legislação de Ontário, Canadá, o Employment Standards Act (ESA, 2000) concede licença-maternidade de até 17 semanas para gestantes, sendo vedada a rescisão do contrato por causa da gravidez. O empregador que demitir uma funcionária após o retorno da licença pode ser obrigado a reintegrá-la, arcando com os salários devidos, a menos que prove que a demissão não teve relação com a gravidez ou a licença.

Assim, o direito garantido pela Constituição de 1988 deve abranger todas as servidoras, independentemente do tipo de vínculo empregatício, visto que a condição de gravidez, por si só, aciona o direito à proteção. A Constituição não especifica exclusões para servidoras com vínculos temporários, nem o conjunto normativo de proteção à maternidade, que inclui os arts. 6º, 7º (XVIII e XX), 201 (II), 203 (I), 227 (§ 1º, I) da CF e o art. 10, II, b, do ADCT.

Esses fundamentos mostram que a proteção à maternidade, como fenômeno natural e biológico, não deve discriminar entre servidoras. A Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1952, também assegura a licença-maternidade a todas as mulheres (artigo III, item 1). Assim, a norma constitucional que garante a estabilidade provisória é geral e incondicional, obedecendo ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Essa proteção oferece à trabalhadora gestante a segurança de uma gravidez digna e sem ameaças ao seu emprego. Negar essa proteção à servidora temporária ou comissionada seria submeter a gestante à instabilidade, sujeitando-a ao poder unilateral do empregador, contrariando a legislação e a dignidade da trabalhadora. Portanto, proteger o emprego da gestante é uma medida justa e necessária, independentemente do tipo de vínculo ou modalidade do contrato de trabalho.

7. AMAMENTAÇÃO: O DIREITO À CONEXÃO MÃE E FILHO

Conforme o artigo 396 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, após retornar da licença maternidade, atualmente de 120 dias, a trabalhadora tem o direito a dois intervalos de meia hora cada, durante a jornada de trabalho, para amamentar seu bebê, incluindo em casos de adoção. Esses intervalos devem ser garantidos até que a criança complete seis meses de idade e podem ser ajustados conforme acordo entre empregador e empregada. Esse direito é estendido às mães adotantes ou que estejam em processo de adoção, desde

que já possuam a guarda provisória.

Além disso, o dispositivo legal prevê que, se a saúde do bebê demandar, o período de amamentação poderá ser estendido, mediante avaliação da autoridade competente. Já o artigo 389 da CLT determina que estabelecimentos com pelo menos 30 mulheres com mais de 16 anos de idade devem contar com um local apropriado para atendimento aos filhos durante a amamentação. A norma também permite que essa exigência seja atendida por meio de creches distritais, mantidas diretamente ou em parceria com outras instituições.

O artigo 400 da CLT detalha as características dos locais considerados adequados para cuidar dos filhos das trabalhadoras, incluindo, no mínimo, um berçário, uma sala de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária.

O Ministério da Saúde recomenda que a amamentação se estenda até os dois anos ou mais, e que, nos primeiros seis meses, o bebê receba exclusivamente leite materno. Prolongar a amamentação beneficia tanto o bebê quanto a mãe, pois envolve mais do que apenas a nutrição; trata-se de uma interação profunda que impacta o desenvolvimento nutricional, imunológico, fisiológico e emocional da criança.

No Brasil, manter o aleitamento materno exclusivo até os seis meses representa um desafio, especialmente pela reinserção da mulher no mercado de trabalho, considerando que a legislação trabalhista oferece licença maternidade de apenas quatro meses (Brasil, 1988). Embora em alguns casos específicos seja viável manter o aleitamento exclusivo após o retorno ao trabalho, Peres (2015) observa que muitas mulheres enfrentam dificuldades, como a falta de estrutura para extração do leite, constrangimentos no ambiente de trabalho e jornadas exaustivas, além de percursos longos e ausência de apoio familiar para tarefas domésticas.

Um estudo controlado realizado no Chile indicou que a expressão e retirada de leite materno foi fundamental para que mães trabalhadoras mantivessem o aleitamento exclusivo até os seis meses. Entre as que adotaram essa prática, 53% conseguiram manter o aleitamento, em contraste com apenas 6% das que não o fizeram.

Uma revisão de publicações sobre a viabilidade do aleitamento materno exclusivo entre trabalhadoras remuneradas, especialmente no Brasil, revelou que essa prática é rara. Em um estudo qualitativo realizado com 15 trabalhadoras de Campinas/SP, com acesso à creche, constatou-se que as que amamentavam exclusivamente recebiam apoio familiar ou profissional.

Contudo, muitas trabalhadoras remuneradas não usufruem desse benefício, seja pelo descumprimento da lei por parte dos empregadores, por estarem em trabalhos informais ou por atuarem em empresas de pequeno porte, que não são obrigadas a oferecer um ambiente adequado para extração de leite.

8. TELETRABALHO E A FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA INVISÍVEL

Com a inserção do teletrabalho na legislação brasileira, por meio da Lei nº 12.551/2011 e da reforma trabalhista de 2017 (Lei nº 13.467/2017), abriu-se espaço para a flexibilização

e conciliação das responsabilidades produtivas e reprodutivas, especialmente no caso de mães trabalhadoras.

Essa modalidade, regulamentada no artigo 75-B da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, permite que as tarefas sejam desempenhadas predominantemente fora das dependências da empresa, desde que se utilize tecnologia de informação e comunicação. Além disso, o artigo 75-F da CLT garante prioridade no teletrabalho para empregadas com filhos de até quatro anos, enquanto a Lei nº 14.457/2022 estende esse direito às mães de filhos com deficiência.

Corroborando este entendimento, observa-se a pesquisa de Guiginski e Wajnman (2019), que demonstra que mulheres com filhos pequenos têm maior probabilidade de optar por jornadas reduzidas ou trabalhos flexíveis, o que evidencia a importância de modalidades como o teletrabalho para atender a essa necessidade.

Outrossim, cabe ressaltar uma outra perspectiva do teletrabalho que veio à tona com a pandemia de COVID-19. Apesar de ter sido bem aceito por muitas mulheres por ser um facilitador capaz de possibilitar maior convivência com a família e economia de tempo de deslocamento, outras relatam uma intensificação do conflito entre suas jornadas produtiva e reprodutiva, caso este que questões como a ausência de apoio organizacional, a falta de estrutura adequada em casa e a desigualdade na divisão de tarefas domésticas contribuem para essa sobrecarga.

Nesse contexto, surge o formato híbrido, como uma alternativa promissora, combinando os benefícios do trabalho remoto, como a proximidade com a família e maior flexibilidade; com as vantagens do trabalho presencial, como um ambiente mais estruturado e a interação social.

Mediante o exposto, o teletrabalho se configura como uma ferramenta potencialmente poderosa para flexibilizar a rotina das mães trabalhadoras, mas exige maior conscientização das empresas quanto às necessidades de infraestrutura, apoio emocional e organizacional, bem como políticas que promovam a igualdade de gênero no ambiente doméstico e corporativo.

CONCLUSÃO

Ao longo deste estudo, ficou evidente que, apesar dos avanços alcançados pelas políticas públicas e pela legislação trabalhista brasileira, ainda existem desafios significativos para assegurar um ambiente de trabalho justo e inclusivo para as mães.

A proteção jurídica à maternidade, que inclui direitos como licença-maternidade, intervalos para amamentação e estabilidade no emprego, reflete uma evolução importante. Contudo, essa proteção não tem sido plenamente eficaz em superar as barreiras estruturais e culturais que dificultam a conciliação entre trabalho e vida familiar para as mulheres.

Os dispositivos legais, como o Programa Empresa Cidadã, demonstram esforços governamentais em apoiar as mães trabalhadoras, promovendo benefícios como a extensão da licença-maternidade para 180 dias. Entretanto, a baixa adesão ao programa e

a carência de políticas que incentivem a criação de ambientes de trabalho adequados para mães lactantes mostram que ainda há muito a ser feito para atingir a verdadeira igualdade material.

O teletrabalho se apresenta como uma ferramenta inovadora e promissora para flexibilizar as demandas das mães, possibilitando maior convivência com os filhos e economia de tempo de deslocamento. Por outro lado, a modalidade também revelou novos desafios, como o aumento da carga mental e da sobrecarga de trabalho em situações onde não há uma divisão equitativa das tarefas domésticas e familiares. Para algumas mães, a falta de apoio organizacional e de infraestrutura adequada tornou o teletrabalho um desafio adicional.

Nesse sentido, o formato híbrido de trabalho desponta como uma alternativa viável, combinando o que há de melhor no trabalho remoto e presencial. Ele possibilita que as mães usufruam da proximidade com os filhos sem abrir mão de um ambiente profissional estruturado e da interação social com os colegas, posto ser fundamental que as empresas e o poder público avancem em políticas que não apenas regulamentem, mas também promovam a igualdade de oportunidades para mães trabalhadoras.

Por fim, como salientado ao longo do trabalho, a proteção à maternidade não deve ser vista como um privilégio, mas como uma medida justa e necessária para compensar desigualdades históricas e garantir o pleno desenvolvimento de mães e crianças. A adoção de políticas inclusivas e a conscientização sobre a importância da divisão equitativa das responsabilidades são essenciais para construir uma sociedade mais igualitária e sustentável.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 outubro. 2024.

BRASIL. Decreto nº 7.052, de 23 de dezembro de 2009. Regulamenta a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, que institui o Programa Empresa Cidadã. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 2009.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 20 outubro. 2024.

BRASIL. Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974. Dispõe sobre o salário-maternidade e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 nov. 1974.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 jul. 1991.

BRASIL. Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011. Altera o artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, para equiparar os efeitos jurídicos do trabalho realizado no estabelecimento do empregador com o realizado à distância. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 14.457, de 21 de setembro de 2022. Institui o Programa Emprega + Mulheres e Jovens. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 set. 2022.

CASTRO, L.; CHAGURI, L. Redes de apoio e a dupla jornada feminina no mercado de trabalho. In: Anais do Congresso Nacional de Sociologia. São Paulo: USP, 2020.

DELAGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18. ed. São Paulo: LTr, 2017.

GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GUIGINSKI, C.; WAJNMAN, S. Trabalho parcial e flexibilidade: uma análise da participação feminina no mercado. Revista Brasileira de Estudos de População, Campinas, v. 36, n. 2, 2019.

HAICAULT, Monique. A gestão cotidiana: trabalho doméstico e trabalho profissional. Estudos Feministas, Florianópolis, v. 1, n. 1, 1984.

HIRATA, H.; KERGOAT, D. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, v. 38, n. 128, p. 593-603, 2008.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINEZ, Luciano. Direito do Trabalho: curso sistemático e didático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARANGON, Cristiane. Licença-maternidade: a importância para a mãe e o bebê. Revista Crescer, Rio de Janeiro, Globo, 26 mar. 2015. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com>. Acesso em: 20 outubro. 2024.

NANDI, A.; et al. Increased Duration of Paid Maternity Leave Lowers Infant Mortality in Low- and Middle- income Countries: A Quasiexperimental Study. PLOS Medicine, v. 13, n. 3, 2016. Disponível em: <https://journals.plos.org/plosmedicine/article>. Acesso em: 20 outubro. 2024.

PERES, E. Licença-maternidade e a proteção à mulher no mercado de trabalho. *Revista Direito e Sociedade*, Brasília, v. 4, n. 2, 2015.

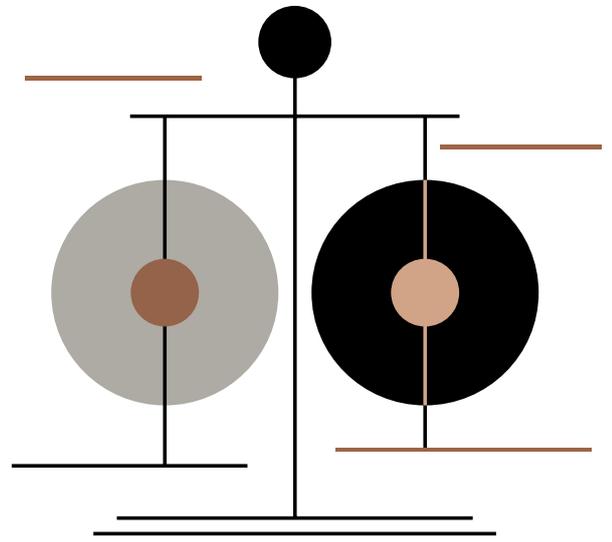
RUIZ, Andressa Crislaine Conejo. Garantia provisória de emprego à servidora pública gestante ocupante de cargo em comissão. *Revista TRT18 – Goiânia*, v. 19-20, 2016/2017.

VIEIRA, Mariana S.; AMARAL, Carolina L. A dupla jornada feminina: reflexos no mercado de trabalho. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 21, n. 1, 2013.

VIANNA, R. P. T.; REA, M. F.; VENANCIO, S. I.; ESCUDER, M. M. Breastfeeding practices among paid working mothers in Paraíba State, Brazil: a cross-sectional study. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 10, 2007.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO recommendations on maternal and newborn care for a positive postnatal experience. Geneva: WHO, 2022. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO. Disponível em: <https://www.who.int/publications>. Acesso em: 20 outubro. 2024.

3.



IMPENHORABILIDADE DO SALÁRIO NA EXECUÇÃO TRABALHISTA

1. INTRODUÇÃO

A possibilidade ou não de penhora do salário na execução de débitos trabalhistas vem sendo, há muitos anos, uma fonte de divergências nos tribunais da Justiça do Trabalho. Muito embora o assunto esteja normatizado no Código de Processo Civil (CPC) de 2015, em seu art. 833, IV, § 2º, diferentes turmas e cortes vêm aplicando interpretações diversas do dispositivo no julgamento dos casos concretos.

Assim, diante de situações fáticas similares, a jurisprudência contemporânea das cortes laborais traz tanto julgados a favor da impenhorabilidade absoluta de salários no limite de 50 salários mínimos, em interpretação restritiva da lei processual, quanto outros que definem a penhora parcial, em diferentes percentuais, considerando a natureza alimentar dos direitos nos dois polos da demanda.

A relevância da questão, no plano jurídico, advém do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, daí justamente a tentativa de algumas cortes de pacificar a discussão em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), com variados resultados e graus de sucesso. Não menos importante o tema se mostra no plano do direito material, pois nessas decisões se põem em confronto, nos dois lados do processo, direitos a parcelas de natureza alimentar e, num nível mais essencial, direitos fundamentais à dignidade humana.

Este estudo busca apresentar um panorama acerca da impenhorabilidade do salário no processo trabalhista, com base na metodologia dedutiva, evidenciando os princípios e direitos fundamentais envolvidos na questão e mostrando como ela evoluiu na legislação, na doutrina e na jurisprudência, antes e após o CPC de 2015. Traz ainda um levantamento quantitativo de julgados do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e de cinco Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs), selecionados dentre os mais representativos de cada região brasileira, prolatados num período recente, de pouco mais de dois anos, expondo as principais linhas argumentativas a favor e contra a penhora do salário. Ao final, propõe uma apreciação do tema sob um viés principiológico, de modo a prestigiar os direitos e interesses envolvidos de forma ponderada, justa e equitativa.

1. SALÁRIO, CRÉDITO TRABALHISTA E EXECUÇÃO

Diz-se que o termo “salário” remonta à época em que o pagamento feito ao trabalhador consistia em pacotes de sal (Silva, 2017). De lá até hoje, o salário segue

1 Graduação do curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas.

2 Doutora em Administração pela FEA-USP. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Professora de ensino superior da Universidade do Estado do Amazonas. Professora Titular das disciplinas de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito da Seguridade Social.

ligado, no senso comum, à ideia de contraprestação pelo trabalho realizado, corroborada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em seu art. 4573. Já no Direito brasileiro, opõe Delgado, o conceito de salário é o de um “conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em decorrência da relação de emprego” (1997, p. 24-25), devidas portanto não só em razão do trabalho, mas da relação firmada entre empregador e empregado.

Nessa linha, compreende-se o salário não só pelo viés econômico, como correspectivo da atividade laboral, como pelo social, que observa necessidades pessoais e familiares do trabalhador. Aponta Nascimento (1994) que a teoria do salário como crédito alimentício, embora não unânime, prevalece na doutrina e se desenvolveu a partir dos princípios do salário justo, enraizado na reação humanista pós-Revoluções Industrial e Francesa e na doutrina social católica, no final do século XVIII; do salário vital, que precedeu o salário-mínimo; e do salário suficiente, alçado a princípio jurídico nas Constituições do século XX. Sob tal ótica, resume o autor, o trabalhador deve obter “ganho suficiente para assegurar a sua subsistência, pessoal e familiar” (Nascimento, 1994, p. 32-33).

Esse evidente valor social do salário – que reflete o valor social do trabalho, declarado fundamento da República na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 – justifica o amparo jurídico conferido à prestação salarial em convenções, constituições e normas pátrias no último século. O caráter essencial dos bens a que se destina o salário, diz Delgado, “induz à criação de garantias fortes e diversificadas em torno da figura econômico-jurídica” (2013, p. 69). Essa diretriz protetiva, notam Nascimento e Nascimento (2014), já despontava na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e foi reiterada nas Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Considerando a estruturação dos sistemas jurídicos em princípios, normas e regras⁴, é possível apontar que a proteção jurídica ao salário se funda em princípios como os da dignidade humana, da irredutibilidade, da intangibilidade e da impenhorabilidade. Dentre eles, o primeiro, também alçado a fundamento da República pela Constituição e inspirador dos mais básicos dentre os direitos fundamentais⁵, incide na ideia do trabalho, e por extensão do salário, como via de acesso a direitos exigidos para uma vida digna.

3 A CLT distingue “salário” de “remuneração”, de tal modo que aquele, de viés puramente contraprestativo, seria espécie deste último. Não obstante, a doutrina admite o uso dos termos como sinônimos, tendo “salário” tanto um sentido restrito como outro mais amplo, que se confunde com o de “remuneração”. Seguimos neste estudo a visão de Nascimento e outros, de que “salário e remuneração são sinônimos” (1994, p. 27).

4 A doutrina trata de princípios como núcleos fundantes de um sistema jurídico, sendo muitos deles positivados em lei e assumindo quatro funções principais: inspiradora do legislador, interpretativa, integrativa de lacunas e de sistematização do ordenamento jurídico (Schiavi, 2012).

5 Mendes e Branco, ecoando pensamento de Ingo Sarlet, apontam que a dignidade humana “inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito a vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança” (2017, n.p.).

Azevedo (2002) pontua que a noção de dignidade da pessoa humana como princípio jurídico é recente, ganhando peso a partir do conceito de Kant de “imperativo categórico”, a determinar a intangibilidade da vida humana como ditame absoluto. Numa ordem lógica, ele aponta, “a dignidade dá base jurídica à exigência do respeito à integridade física e psíquica [...] e aos meios mínimos para o exercício da vida” (2002, p. 116, grifo nosso). Também Barroso (2012) enfatiza a relação direta entre a dignidade humana e o direito a meios mínimos capazes de prover as necessidades básicas, conceito desenvolvido por doutrinadores como Ricardo Lobo Torres, Ingo Sarlet, John Rawls e Jürgen Habermas.

[...] a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, em cujo âmbito merece destaque o conceito de mínimo existencial. Para ser livre, igual e capaz de exercer sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. Vale dizer: tem direito a determinadas prestações e utilidades elementares (Barroso, 2010, p. 25-26)

O “mínimo existencial”, afirma Sarmento (2016), constitui um dos núcleos da dignidade humana no direito constitucional pátrio, ao lado da autonomia, do valor intrínseco da pessoa e do reconhecimento intersubjetivo. Disposições da CRFB nessa linha incluem o art. 7º, que impõe salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas e garantia de salário nunca inferior ao mínimo a quem tem remuneração variável.

A dignidade humana se reflete ainda em outros princípios protetivos do salário. É o caso do princípio da irredutibilidade do salário, que veda a redução no valor da remuneração, em vista de seu caráter alimentar, isto é, de ser essencial à subsistência do trabalhador. Antes de 1988, essa diretiva já era inferida da vedação à alteração contratual lesiva ao trabalhador do art. 468 da CLT, por sua vez reflexo do princípio geral *pacta sunt servanda*; mais tarde, a CRFB trouxe o princípio de forma literal em seu art. 7º, VI. A irredutibilidade traduz ainda dimensão específica da intangibilidade dos salários, segundo a qual a ordem jurídica deve assegurar o montante, valor e disponibilidade dessa parcela em favor do empregado (Delgado, 2013).

A natureza alimentar do salário justifica também a sua impenhorabilidade, inscrita no Código de Processo Civil (CPC). Historicamente, a garantia da não penhora do estritamente necessário à sobrevivência do executado, diz Assis (2016), remonta ao período romano da *extraordinaria cognitio*, quando era denominada *beneficium competentiae* (benefício de competência). Do ponto de vista contemporâneo, o princípio da impenhorabilidade aplicado ao salário se fundamenta na proteção da dignidade da pessoa humana, assegurando ao devedor um patrimônio mínimo para sua sobrevivência.

Medina (2020) leciona que a responsabilidade patrimonial abrange todos os bens do obrigado na execução, sendo a penhora o ato que define, judicialmente, sobre quais deles vão recair os atos executivos. A norma processual, em seu art. 833, exclui

parcelas de cunho salarial da regra geral da penhorabilidade dos bens do executado, salvo nos casos de pagamento de prestação de cunho alimentício e de valores que excedam 50 salários-mínimos, conforme posto no caput, inciso IV e § 2º do dispositivo.

Passando da esfera legal para a judicial, as parcelas salariais que deixam de ser pagas ao trabalhador pelo empregador mantêm a mesma natureza alimentícia, e por isso recebem também proteção do ordenamento jurídico em relação a outras dívidas. Trata-se aqui do crédito trabalhista, cujo adimplemento, tal como o pagamento do salário, é assegurado como forma de realização dos princípios da proteção do trabalho e do trabalhador, da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

Nesse sentido, a Constituição define o crédito alimentício em seu art. 100, § 1º, como o oriundo de salários, vencimentos, proventos, pensões, entre outras verbas, determinando a preferência de seu pagamento ante todos os demais devidos pelas Fazendas Públicas, em todas as esferas, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, especialmente quando sejam dele titulares pessoas idosas, com deficiência ou com doença grave. Já a Lei 11.101/2005 impõe a precedência do crédito trabalhista sobre os demais, salvo extraconcursais, nos casos de falência (art. 83, I); e, nos casos de recuperação judicial, prevê a quitação desses créditos em até um ano, prazo que pode ser estendido em até dois anos, quando houver anuência dos titulares e for garantida a integralidade do pagamento (art. 54, caput e § 2º, II e III).

Já no art. 5º, inciso XXXV, a CRFB assegura que qualquer lesão ou ameaça a direito terá a devida apreciação do Judiciário. A efetividade da tutela jurisdicional, diz Marinoni (2004), constitui direito fundamental, dado que o Estado, ao vedar a autotutela e tomar o monopólio da jurisdição para si, conferiu ao particular o direito de ação, abrangendo o direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito material.

O direito do credor trabalhista reconhecido pelo Estado-juiz conta ainda com garantias no âmbito processual. O adimplemento não espontâneo do crédito alimentar de origem laboral, com lastro em título judicial ou extrajudicial, enseja a execução trabalhista. Conforme Schiavi (2018), a execução no Direito do Trabalho segue os mesmos princípios da execução civil, com reforço dos princípios da celeridade, simplicidade e efetividade do procedimento. Ele enumera como princípios da execução na Justiça do Trabalho, entre outros, o da primazia do credor trabalhista, em razão da natureza alimentar do crédito; o do impulso oficial, disciplinado no art. 878 da CLT e que faculta ao juiz do trabalho iniciar e promover atos executivos de ofício, ante o relevante aspecto social do crédito alimentar, a hipossuficiência do trabalhador e o jus postulandi previsto no art. 791; e o da efetividade, no sentido de que a execução possa vencer a resistência do devedor inadimplente, vinculando seus bens ao processo, a fim de satisfazer o crédito do exequente.

Do exposto se depreende que tanto o salário como o crédito trabalhista são protegidos pelo ordenamento jurídico em razão de seu caráter alimentar, proteção fundada em princípios como os da dignidade humana e da proteção do trabalhador

hipossuficiente, dentre outros acima citados. Porém, a legislação nem sempre considerou essas parcelas no mesmo patamar, de tal modo que a jurisprudência e, num grau bem menor, a doutrina, seguiram e seguem divididas quanto ao deslinde de ações em que o salário do devedor constitui o único bem capaz de assegurar o pagamento do crédito laboral. É o que se verá a seguir.

2. PENHORA DO SALÁRIO NO PROCESSO TRABALHISTA

2.1 PENHORA E IMPENHORABILIDADE

Enquanto o processo de cognição, em geral, visa o reconhecimento de uma obrigação de dar ou fazer, o processo de execução tem como finalidade a “realização forçada de um interesse de que já é certa a tutela” (Carrion, 2013, p. 846). Como instrumento a esse serviço, a penhora é uma medida judicial que permite elencar bens do executado, visando assegurar a satisfação do credor, além de custos do processo. Nesse sentido, atende ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, entre outros que regem o processo.

A penhora, define Schiavi, é um “ato de afetação de determinados bens do devedor que provoca o gravame de vinculá-los ao processo em que se processa a execução” (2018, p. 1288). Ela autoriza o Estado-juiz a ingressar na esfera patrimonial do devedor para assegurar o direito do exequente, permitindo que ocorra, posteriormente, a expropriação (alienação judicial) de bens vinculados à execução. Como notam Jorge Neto e Cavalcante (2012), a penhora não remove a propriedade do executado sobre os bens apreendidos, mas restringe ou retira-lhe a posse, e torna quaisquer atos de disposição ineficazes em face do credor.

No processo trabalhista, a aplicação da penhora é disciplinada não só no art. 899 como em outros dispositivos, principalmente no Capítulo V – Da Execução. Na regulação dessa fase nos processos da justiça laboral, são aplicadas ainda as leis específicas que complementam a Consolidação, a exemplo da Lei 5.584/1970. De forma subsidiária aplicam-se, em primeiro lugar, as disposições da Lei 6.830/1980, que define o processo a ser adotado nas ações de execução fiscal; e, em segundo, o CPC, pela remissão recíproca do art. 15 desse código e do art. 769 da CLT, bem como pela própria Lei 6.830, que em seu art. 1º remete ao CPC.

No código processual civil consta justamente a regra que determina a impenhorabilidade do salário, aplicável ao processo trabalhista. Ela pode ter caráter relativo ou absoluto, existindo assim bens que serão suscetíveis à penhora na falta de outros, e bens “absolutamente impenhoráveis”, no dizer de Santos, “por força de lei, ou pela sua própria natureza, ou por motivos de ordem pública, ou, ainda, em atenção a sentimentos de humanidade, a princípios de equidade, a razões de direito” (1981, p. 293).

2.2 IMPENHORABILIDADE ANTES DO CPC DE 2015

A fala de Santos evoca a forma como as regras da impenhorabilidade eram expressas na norma processual civil até 2015. Em seu art. 649, o CPC de 1973 enumerava, como bens “absolutamente impenhoráveis”, “os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários”, cuja penhora só era admitida para “o pagamento de prestação alimentícia”. A Lei 11.382/2006 chegou a esboçar maior relativização da norma, tornando “penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos”, porém foi obstada por veto presidencial parcial, nestes termos:

[...] é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar. Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração. [...] entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. (Brasil, 2006, grifo nosso)

A dita “tradição jurídica brasileira”, porém, já seguia na contramão das tradições jurídicas de outros países, assim como da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Giordani (2006) lembra que a agência das Nações Unidas, em sua Convenção para Proteção dos Salários, nº 95, recomendava uma forma relativizada de impenhorabilidade em seu Artigo 10, segundo o qual o salário devia ser protegido contra a penhora “na medida considerada necessária para o sustento do trabalhador e sua família” (OIT, 1949).

Também em outros ordenamentos jurídicos, as regras de impenhorabilidade do salário eram relativizadas. O Código de Processo Civil português, por exemplo, ainda reputa, em seu art. 738, impenhoráveis dois terços do valor líquido do salário do executado, até o máximo de três salários mínimos (Portugal, 2013). Já o art. 607 da Ley de Enjuiciamiento Civil da Espanha proíbe apenas a penhora do salário “que não exceda o valor indicado para o salário mínimo interprofissional” (Espanha, 2000), admitindo a constrição nos demais casos, em diferentes percentuais, dependendo do valor.

A tradição de “impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração” encontrava resistência também na doutrina, havendo diversos autores opostos a uma proteção sem critério e quase irrestrita do salário, sobretudo quando ela obste a satisfação de crédito trabalhista. Em crítica veemente, Saraiva ponderou que o veto à Lei 11.382 fazia afronta aos princípios “da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial no que atine à correta distribuição dos direitos fundamentais, premiando-se o rico, o poderoso, o forte, em detrimento do pobre, do necessitado, do hipossuficiente” (2011, p. 569). Na visão do autor, é requerida uma ponderação de princípios, direitos e interesses:

Não se nega que o executado tem direito fundamental à propriedade e à dignidade pessoal. Porém esse direito não é absoluto. Os direitos fundamentais do executado não podem ofender o princípio da efetividade e da isonomia. O exequente, em especial o credor trabalhista, também deve gozar do direito à proteção à sua dignidade pessoal. (Saraiva, 2011, p. 569)

Jorge Neto e Cavalcante, por sua vez, apontaram uma “visão restrita” que relacionava a expressão “prestação alimentícia” apenas aos alimentos previstos no art. 1.694 do Código Civil, isto é, à obrigação decorrente de parentesco ou casamento. Para eles, tal visão

[...] é inaceitável. Todos os valores pecuniários devidos e que são necessários para a subsistência do ser humano, logo, para sua própria dignidade, devem ser considerados como prestação alimentícia. A impenhorabilidade é inaplicável quando o único meio de penhora da obrigação alimentícia é o salário do próprio executado. (Jorge Neto; Cavalcante, 2012, p. 1077)

Também nos enunciados de Direito do Trabalho⁶ surgiram consensos apontando para a relativização. Exemplos da Jornada Nacional sobre Execução na Justiça do Trabalho (2011): o Enunciado 23, que considerou a impenhorabilidade da poupança acima de 40 salários mínimos do CPC de 1973 incompatível com os princípios do Direito do Trabalho, ao blindar o salário e seu excedente tornado poupança; e o 29, que admite penhora de até 30% do salário na execução laboral, por aplicação analógica do art. 1º, § 1º, da Lei 10.820/2003, e pela supremacia do crédito trabalhista no art. 100, § 1º, da CRFB (Enunciados..., [2010?]).

Em sentido oposto, Almeida defendia, antes do CPC de 2015, proteção irrestrita que alcançasse não só o salário, como ainda o crédito trabalhista: “[...] não se pode penhorar, na execução, o salário ou qualquer outro direito trabalhista do empregado, [...] mesmo o crédito trabalhista que ele esteja executando na Justiça do Trabalho” (1998, p. 218).

Mesmo fracassada a tentativa de mitigar a impenhorabilidade do salário no Legislativo, alguns juízes, desembargadores, ministros e cortes do Trabalho foram se aproximando da doutrina majoritária, na busca por conciliar princípios e direitos de devedores e credores trabalhistas. O TRT da 10ª Região, em vários julgados, avaliou como constitucional e legal penhora de 30% do salário para quitar débitos trabalhistas⁷. A Seção Especializada daquela Corte compartilhou do mesmo entendimento, com base no fato de a penhora envolver parcelas de mesma natureza (salarial) e de que “a incidência da penhora apenas sobre pequeno percentual do salário do devedor preserva seu poder

6 Os enunciados, conforme Furtado e Moreira, enquadram-se “no conceito de doutrina jurídica, representam manifestação de estudiosos sobre temas atuais de Direito do Trabalho, representando uma voz que se elevou já dentro do próprio TST, se fazendo ouvir na mais alta Corte trabalhista” (2010, p. 8933)

7 P.e., AP nº 01317-1998-018-10-00-0. 1ª T. Rel. Oswaldo Florêncio Neme Junior. DJ 13/9/2006; e AP nº 01185-1995-015-10-00-7. Rel. Cilene Ferreira Amaro Santos. DJ 22/3/2006.

aquisitivo frente a suas necessidades básicas, bem como garante ao empregado credor a satisfação das mesmas necessidades vitais”⁸.

No mesmo passo, o TST afastou alegação de que a penhora de 50% dos salários de servidor público, sócio de hospital executado por dívida laboral, violaria o princípio inscrito no art. 1º, inc. III, da CRFB: “Não se verifica como a conclusão [...] que determinou a penhora de metade dos vencimentos do servidor público ([...] sócio executado) para pagar valores que este devia a trabalhadores possa violar o princípio da dignidade da pessoa humana”⁹.

Outro exemplo: a Especializada do TRT da 9ª Região alterou, em 2013, a redação da Orientação Jurisprudencial (OJ) EX SE nº 36 para proteger o salário somente até o dobro do teto do salário de contribuição do Regime Geral de Previdência Social (à época, pouco mais de 12 salários mínimos), autorizando a penhora de até 30% do valor acima desse patamar; na versão original, de 2011, a OJ reiterava que o salário era impenhorável.

Na direção oposta, a Seção II Especializada em Dissídios Individuais (SDI-2) do TST havia editado, em 2004, a OJ nº 153, definindo que a regra de impenhorabilidade do art. 649, IV, não admitia leitura ampliada, pois a “prestação alimentícia” excetuada pelo § 2º daquele artigo seria “espécie e não gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista” (TST, 2023, p. E-45). Com base nela, por exemplo, o TST alterou decisão do TRT da 5ª Região que permitira o bloqueio de valor em conta-salário oriundo de aposentadoria para assegurar quitação de dívidas em ação trabalhista (Fontenele, 2010).

Até o fim da vigência do CPC de 1973, a questão evoluiu e teve diferentes encaminhamentos também no âmbito do STJ. Na vertente que reafirmava a impenhorabilidade, incluem-se julgados com base na literalidade do art. 649, inc. IV; no caráter alimentar do salário; e/ou no caráter não alimentar do crédito pleiteado¹⁰. Em julgado de 2009, embora seguindo a mesma vertente, o ministro Massami Uyeda, em relativa abertura, declarou-se pessoalmente contrário à jurisprudência, na qual via um “absolutismo da impenhorabilidade dos salários, uma vez que, embora estes possuam natureza alimentar, nem por isso deixam de ser fonte de quitação de obrigações”¹¹.

Em mudança de rumo, vieram julgados em prol da penhora do salário sob certas condições. Alguns consideravam que a natureza alimentar do pedido justificava a constrição, sendo exemplo uma decisão do ministro Sidnei Beneti que autorizou penhora para pagamento de honorários advocatícios, com base em entendimento da Corte Especial de 2008 de que essas verbas detinham natureza alimentícia¹². Outras

8 TRT. 10ª R. MS nº 00106-2006-000-10-00-2. 2ª SE. Rel. Heloisa Pinto Marques. DJ 4/7/2006.

9 AIRR 1027/2005-013-03-40.7. 2ª-T. Rel. Min. Vantuil Abdala. DEJT 27/3/2009.

10 Entre eles, REsp 54.176/SP. 1994/0028440-3. 6ª-T. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. DJ 13/09/1994. Data de publicação: DJ 31/10/1994 p. 29544; REsp 118.044/SP. 1997/0007237-1. 3ª-T. Rel. Min. Ari Pargendler. DJ 04/05/2000. Data de publicação: RJADCOAS 12/06/2000 p. 103 vol. 12 p. 58; REsp 1074228/MG. 2ª-T. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. DJ 07/10/2008. DJe 05/11/2008; e RMS 39.308. RO 2012/0220467-7. 2ª-T. Rel. Min. Herman Benjamin, DJ: 27/08/2013. DJe 04/10/2013.

11 REsp 1.157.594/RO. 2009/0180238-5. Min. Massami Uyeda. DJ 20/10/2009. DJe 03/11/2009.

12 REsp 948.492. ES 2007/0103337-5. 3ª-T. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJ 01/12/2011. DJe 12/12/2011.

decisões autorizaram a penhora em base puramente principiológica, a exemplo de um julgado segundo o qual a regra do art. 649, IV, do CPC podia “ser mitigada, em nome dos princípios da efetividade e da razoabilidade, nos casos em que ficar demonstrado que a penhora não afeta a dignidade do devedor”¹³.

2.3 IMPENHORABILIDADE PÓS-CPC DE 2015: JURISPRUDÊNCIA DIVIDIDA

A publicação de um novo CPC, em 16 de março de 2015, não ajudou muito a abater as críticas doutrinárias ou as divergências jurisprudenciais em torno da impenhorabilidade do salário. De um lado, a faixa de até 50 salários mínimos mensais protegida pela norma reduzia grandemente as hipóteses de sua aplicação, dada a realidade dos salários no país. De outro, os juristas notaram que, diferente do anterior, o Código já não definia a regra como absoluta, e alguns concluíram daí que sua aplicação poderia ser relativizada pelo juiz no caso concreto. Foi observado ainda que a “prestação alimentícia” agora era excepcionada “independentemente de sua origem”, o que alguns juristas viram como autorização para incluir o crédito trabalhista.

Na doutrina pós-CPC/2015, Schiavi é um dos adeptos da relativização nos casos em que reclamante e executado postulam igualmente verbas de natureza alimentar. Ele opina que, entre prestigiar o credor trabalhista e imunizar o salário do devedor do crédito trabalho, o juiz deve “adotar a teoria do mal menor, constringindo parte do salário do reclamado, em percentual que não atente contra a sua existência digna. Quanto ao percentual da penhora do valor do salário, somente o caso concreto irá revelar” (Schiavi, 2018, p. 1307).

Por sua vez, a jurisprudência se dividiu, grosso modo, entre a) o entendimento literal das disposições do art. 833 do CPC, admitindo somente a penhora do que exceder 50 salários mínimos mensais, e a interpretação restrita quanto à origem da prestação alimentícia; e b) a mitigação da impenhorabilidade na análise do caso concreto, de modo a admitir a penhora do salário de valor menor que o indicado no § 2º do referido artigo.

No primeiro grupo se inclui a já mencionada Seção Especializada do TRT da 9ª Região: em nova revisão da OJ EX SE nº 36, referida acima, em 2017, a Seção retrocedeu e definiu que o salário seria passível de penhora apenas “nas execuções de créditos de prestação alimentícia decorrentes de acidente de trabalho ou doença profissional, bem como, nas demais execuções, na importância que exceder [...] 50 salários mínimos mensais”¹⁴. Há apenas dois anos, o Regional se valeu da nova forma da OJ para suspender liminarmente, em mandado de segurança, penhora de percentual de salário determinada em 1º grau para pagamento de dívida trabalhista (Higídio, 2021).

Na trilha oposta, a favor da mitigação da impenhorabilidade, o TST reeditou, em

13 AgRg no REsp 1.473.848. MS 2011/0290259-4. 3ª-T. Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJ 22/09/2015. DJe 25/09/2015.

14 TST. ROT 3472720215090000. SDI-2. Rel. Alberto Bastos Balazeiro. DJ 19/04/2022. DJe 29/04/2022.

2017, a já referida OJ nº 153, incluindo referência expressa ao CPC de 1973 e assim restringindo, em teoria, a aplicação da normativa jurisprudencial aos atos praticados até março de 2016. E, com base no CPC de 2015, passou a julgar pela penhora do salário, entre outros, em julgados mantendo a penhora de 20% dos vencimentos de um servidor público federal para quitação de dívidas trabalhistas do bar do qual era sócio¹⁵ e restabelecendo penhora de parte da pensão de sócia de empresa para pagamento de dívida trabalhista com um motoboy¹⁶. Estes julgados do TST mencionaram ainda a evolução do entendimento do STJ para admitir a flexibilização da regra do art. 833, IV, do CPC, desde que assegurada a subsistência digna do devedor¹⁷.

Outro exemplo recente da mudança de viés nos tribunais veio do TRT da 6ª Região: em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) acerca da relativização da impenhorabilidade do salário para a satisfação de crédito trabalhista, a corte expressamente decidiu pela mitigação da constrição “desde que se arbitre percentual razoável, que não prive o devedor da subsistência digna”¹⁸.

Impacto maior em relação ao tema adveio ainda mais recentemente, em abril de 2023, quando a Corte Especial do STJ decidiu pela relativização da impenhorabilidade das verbas salariais para pagamento de dívida não alimentar, independentemente da natureza da dívida ou do montante recebido pelo devedor, em caráter excepcional e desde que assegurada a subsistência digna dele e de sua família¹⁹.

Na esteira do novo entendimento do STJ, em junho de 2023, veio mais recente edição da OJ EX SE nº 36 do TRT da 9ª Turma, desta vez certificando que a impenhorabilidade do art. 833, IV, do CPC, não é oponível às prestações alimentícias, créditos trabalhistas inclusive (TRT-9, 2023, p. 76).

3. PANORAMA NO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E EM TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO SELECIONADOS

3.1 LEVANTAMENTO JURISPRUDENCIAL

Diante desse quadro resumido do desenvolvimento da questão nas normas legais, na doutrina e na jurisprudência de cortes superiores e regionais de todo o país, traça-se a seguir um panorama das decisões que tratam da impenhorabilidade do salário no TST e nos TRTs da 2ª Região – São Paulo (TRT-2), 4ª Região – Rio Grande do Sul

15 ROT 100876-81.2018.5.01.0000. SDI-2. Min. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DEJT 22/09/2021.

16 RR 222500-86.2002.5.02.0079. 7ª-T. Min. Rel. Renato de Lacerda Paiva, DEJT 8/10/2021.

17 Tal tese vinha sendo expressa em acórdãos como os do REsp 1.658.069/GO, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 20/11/2017; e do REsp 1.818.716/SC, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi (decisão monocrática), DJe 25/06/2019.

18 TRT-6ª. IRDR 0000517-46.2022.5.06.0000. 6ª-T. Rel. Min. Nise Pedrosa Lins de Sousa. DJe 16/12/2022.

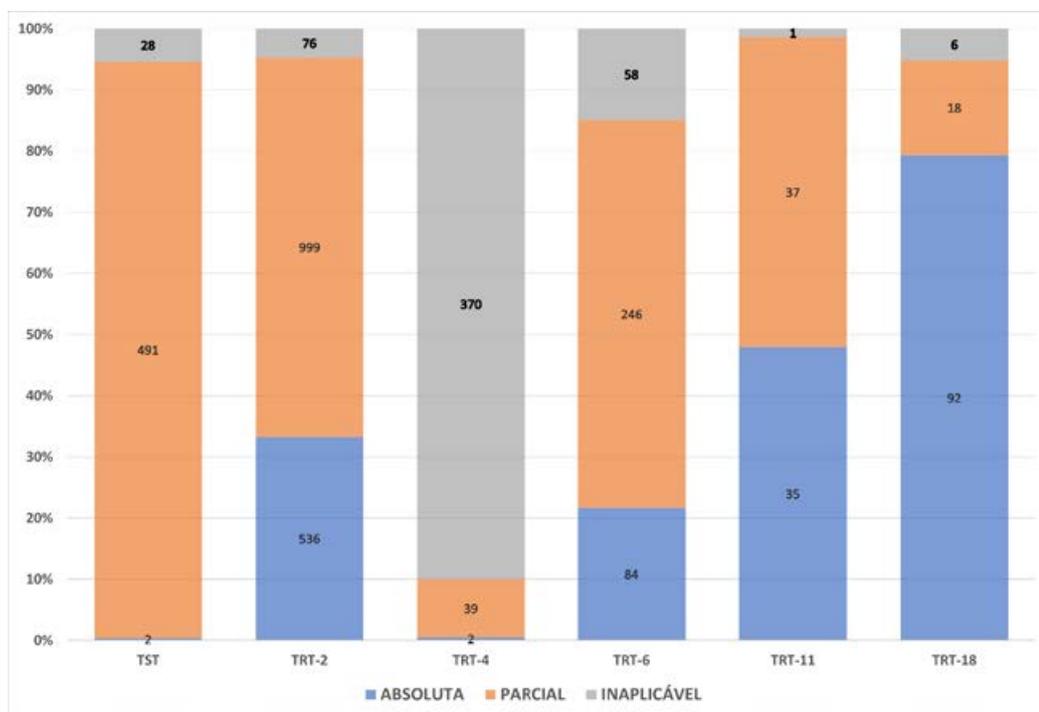
19 EREsp 1.874.222/ DF. STJ – Corte Especial. Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJe 24/05/2023.

(TRT-4), 6ª Região – Pernambuco (TRT-6), 11ª Região – Amazonas/Roraima (TRT-11) e 18ª Região – Goiás (TRT-18), durante pouco mais de dois anos, entre 2021 e 2023. Foi escolhido um tribunal de cada região brasileira, dentre os mais representativos em cada uma delas.

Mediante pesquisa quantitativa por tribunal, apontam-se as principais vertentes decisórias relativas à questão e identificar alguns dos critérios orientadores das decisões nos casos que envolvem a penhora (ou não) de salário para pagamento de dívida trabalhista. O levantamento foi realizado por meio da plataforma jurídica Jusbrasil, tendo como termos de busca “impenhorabilidade”, “salário”, “direito” e “trabalho”, restrito a acórdãos de 1º/11/2021 a 30/11/2023. Dentre os acórdãos resultantes, foram avaliados e computados somente os que enfrentavam diretamente a questão da impenhorabilidade do salário e que tinham ementas disponíveis na plataforma online.

As decisões foram classificadas entre: “Absoluta”, quando o órgão julgador reputou absoluta a impenhorabilidade de salários abaixo de 50 salários mínimos, ou mesmo de qualquer salário; “Parcial”, quando admitiu possível a penhora parcial de salários inferiores ao patamar indicado no § 2º do art. 833 do CPC; e “Inaplicável”, quando entendeu ser inviável qualquer penhora no caso concreto, em face do patamar salarial do devedor. Os dados obtidos a partir do levantamento podem ser conferidos no Gráfico 1.

Gráfico 1 - Quantitativos de decisões em torno da impenhorabilidade do salário nos tribunais



É no TST que a questão surge mais pacificada, com 94,2% das decisões em prol da impenhorabilidade “Parcial” e 0,4% pela “Absoluta”. A grande maioria dos julgados da primeira linha trouxe uma leitura ampliada do CPC, com reconhecimento do caráter

alimentar do salário, ao mesmo tempo afastando a aplicabilidade da OJ nº 153 do órgão.

No TRT-2, 62% das decisões foram na linha “Parcial” e 33,3% na “Absoluta”. Dentre estas, mais de um terço citou a OJ nº 153 entre seus fundamentos, algumas referindo ainda a súmula do Regional que veda a penhora de salários inferiores a 40 salários mínimos²⁰. Vale notar ainda que a Corte admitiu julgar em IRDR, porém este foi rejeitado por falta de quórum para aprovação, em 02/10/2023.

No TRT-4, 90% das decisões seguiram na linha “Inaplicável” e 9,5% na “Parcial”. Aqui uma observação importante: os julgados pela inaplicabilidade de penhora do salário levaram em conta o entendimento da Seção Especializada em Execução (SEEx) do Regional admitindo a relativização da penhora somente para salários acima de R\$ 10.000 – um patamar, como se nota, já amplamente excludente para a maioria dos casos.

No TRT-6, dos julgados avaliados, 63,4% foram na linha “Parcial” e 21,6% na “Absoluta”. Como já apontado, o Regional julgou IRDR, em 05/12/2022, reputando legal a penhora de salário para pagamento de dívida laboral, desde que em percentual razoável e limitado ao referido no art. 529, § 3º, do CPC, ao qual remete o art. 833, § 2º. Das decisões na linha “Parcial”, pouco menos da metade se alinhava com o decidido no IRDR. Por outro lado, algumas decisões na linha “Absoluta” afastaram o incidente como não vinculante.

No TRT-11, bastante dividido, 50,7% das decisões analisadas foram na linha “Parcial”, contra 47,9% na “Absoluta”. O Regional, cabe notar, mantém entendimento sumulado²¹ reputando absoluta a impenhorabilidade da conta salário, nos termos da OJ nº 153 do TST.

Por fim, no TRT-18, 79,3% das decisões seguiram na linha “Absoluta”, ante 18 (15,5%) na “Parcial”. Dentre as primeiras, duas em cada três citaram de forma expressa a decisão em IRDR que estipulou impenhoráveis os salários mensais no valor de até 50 salários mínimos, publicada em 02/03/2023. Desde 2010, cabe apontar, a Corte goiana já mantinha entendimento em súmula com a mesma diretriz²².

À parte a notável harmonização das decisões no TST, a partir dos dados acima, fica evidente a disparidade das decisões sobre a possibilidade de penhora do salário para quitação de débito trabalhista nos Regionais. Até mesmo nas cortes com entendimentos sumulados contrários à penhora – TRT-2, TRT-11 e TRT-18 –, houve vários julgados na direção oposta. E, ainda, em distintos Regionais, a apreciação de questões idênticas em sede de IRDR conduziu a teses opostas, como apontado no caso do TRT-6 e do TRT-18.

E de quais critérios se valeram desembargadores e ministros para decidir nas ações e recursos que tratavam da impenhorabilidade do salário para quitação de dívida trabalhista? De um lado, em oposição à penhora não decorrente do direito de família ou de valor não excedente a 50 salários-mínimos, as principais linhas dos julgados

20 Trata-se da Súmula 21 do TRT da 2ª Região – SP, publicada em 17/09/2014.

21 Súm. 11 do TRT da 11ª Região – AM/RR, publicada no DOE da Justiça do Trabalho em 10, 11 e 12/12/2014.

22 Súm. 14 do TRT da 18ª Região – GO, publicada em 16/06/2010.

defendem que a) o crédito laboral não tem caráter alimentar, ou tem, mas não da “espécie” de “prestação alimentícia” ressalvada pelo CPC; b) a nova redação da OJ nº 153 não restringiu sua aplicação aos casos anteriores ao CPC de 2015, e sim reafirmou a regra; c) a questão já estava definida em súmula, a ser aplicada no caso (nos Regionais); d) a impenhorabilidade visa resguardar o mínimo essencial à subsistência digna do executado, pelo que deve ser reafirmada; e e) a penhora seria hipótese de execução de modo mais gravoso, resultando no aviltamento do executado.

De outro lado, em favor da flexibilização da regra do art. 833 do CPC, os julgadores defendem que a) a redação do CPC de 2015 autoriza, sim, incluir os créditos trabalhistas entre as exceções à impenhorabilidade, tendo eles a mesma natureza alimentar dos salários; b) a OJ nº 153 foi atualizada e resta aplicável somente aos atos praticados sob o CPC de 1973; c) súmula da corte regional não é mais aplicável na vigência do CPC de 2015; d) a penhora atende a dignidade humana do exequente; e) a penhora parcial mantém o respeito à dignidade humana e a subsistência digna do executado; f) a penhora parcial atende aos princípios da efetividade da prestação jurisdicional, da razoabilidade, da valorização do trabalho, e/ou outro(s).

Cabe apontar ainda que muitos acórdãos da linha “Inaplicável” defendiam a mitigação da impenhorabilidade, mas decidiram em contrário porque mesmo um percentual reduzido de penhora poderia inviabilizar a subsistência digna do executado.

Como se vê, enfim, o art. 833 e demais disposições do CPC de 2015 relativas à penhora de salários podem ser interpretados tanto sob um viés restritivo, do qual resulta uma impenhorabilidade absoluta, nos moldes da prevista no código de 1973, como um extensivo, que reconhece o caráter alimentar do débito trabalhista e sua oponibilidade à proibição da penhora do salário do executado. Os mesmos raciocínios conduzem ainda, respectivamente, à reafirmação ou à rejeição dos entendimentos jurisprudenciais acerca da impenhorabilidade, como a OJ nº 153 do TST e súmulas regionais, em face da atualização trazida pelo código.

Assim, de igual forma, um mesmo princípio jurídico pode ser evocado tanto para reiterar a proibição da penhora como para afastá-la. Como visto acima, por exemplo, a dignidade humana pode ser invocada tanto em prol do executado como do exequente, resultando daí julgados que ora reforçam a impenhorabilidade, ora autorizam sua flexibilização.

Nas decisões pela penhora parcial, a própria fixação do percentual de constrição segue critérios bastante diversos, variando entre 50%, deduzidos do art. 529, § 3º, do CPC; 30%, por aplicação analógica do máximo de comprometimento do salário em empréstimos; e outros percentuais, segundo o caso concreto. Varia também o patamar sobre cujo excedente se pode aplicar a constrição: o salário mínimo; R\$ 5.000; R\$ 10.000; o salário mínimo estimado pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese); 40% do teto do Regime Geral de Previdência Social (RGPS); e o dobro do teto do RGPS.

3.2 PRINCÍPIOS, ARGUMENTOS E DECISÕES

Evidenciada a oposição entre as linhas “Absoluta” e “Parcial”, impõe-se a questão: em qual dos dois polos da jurisprudência residem as decisões mais coerentes com os textos legais e precedentes jurídicos relativos à penhora do salário no processo trabalhista? Notando que a mera leitura do texto legal pode conduzir igualmente a decisões pela impenhorabilidade absoluta como pela penhora parcial, como visto acima, defende-se neste estudo uma diretriz que leve em conta os princípios gerais de direito que sustentam os direitos fundamentais envolvidos nestas demandas. Note-se que, além de ter um caráter integrativo do ordenamento jurídico, como define a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei 4.657/1942, os princípios sustentam a imperatividade jurídica de todo o sistema normativo (Ferraz, 2003) e têm um valor normativo por si sós (Alexy, 1993).

De início, seguindo a Constituição, em seu art. 100, e a doutrina de autores como Jorge Neto e Cavalcante, entre outros, há que se reconhecer que o salário e o crédito trabalhista são da mesma natureza: ambos são parcelas de caráter alimentício, devidas em função de relação de emprego, esta judicialmente reconhecida como exigível ante o inadimplemento daquela. Disso decorrerá que, em relação ao direito subjetivo, os dois lados da demanda são assistidos pelo princípio da dignidade humana, no aspecto que supõe a garantia de um mínimo existencial. Igualmente se pode considerar que seus direitos se sustentam no valor social do trabalho, ditame do Estado Democrático de Direito que se relaciona com a dignidade humana (Mendes; Branco, 2017) e que toma o trabalho não só como mecanismo de subsistência, mas como instrumento que dignifica a pessoa humana.

Já no âmbito do direito adjetivo, o credor laboral tem a seu lado o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, impondo ao Estado assegurar meios executivos capazes de dar solução adequada, tempestiva e eficiente ao provimento jurisdicional do direito material, além de outros como a primazia do credor trabalhista. Por sua vez, atua em favor do devedor o próprio princípio da impenhorabilidade, linha de defesa no âmbito executório do processo, estabelecida como regra no CPC, podendo-se citar ainda a intangibilidade salarial.

Estabelecidos os princípios e interesses envolvidos, volta-se à questão em foco: pode a impenhorabilidade do salário ser relativizada em favor do direito do credor trabalhista? No campo do direito subjetivo, os mesmos princípios e fundamentos figuram dos dois lados da equação. Mas, e no campo do direito processual, como sopesar os princípios da tutela jurisdicional efetiva e da impenhorabilidade do salário?

A solução aqui apontada requer considerar que a finalidade dos dois princípios é uma só: assegurar à parte o “mínimo existencial”, como exigência da dignidade humana. Nesse sentido apontam autores como Wambier et al., para quem o objetivo da impenhorabilidade do salário não é senão “resguardar o mínimo essencial à subsistência

digna do executado, não servindo ao propósito de garantir lucro, luxo ou ostentação do devedor, em detrimento da realização do direito do credor” (2015, p. 1927).

Assim, se de um lado é rigor assegurar a existência digna ao devedor, resguardando a parcela salarial que lhe cabe como fruto de relação de emprego, de outro, não se pode chegar ao ponto de lhe permitir o proveito indevido do direito que já foi reconhecido judicialmente ao credor, qual seja, a parcela salarial que, embora inadimplida, é a que lhe cabe como fruto de relação de emprego. Assim, nos dois lados da equação, a impenhorabilidade do salário e a efetiva tutela jurisdicional podem ser tomadas como um mesmo fator: a dignidade humana e a garantia do mínimo existencial.

Na lição de Alexy (1993), a colisão entre princípios enseja a apreciação conforme o postulado da proporcionalidade, pelos critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Em se tratando de princípios equivalentes, ambos podem se impor um ao outro em igual medida, ou ainda se pode buscar no caso concreto o lado a que se pode conferir maior peso. A atenção à exigência do mínimo fundamental é contingente, na medida em que, como nota Petry, por ser conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o mínimo existencial “é regra, uma vez que se aplica por subsunção, constituindo direitos definitivos e não se sujeitando a ponderação” (2014, p. 19).

Disso decorre, enfim, uma necessidade de relativização da regra da impenhorabilidade, de modo a possibilitar a ponderação adequada entre os pleitos de uma e outra parte, e seus fundamentos. Como já mencionado, a impenhorabilidade relativizada prevalece em variados ordenamentos baseados na civil law, bem como nas convenções da OIT.

Feitas essas considerações, e ainda em prestígio da equidade, como exigência da justa aplicação do direito, defende-se neste estudo, enfim, que a impenhorabilidade do salário de ser mitigada a ponto de viabilizar a satisfação do credor e, ao mesmo tempo, sem causar constrição capaz de comprometer a dignidade do devedor.

Como já visto, grande parte dos acórdãos dos tribunais da esfera trabalhista segue nessa mesma direção. Os acórdãos na direção oposta, por outro lado, parecem se prender a questões puramente formais e interpretações radicalmente restritivas, soando em alguns casos como meros artifícios para proteger o devedor trabalhista, livrando-o de toda a responsabilidade pelo inadimplemento de verba salarial do credor. Senão vejamos as principais linhas dos julgados em favor da impenhorabilidade absoluta, elencados no início desta seção:

a) a negação da natureza ou origem alimentar do crédito trabalhista ignora de forma flagrante o disposto no art. 100, § 1º, da CFRB, bem como constitui leitura estreita do CPC de 2015, rejeitando a evidente abertura em relação ao código anterior;

b) a defesa de uma possível reafirmação da OJ nº 153, após sua alteração em 2017, é disparatada e perpetua a mesma antinomia que o TST buscou eliminar com a nova redação;

c) a aplicação automática de súmulas regionais firmadas sob a vigência do CPC de 1973, da mesma forma, produz discrepância com o código processual vigente;

d) a reafirmação da impenhorabilidade como regra voltada a resguardar o mínimo essencial ao executado muito provavelmente não resiste a qualquer análise concreta, visto que a proteção de remuneração até o montante de 50 salários-mínimos defendida em tais casos soa odiosa ante a realidade social e econômica brasileira; e

e) considerar a penhora como forma de execução gravosa, capaz de aviltar a figura do executado, é ignorar de forma obtusa a possibilidade de gradação percentual, autorizada pelo disposto no art. 529, § 3º, referido no art. 833, § 2º, do CPC.

A essas ponderações, soma-se ainda a necessidade de segurança jurídica e do respeito à isonomia. Como princípio, o Estado deve transmitir confiança a seus jurisdicionados mediante decisões coerentes com os textos legais e precedentes jurídicos. Embora não referido expressamente na Constituição Federal, o direito à segurança no âmbito jurídico pode ser deduzido como valor constitucional, pois dá suporte a vários outros direitos fundamentais inscritos na Carta (Sarlet, 2023).

Acima de tudo, a discussão sobre a impenhorabilidade é também acerca do direito fundamental do acesso à justiça. Isso porque a impenhorabilidade absoluta, como defendem e aplicam alguns julgadores, embora possa proteger o direito fundamental do devedor à dignidade humana, de outro lado, em boa parte dos casos o livra de uma responsabilidade que poderia e deveria suportar, ao mesmo tempo em que nega a mesma dignidade humana ao credor trabalhista, alijando-o do direito que lhe foi reconhecido em juízo. Assim, em última análise, a vedação à penhora do salário do devedor trabalhista constitui empate ao pleno e efetivo acesso à justiça para uma parcela dos jurisdicionados do campo laboral.

Como já exposto, enfim, reitera-se a necessidade de um juízo de ponderação para se apreciar a questão da impenhorabilidade do salário no processo trabalhista, juízo que leve em conta os direitos e interesses nos dois polos da questão, bem como os princípios gerais de direito que os informam; em especial, a dignidade humana, que fundamenta tanto a impenhorabilidade do salário quanto a efetividade da prestação jurisdicional que reconhece o direito às verbas salariais na forma do crédito trabalhista.

A mudança no atual cenário da questão impõe a iniciativa de juízes, a quem incumbe o papel de atender aos fins sociais, resguardar e promover a dignidade humana, e observar a razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da lei; de tribunais, para atuar na construção de entendimentos pacificados da legislação processual federal, inclusive com a revisão e/ou cancelamento de súmulas e OJs; e, talvez utopicamente, mas por que não?, de legisladores, na elaboração e discussão de propostas para estabelecer regras claras e justas para a penhora de salários, com atenção à equidade e à isonomia, em especial no processo trabalhista.

Assim, as demandas que opõem a impenhorabilidade do salário e o direito ao crédito trabalhista deixarão de ser causa de insegurança jurídica, ofensa à isonomia e estorvo ao efetivo acesso à justiça, e a apreciação judicial passará a atender os fins sociais e as exigências do bem comum como regra, e não como conveniência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A impenhorabilidade do salário constitui embaraço no âmbito da Justiça do Trabalho do Brasil. Ainda sob a vigência do CPC de 1973, a questão passou a ser objeto de divergência jurisprudencial, quando ficou patente, primeiro na doutrina e depois nos acórdãos, que a vedação quase absoluta à penhora salarial imposta no código muitas vezes dava margem a um desequilíbrio indevido em favor do devedor trabalhista. A reescrita da regra no CPC de 2015, embora bem-vinda, não ajudou muito pacificar o entendimento acerca do tema, tendo talvez evidenciado ainda mais o fosso entre as decisões pró e contra a penhora.

Em boa parte, tal cenário é herança de uma dada “tradição jurídica brasileira” adepta da impenhorabilidade absoluta, que assim a instituiu na lei processual de 50 anos atrás e que até hoje assim a prescreve em seus decisos, com base em súmulas e diretrizes jurisprudenciais calcadas no CPC revogado. Isso ficou evidente no levantamento trazido neste estudo, que notou menções à OJ nº 153 da SDI-2 do TST em muitos julgados em prol da vedação total à penhora.

O mesmo levantamento demonstrou que, embora o entendimento sobre o tema esteja amplamente pacificado na Corte Superior em favor da penhora parcial, o desacordo é grande nos Regionais. Dentro de uma mesma corte, as decisões podem pender para lados opostos quase que em igual medida. Nos TRTs de Pernambuco e de Goiás, o julgamento de IRDR sobre a mesma questão levou a teses frontalmente contrárias. Um quadro, em resumo, de insegurança jurídica, ofensa à isonomia e interdição do pleno acesso à justiça.

Este estudo buscou também expor os princípios jurídicos e direitos fundamentais envolvidos no confronto entre a proteção contra a penhora do salário do devedor e o direito do credor à parcela salarial inadimplida, demonstrando que esse embate na verdade opõe, nos dois lados da equação processual, iguais direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana e garantias ao mínimo existencial.

Da necessária ponderação entre iguais valores se impõe a relativização da regra da impenhorabilidade, de modo a prestigiar os interesses do credor e do devedor de forma equitativa e atenta ao caso concreto, para que, no dizer de Aristóteles, sejam tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Defende-se, por fim, que a relativização da impenhorabilidade do salário seja tomada como um norte na atuação de juízes, desembargadores, ministros e legisladores, como meio necessário de promover a segurança jurídica, a isonomia e o acesso à justiça em torno dessa questão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. (El Derecho y la Justicia). PDF.

- ALMEIDA, I. **Manual de direito individual do trabalho**: o contrato de trabalho: formação, execução, alteração, dissolução. São Paulo: LTr, 1998.
- ASSIS, A. de. **Processo civil brasileiro**: manual da execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 2. ed. em e-book, baseada na 18. ed. impressa. PDF.
- AZEVEDO, A. A. de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 97, p. 107-125, 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>. Acesso em: 6 nov. 2023.
- BARROSO, L. R. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Versão provisória para debate público**. Original mimeografado, 2010. Disponível em: https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/4615/material/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf. Acesso em: 3 nov. 2023.
- BARROSO, L. R. Here, there and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse. **International and Comparative Law Review**, Boston College, Boston, v. 35, p. 331-393, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1945741>. Acesso em: 3 nov. 2023.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**.. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 17 ago. 2023.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 11 dez. 2022.
- BRASIL. Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970. **Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15584.htm. Acesso em: 8 mar. 2023.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 4 fev. 2023.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 dez. 2022.
- BRASIL. Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003. **Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.820.htm. Acesso em: 22 fev. 2023.
- BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 04 jul. 2023.
- BRASIL. **Mensagem nº 1.047, de 6 de dezembro de 2006**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-1047-06.htm. Acesso em: 25 mai. 2023.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 16 dez. 2022.

CARRION, V. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 38. ed. rev. e atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELGADO, M. G. **Salário**: teoria e prática. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

DELGADO, M. G. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudências anteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

ENUNCIADOS da Jornada Nacional sobre Execução na Justiça do Trabalho realizada pela ANAMATRA em Cuiabá no ano de 2010. In: **VLEX**. [S. l.], [2010?]. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/enunciados-da-jornada-nacional-644157081>. Acesso em: 13 jun. 2023.

ESPANHA. Ley nº 1, de 7 de janeiro de 2000. **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**. Madri, 7 jan. 2000. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FONTENELE, A. SDI-2: aposentadoria não pode ser penhorada para pagamento de dívidas trabalhistas (OJ nº 153). **Justiça do Trabalho - Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, p. [n.p.], 5 maio 2010. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/sdi-2-aposentadoria-nao-pode-ser-penhorada-para-pagamento-de-dividas-trabalhistas-oj-n-153->. Acesso em: 4 set. 2023.

FURTADO, E. T.; MOREIRA, J. D. C. **Os enunciados publicados na 1ª Jornada de Direito Material e processual na Justiça do Trabalho**: Inovação e posicionamento entre as fontes do direito e do Direito do Trabalho. Encontro Nacional do CONPEDI (19.: 2010: Fortaleza, CE) Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI – Fortaleza, 2010.

GIORDANI, F. A. M. P. O princípio da proporcionalidade e a penhora de salário: algumas outras considerações. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 29, p. 57-69, 2006. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/105509>. Acesso em: 25 jul. 2023.

HIGÍDIO, J. Liminar do TRT-9 afasta penhora sobre salário de devedora. **Consultor Jurídico**, 10 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-10/liminar-trt-afasta-penhora-salario-devedora>. Acesso em: 17 ago. 2023.

JORGE NETO, F. F.; CAVALCANTE, J. Q. P. **Direito processual do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINONI, L. G. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5281>. Acesso em: 4 ago. 2023.

MENDES, G.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro digital (E-pub).

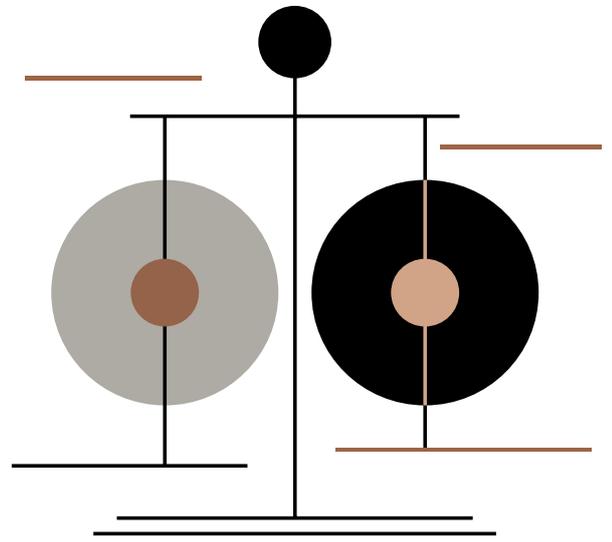
MEDINA, J. M. G. **Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <https://>

- www.jusbrasil.com.br/doutrina/codigo-de-processo-civil-comentado-com-remissoes-e-notas-comparativas-ao-cpc-1973/1197026589. Acesso em: 18 jul. 2023.
- NASCIMENTO, A. M. **Teoria jurídica do salário**. São Paulo: LTr, 1994.
- NASCIMENTO, A. M.; NASCIMENTO, S. M. **Curso de Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C095 - Protection of wages convention, 1949 (Nº 95)**. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C095. Acesso em: 14 dez. 22.
- PETRY, A. T. Mínimo existencial e sua relação com o consumidor. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, [S. l.], v. 19, 2014. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/fdsbc/article/view/3>. Acesso em: 13 nov. 2023.
- PORTUGAL. Lei nº 41, de 26 de junho de 2013. **Aprova o Código de Processo Civil**. [S. l.], 26 jun. 2013. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575>. Acesso em: 20 jun. 2023.
- SANTOS, M.A. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 3.
- SARLET, I. W. Direito fundamental à segurança jurídica na Constituição de 1988. **Consultor Jurídico**. 11 jul. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-11/direitos-fundamentais-direito-fundamental-seguranca-juridica-constituicao/>. Acesso em: 04 out. 2023.
- SARMENTO, D. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SCHIAVI, M. **Manual de Direito Processual do Trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista - Lei n. 13.467 e a IN. n. 41/2018 do TST**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- SCHIAVI, M. **Nova leitura dos princípios do direito processual do trabalho**. 2012. 224 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/5779>. Acesso em: 2 ago. 2023.
- SILVA, H.B.M. **Curso de direito do trabalho aplicado: livro da remuneração**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/curso-de-direito-do-trabalho-aplicado-livro-da-remuneracao/1280040632>. Acesso em: 3 ago. 2023.
- TRT-9 – TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. **Orientações jurisprudenciais da Seção Especializada**. Curitiba, [2014]. Disponível em: [http://www.cursofmb.com.br/arquivosprof/OJ%20TRT9%20\(SE%C3%87%C3%83O%20ESPECIALIZADA\).pdf](http://www.cursofmb.com.br/arquivosprof/OJ%20TRT9%20(SE%C3%87%C3%83O%20ESPECIALIZADA).pdf). Acesso em: 16 ago. 2023.
- TRT-9 – TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. **Orientações jurisprudenciais da Seção Especializada**. Curitiba, [2014]. Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/bancojurisprudencia/api/v1/orientacoesjurisprudenciais/pdf-oj>. Acesso em: 17 ago. 2023.
- TST – TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Secretaria-Geral Judiciária. Coordenadoria de Jurisprudência. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno/Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos**. Brasília:

Coordenação de Serviços Gráficos-CSG/SEG/TJDFT, 2023. Recurso eletrônico.

WAMBIER, T. A. A. *et al* (coords). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

4.



**UMA UNIVERSIDADE PÚBLICA INTEIRA
FINANCIADA POR UM PÓLO INDUSTRIAL DA
AMAZÔNIA: a Universidade do Estado do
Amazonas e um possível novo modelo de
Hélice Tríplice**

INTRODUÇÃO

A Hélice Tríplice da Inovação constrói uma relação entre governo-universidade-empresa mais eficiente, sendo a universidade a indutora das relações com as demais hélices.

À medida que aumenta o número de fontes e níveis de iniciativa entre os protagonistas da Hélice Tríplice é criado um sistema de metainovação, ou seja, uma inovação dentro da inovação.

A Universidade do Estado do Amazonas (UEA), em si mesma, é uma inovação dentro da inovação, e um novo modelo de Hélice Tríplice que pode ser reproduzido em outras esferas no futuro, já que se trata de uma universidade pública mantida, por força de lei, por recursos provenientes de empresas particulares do Polo Industrial de Manaus.

A Hélice Tríplice da Inovação, muito embora conte com contribuições importantes de todos os três elementos que a compõem, aparentemente apenas se faz plena quando a Universidade se apresenta como sua protagonista.

Havendo a incidência de Hélice Tríplice, o ambiente favorável é criado dentro do Estado, onde o Governo exerce sua função de mediador e financiador, a empresa traz sua experiência mercadológica e apoio estrutural, enquanto a Universidade contribui com seu conhecimento e material humano.

O presente trabalho tem como objetivo propor um novo modelo de Hélice Tríplice baseado no caso da UEA, Universidade mantida pelo Governo do Estado do Amazonas, região norte do Brasil, com recursos provenientes do lucro líquido das empresas do Pólo Industrial de Manaus, que aliás recebem seus incentivos através da Lei Federal, com garantia constitucional.

O problema de pesquisa que se impões é: Será a UEA uma exemplo de inovação dentro da inovação, um novo modelo de Hélice Tríplice a ser estudado e implantado em projetos futuros?

A HÉLICE TRÍPLICE E O PÓLO INDUSTRIAL DE MANAUS

A Zona Franca de Manaus (ZFM), também conhecido como Polo Industrial de Manaus (PIM), é um modelo de desenvolvimento econômico implantado pelo governo brasileiro, nos anos 1960, objetivando viabilizar uma base econômica na Amazônia, promover a melhor integração produtiva e social dessa região ao País, garantindo a soberania nacional sobre suas fronteiras.

Em outras palavras, a UEA já nasceu com a vocação para a Hélice Tríplice. Algo que fica ainda mais claro ao analisarmos o seu modo de financiamento.

O financiamento público da UEA tem previsão legal na Lei Estadual nº 2.826 de 29 de setembro de 2003, e também nos termos da Constituição do Estado do Amazonas,

como contrapartida aos incentivos destinados às empresas que se instalam no Polo Industrial de Manaus.

O modelo da Hélice Tríplice coloca, então, a Universidade como instituição protagonista do setor do conhecimento e promotora das relações entre o setor produtivo e o governo.

A Universidade foi, então, responsável direta pela formação de relações entre empresas da Zona Franca de Manaus que jamais haviam formado parceria com o Governo do Estado, antes do período pandêmico. Não fosse o protagonismo da UEA, seja como fonte de conhecimento, seja como intermediadora das relações entre os atores, provavelmente não seria possível a formação desta Hélice Tríplice, nem mesmo a difusão de conhecimento e as ações nela baseadas. À medida que aumenta o número de fontes e níveis de iniciativa entre os protagonistas da Hélice Tríplice é criado um sistema de metainovação, ou seja, uma inovação dentro da inovação.

No caso da UEA, a própria Universidade é mantida pelo Governo do Estado do Amazonas, com recursos provenientes dos lucros líquidos das empresas da Zona Franca de Manaus, que por sinal recebem este incentivo por meio de Lei Federal, com garantia constitucional.

A Hélice Tríplice da Inovação, muito embora conte com contribuições importantes de todos os três elementos que a compõem, aparentemente apenas se faz plena quando a Universidade se apresenta como sua protagonista.

Isto acontece com base na verificação de que quanto maior a busca de conhecimento externo advindo das universidades, maior é o grau de sucesso nas inovações e menor o índice de abandono de projetos (Prestes et al., 2017), bem como Projetos construídos em conjunto com as universidades e centros de pesquisa, podem gerar conhecimento e inovações que permitam aumentar a vantagem competitiva das organizações em relação aos seus concorrentes (Maçaneiro & Cherobin, 2011).

O modelo da Hélice Tríplice coloca, então, a Universidade como instituição protagonista do setor do conhecimento e promotora das relações entre o setor produtivo e o governo, de acordo com Etzkowitz e Leydesdorff (1995), levando a universidade a produzir novos conhecimentos, fomentar a inovação tecnológica e incorporar novas funções no desenvolvimento econômico, além das atividades cotidianas de ensino e pesquisa.

O PAPEL DA UNIVERISIDADE COMO PROTAGONISTA DE UMA HÉLICE TRÍPLICE

A Hélice Tríplice da Inovação constrói uma relação entre governo-universidade-empresa mais eficiente, sendo a universidade a indutora das relações com as demais hélices (Etzkowitz, 2002).

No Estado do Amazonas não foi diferente. O incremento das inovações nos tempos de pandemia experimentaram um aumento nunca antes registrado, e tanto Governo do Estado quanto empresas privadas, além da sociedade civil em si, recorreram à Universidade buscando o conhecimento necessário para criar novas medidas emergenciais de combate à Covid-19.

A Universidade foi, então, responsável direta pela formação de relações entre empresas da Zona Franca de Manaus que jamais haviam formado parceria com o Governo do Estado, antes do período pandêmico.

Em outras palavras, não fosse o protagonismo da UEA, seja como fonte de conhecimento, seja como intermediadora das relações entre os atores, provavelmente não seria possível a formação desta Hélice Tríplice, nem mesmo a difusão de conhecimento e as ações nela baseadas.

Assim, a Universidade do Estado do Amazonas figura como protagonista na Hélice Tríplice da Inovação no Estado.

Sendo a sociedade civil tanto um produto como um processo de indivíduos e grupos, ela cria organizações e movimentos que podem transcender as categorias institucionais tradicionais. É o sustentáculo de uma ordem institucional que facilita o aprimoramento das condições que promovem a inovação. À medida que aumenta o número de fontes e níveis de iniciativa entre os protagonistas da Hélice Tríplice é criado um sistema de metainovação, ou seja, uma inovação dentro da inovação.

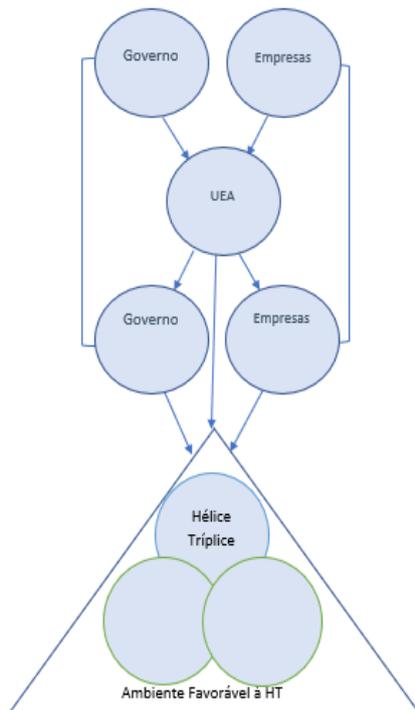
A UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS E UM POSSÍVEL NOVO MODELO DE HÉLICE TRÍPLICE

No caso da UEA, como já exposto, a própria Universidade é mantida pelo Governo do Estado do Amazonas, com recursos provenientes dos lucros líquidos das empresas da Zona Franca de Manaus, que por sinal recebem este incentivo por meio de Lei Federal, com garantia constitucional.

Este ciclo acaba por criar um modelo novo de HT, já que a própria Universidade já nasce com a vocação de pertencer a uma Hélice Tríplice, posto que a sua própria existência como instituição é resultado de um esforço conjunto do Estado com empresas privadas. Assim, além de ser um fruto da união destas instituições, geralmente tão distantes, ela também passa a assumir um papel de liderança, protagonismo e intermediação para a formação de projetos em inovação por Hélice Tríplice.

A universidade do Estado do Amazonas, portanto, em si mesma, é uma inovação dentro da inovação, e um modelo que pode ser reproduzido em outras esferas no futuro.

Figura 1 - Novo Modelo de Hélice Tríplice, sob o protagonismo da UEA



Fonte: elaborada pelo Autor.

O número de convênios para a inovação por Hélice Tríplice, quanto o número de empresas participantes, bem como o valor dos financiamentos dos projetos, aumentou consideravelmente durante a pandemia, conforme dito anteriormente, isso sem mencionar o aumento no número de pesquisadores entre as mais diversas Unidades da UEA.

Havendo a incidência de Hélice Tríplice, como mostram as tabelas, o ambiente favorável é criado dentro do Estado, onde o Governo exerce sua função de mediador e financiador, a empresa traz sua experiência mercadológica e apoio estrutural, enquanto a Universidade contribui com seu conhecimento e material humano.

Desta forma, a pandemia da Covid-19 foi responsável por criar um ambiente favorável para a realização da hélice tríplice na inovação no Estado do Amazonas.

Assim, além de ser um fruto da união destas instituições, geralmente tão distantes, ela também passa a assumir um papel de liderança, protagonismo e intermediação para a formação de projetos em inovação por Hélice Tríplice.

No período pandêmico, a HT foi responsável por diversos projetos de inovação voltados para o combate à COVID-19. Nos anos de 2018/2019 existiam 26 projetos em Hélice Tríplice. Durante a pandemia, entre 2020/2021, houve um salto para 57 projetos. O número de empresas privadas e associações participantes também obtiveram uma evolução, indo de apenas 14 para 27 instituições no mesmo período. Em relação aos investimentos, a diferença é ainda mais expressiva, posto que os valores entre 2018 e 2019 eram da ordem de R\$ 26.763.545,45, e entre 2020 e 2021, estes investimentos

expandiram para R\$ 91.769.504,69, um aumento de cerca de 343% (UEA, 2021).

Figura 2 - Valores dos investimentos em Inovação por Hélice Tríplice (2018-2021)



Fonte: elaborado pelo Autor.

Este ciclo acaba por criar um modelo novo de HT, já que a própria Universidade já nasce com a vocação de pertencer a uma Hélice Tríplice, posto que a sua própria existência como instituição é resultado de um esforço conjunto do Estado com empresas privadas.

A Universidade do Estado do Amazonas, portanto, em si mesma, é uma inovação dentro da inovação, e um novo modelo de Hélice Tríplice que pode ser reproduzido em outras esferas no futuro.

CONCLUSÃO

A Universidade desempenha a missão de manter os papéis acadêmicos tradicionais da reprodução e extensão de conhecimento, mas também os coloca em uma dimensão maior, como parte de seu novo papel, a promoção da inovação, fundamental no desenvolvimento econômico da sociedade.

Percebe-se aqui, de modo muito claro, que o governo não deve assumir um protagonismo na dinâmica da Hélice Tríplice, mas, ao contrário, deve se comportar como um facilitador e moderador das interações entre as hélices. O protagonismo, contudo, recai sobre a figura da Universidade, responsável direta pelo desenvolvimento da economia de uma sociedade baseada no conhecimento.

Em contraste com teorias que enfatizam o papel do governo ou das empresas na inovação, a Hélice Tríplice foca a universidade como fonte de empreendedorismo, tecnologia

e inovação, bem como de pesquisa crítica, educação e preservação e renovação do patrimônio cultural.

Em outras palavras, a universidade é a pá de hélice que atua como importante fonte de novos conhecimentos e tecnologia e o principal gerador das economias baseadas no conhecimento. Ela pode e deve atuar como catalizador da colaboração para com as organizações.

No Estado do Amazonas, estes três atores da Hélice Tríplice viram-se compelidos a estabelecer alianças e interações dadas as circunstâncias emergenciais propiciadas pela pandemia da Covid-19, elevando o número de convênios de inovação no Estado do Amazonas.

No caso específico da Zona Franca de Manaus, a Hélice Tríplice em Inovação foi grandemente fortalecida quando a universidade se apresentou e assumiu um papel de protagonismo durante a pandemia.

O incremento das inovações nos tempos de pandemia experimentou um aumento nunca antes registrado, e tanto Governo do Estado quanto empresas privadas, além da sociedade civil em si, recorreram à Universidade buscando o conhecimento necessário para criar novas medidas emergenciais de combate à Covid-19.

A Universidade parece ter sido, então, responsável direta pela formação de relações entre empresas da Zona Franca de Manaus que jamais haviam formado parceria com o Governo do Estado, antes do período pandêmico.

Em outras palavras, não fosse o protagonismo da UEA, seja como exportadora de conhecimento, seja como intermediadora das relações entre os atores, não seria possível a formação desta Hélice Tríplice, nem mesmo a difusão de conhecimento e as ações nela baseadas.

As tabelas mostradas no capítulo anterior mostraram que tanto o número de convênios para a inovação por Hélice Tríplice, quanto o número de empresas participantes, bem como o valor dos financiamentos dos projetos, aumentou consideravelmente durante a pandemia, isso sem mencionar o aumento no número de pesquisadores entre as mais diversas Unidades da UEA.

CONTRIBUIÇÕES DO ESTUDO

A pesquisa desenvolvida e seus resultados identificados podem indicar algumas contribuições teóricas e práticas, expostas a seguir.

Quanto às teóricas, podemos destacar a adição acadêmica para a literatura de um novo modelo de Hélice Tríplice vocacionada desde o berço, uma vez que a configuração da HT no Estado do Amazonas dá-se por meio de uma Universidade que, além de apresentar-

se como protagonista da relação entre os atores, também constitui-se em uma academia que tem ligações umbilicais tanto com o governo quanto com as empresas da Zona Franca de Manaus. Isto acontece, exatamente, por conta de a UEA, além de ser uma Universidade pública, mantida pelo governo estadual, ainda tem seu custeio fornecido por contribuições legais oriundas dos lucros líquidos das empresas da ZFM que se beneficiam de incentivos fiscais.

Quando às contribuições práticas, ressaltam-se as seguintes:

i) verificação e acompanhamento periódico do papel da UEA, quanto ao protagonismo na relação da Hélice Tríplice, uma vez que seu papel se mostra como fundamental para a formação e manutenção desta relação, inexistente sem a sua intervenção;

ii) demonstrar, cientificamente, aos financiadores da UEA, ao Poder Público e à sociedade em geral, os impactos de suas ações de combate ao COVID-19, originárias da relação de Hélice Tríplice, anteriormente pouco utilizada entre os participantes, obtendo mais atenção para suas potencialidades, necessidades de autonomia administrativa e financeira efetiva e da adição de novas fontes para seu financiamento, proporcionais a sua vocação de “maior universidade multicampi do país”;

iii) auxiliar em tomada de decisões institucionais futuras, visando a formação de novos convênios de inovação por Hélice tríplice e ampliação da eficácia de suas ações;

iv) evidenciar para as autoridades Públicas e Privadas, no Brasil e/ou no estrangeiro, que os incentivos fiscais constitucionais fomentadores da Zona Franca de Manaus, e concentrados no Polo Industrial de Manaus (PIM), garantem o financiamento da UEA, a qual, por sua vez, contribui para o desenvolvimento de inovações e ações que visam melhorar a qualidade vida do cidadão.

REFERÊNCIAS

Champenois, C., & Etzkowitz, H. (2017). From boundary line to boundary space: The creation of hybrid organizations as a Triple Helix micro-foundation. *Technovation*. 76-77. Recuperado de 10.1016/j.technovation.2017.11.002.

Decreto Estadual (Amazonas) nº 21.963/2001. Aprova o Estatuto da Universidade do Estado do Amazonas, dispõe sobre sua estrutura e funcionamento e dá outras providências.

Etzkowitz, H. (2009). *Hélice tríplice: universidade-indústria-governo: inovação em movimento*. Porto Alegre: EDIPUCRS.

Etzkowitz, H., & Zhou, C. (2017). Hélice Tríplice: Inovação e empreendedorismo universidade-indústria-governo. *Estudos Avançados*, 31, 23-48. doi: 10.1590/s0103-40142017.3190003.

Lei Estadual (Amazonas) nº 4.507, de 04 de setembro de 2017. Revoga o artigo 6.º da Lei nº 3.022, de 28 de dezembro de 2005, que “ALTERA a Lei nº 2.826, de 29 de setembro de 2003, que ‘Regulamenta a Política Estadual de Incentivos Fiscais e Extrafiscais, e dá

outras providências’.

Prędkiewicz, K., & Prędkiewicz, P. (2017). Pecking Order Theory and Innovativeness of Companies. In *New Trends in Finance and Accounting* (pp. 631–642). Recuperado de https://doi.org/10.1007/978-3-319-49559-0_58

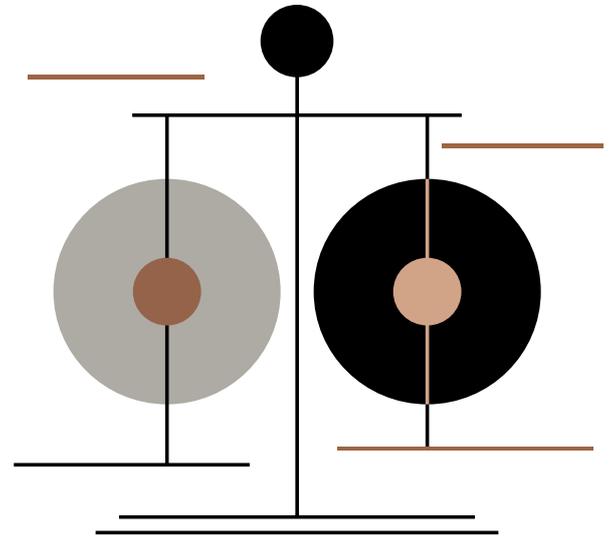
Prestes, G., Xavier, V., Severo, E., & Neumann, J. (2017). *Inovação no Brasil e sua Relação com a Hélice Tríplice Universidade*, 1-16. doi: 10.18226/610001/MOSTRAXVII.2017.75.
Souza, A. *Modelo de avaliação de impacto da universidade na sociedade: um estudo sobre a Universidade do Estado do Amazonas (UEA) / Alcian Souza*. – São Paulo, 2021.

Superintendência da Zona Franca de Manaus. (2018). Recuperado de <http://site.suframa.gov.br/assuntos/modelo-zona-franca-de-manaus/apresentacao-indicadoresdo-pim-ago-2018.pdf>.

Superintendência da Zona Franca de Manaus. (2022). Recuperado de <https://www.gov.br/suframa/pt-br/publicacoes/noticias/pim-fatura-valor-recorde-de-r-145-5-bilhoes-ate-novembro-de-2021>

Universidade do Estado do Amazonas. (2020). Anuário Estatístico UEA em números 2020.
Universidade do Estado do Amazonas. (2021). Estatuto da Universidade. Plano de Desenvolvimento Institucional 2017-2021.

5.



**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE
PERANTE O PODER JUDICIÁRIO:
ANÁLISE SOBRE O PROCESSO DE
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E OS IMPACTOS
NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, a interseção entre saúde e direito se destacou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual afirmou no artigo 196 que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, assegurado por políticas sociais e econômicas que visam reduzir o risco de doenças e outros agravos, garantindo acesso universal e igualitário a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (Brasil, 1988).

Outrossim, o direito à saúde implica obrigações positivas, incluindo a provisão de serviços e recursos essenciais para cuidados de saúde, e, portanto, é reconhecido como um direito social que engloba tanto uma dimensão individual quanto coletiva em sua concretização. No entanto, a população tem enfrentado obstáculos no acesso aos bens e serviços de saúde, em razão de deficiências na oferta de serviços públicos, o que impacta diretamente no aumento das demandas judiciais.

Isto é, em que pese a universalização do direito à saúde por meio de instrumentos normativos específicos e programas estratégicos, para garanti-lo, o cidadão tem buscado assistência do Poder Judiciário. Neste talante, é notória a intervenção do sistema judiciário nos processos e fluxos do sistema de saúde, bem como a falta de coordenação na oferta dos serviços públicos pelos entes federativos responsáveis.

A problemática da judicialização da saúde reflete-se na dificuldade dos cidadãos em acessar os serviços de saúde, levando-os a recorrer ao Poder Judiciário. Este cenário tem resultado em um aumento significativo de demandas judiciais para obter serviços que, teoricamente, deveriam ser acessíveis de maneira simples e direta através da via administrativa.

Assim, questões relacionadas ao acesso a tratamentos, medicamentos e serviços de saúde tem sido apresentadas perante o Poder Judiciário para decisão, muitas vezes em detrimento dos fluxos e procedimentos estabelecidos pelo próprio sistema de saúde, o que pode impactar negativamente a gestão e a eficiência do sistema, bem como comprometer a efetivação dos princípios constitucionais da equidade e da universalidade.

Destarte, a judicialização das demandas de saúde tem aumentado o papel proeminente do judiciário na garantia dos direitos à saúde e na administração do próprio sistema de saúde. Não obstante, muitas dessas questões poderiam ser resolvidas antes de chegarem aos tribunais, por meio de correção de falhas administrativas.

2. O DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 inovou ao consolidar e definir os parâmetros da saúde pública e privada no Brasil. Analisando-se as duas constituições anteriores, verifica-se que tanto a Carta de 1967 quanto a Emenda Constitucional nº 01/1969 abordavam apenas a

responsabilidade da União em formular e implementar um plano nacional de saúde.

Antes da Constituição de 1988, o acesso aos serviços de saúde no Brasil era limitado aos trabalhadores formais e àqueles que podiam pagar pelo atendimento. Não obstante, a insatisfação com a negligência do Estado diante das condições precárias de saúde da população gerou o movimento da Reforma Sanitária nos anos de 1970, o qual surgiu em um contexto de resistência social e política contra o regime autoritário da época (Escorel, Nascimento, Edler, 2005). Assim, com o referido movimento, conquistou-se o direito à saúde, culminando na criação do Sistema Único de Saúde (SUS) na Constituição Federal de 1988.

A atual Constituição elevou a saúde ao status de direito social fundamental, consoante art. 6º, incorporando diversas normas sobre competências legislativas, planejamento e execução das ações de saúde.

Entre suas diretrizes, a CRFB/88 estabelece a competência comum da União, dos Estados e dos Municípios para zelar pela saúde (art. 23, II); a competência da União para legislar sobre temas sanitários (art. 24, XII); a responsabilidade dos municípios, com apoio técnico e financeiro da União e do Estado, para oferecer serviços de saúde à população (art. 30, VII); e define limites mínimos para investimentos de recursos públicos em saúde (art. 34, VI, e). Outrossim, a referida Constituição incluiu uma seção dedicada à saúde no capítulo sobre Seguridade Social, que começa no artigo 196 (Brasil, 1988).

Neste sentido, destaca-se o supracitado artigo 196, o qual preconiza que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, bem como o artigo 198, que define os contornos do Sistema Único de Saúde (Brasil, 1988).

Observa-se que, ao abordar a saúde, o constituinte garantiu-a não só como um direito de todos e uma obrigação do Estado, mas também assegurou o acesso universal (art. 196, caput) e o atendimento integral (art. 198, II), mediante um sistema único de saúde, hierarquizado e organizado (Brasil, 1988).

Ao garantir o acesso universal e igualitário, o constituinte buscou atender a uma demanda social importante que existia no antigo regime, no qual o sistema de previdência social beneficiava apenas aqueles que faziam parte do sistema previdenciário. Em contraste com esse modelo restritivo, a nova proposta visou assegurar a todos o direito ao tratamento preventivo e à assistência curativa, ampliando o atendimento para todas as pessoas.

Inclusive, a Lei nº 8080/90, que regula as ações e serviços de saúde, prevê em seu art. 7º, I, a “universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência” (Brasil, 1990). Nesta linha de intelecção, nota-se importantes preceitos constitucionais acerca do direito fundamental à saúde, tais como os princípios da universalidade, da equidade e da integralidade.

Todavia, mesmo após tantos anos desde a promulgação da Constituição Federal, a saúde ainda enfrenta problemas profundos, pois esse direito fundamental ainda não foi plenamente efetivado conforme previsto nos princípios constitucionais. Nesta perspectiva,

ressalta-se que, no campo jurídico, o direito à saúde é um elemento essencial dos direitos sociais fundamentais. Isto implica uma obrigação constitucional para o Estado de garantir a todos, sem qualquer discriminação, o acesso a todos os aspectos ligados à saúde, sendo impossível, portanto, eximir-se desse dever.

Deste modo, embora o direito à saúde esteja garantido na Constituição, os dados relacionados ao setor revelam falhas e ineficiência do poder público. Por conseguinte, o acesso a bens e serviços de saúde tem sido amplamente buscado por meio da via judicial. Ou seja, em que pese a Constituição Federal de 1988 ter concretizado a universalização do direito à saúde, a população brasileira tem recorrido ao Poder Judiciário para efetivação dos direitos relacionados à saúde.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A judicialização da saúde é um fenômeno que não apenas ilustra as dificuldades enfrentadas pelos pacientes no que tange à efetivação de seu direito, mas também revela falhas no sistema de saúde que precisam ser compreendidas e corrigidas. Neste sentido, vislumbra-se uma interseção complexa entre direito, saúde pública e políticas sociais, bem como uma problemática relacionada à aplicação de princípios constitucionais.

Em verdade, a judicialização de demandas cuja matéria seja a saúde, neste caso, a pública e a suplementar, promoveu a intensificação do protagonismo do Poder Judiciário na efetivação dos direitos à saúde e também sua influência na própria gestão da saúde (Asensi, 2013).

A judicialização da saúde pública começou na década de 1990, com ações judiciais que exigiam tratamentos para pessoas com HIV. As decisões favoráveis aos pacientes representaram um avanço na garantia do acesso universal e integral aos serviços de saúde. Desde então, as demandas se tornaram mais diversas e numerosas, sendo em sua maioria de natureza individual.

Nos últimos 30 anos, tem-se notado, com base nas disposições constitucionais, um aumento constante da judicialização do direito à saúde. Informações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) evidenciam esse crescimento. Em recente pesquisa, verificou-se, com base em dados obtidos por meio da Lei de Acesso à Informação, que a soma dos processos classificados como de saúde na primeira instância de dezessete tribunais de justiça do país chegou a 487.426 no período de 2008 a 2017. O total de processos desses tribunais passou de 41.453 em 2008 para 95.752 em 2017, o que corresponde a um crescimento de 131%. Na segunda instância, entre 2009 e 2017, o aumento das demandas de saúde foi de 85%, de 22.011 para 40.658 processos (Insper, 2019).

Ademais, ressalta-se que, consoante sistematização de Clênio Schulze (2024), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apurou em 2023 que o número de demandas

pertinentes à saúde aponta para 1.307.991 processos judiciais, envolvendo saúde pública e suplementar, sendo 803.149 somente contra a saúde pública (SUS) em suas três esferas de governo.

A judicialização do direito à saúde tem se concentrado em diversos serviços, tanto públicos quanto privados, como o fornecimento de medicamentos, a realização de exames e a cobertura de tratamentos para doenças. Este processo tem levado a um aumento do protagonismo do Judiciário na garantia do direito à saúde, resultando em uma atuação cada vez mais frequente desse Poder na gestão da saúde pública.

Um aspecto relevante da judicialização do direito à saúde é que parte dos indivíduos não visa necessariamente garantir o direito à vida, mas sim busca sustentação em um princípio ainda mais abstrato, denominado dignidade da pessoa humana, de modo que a saúde não seria um fim em si mesmo, mas, sim, um meio para garantia da própria dignidade (Daniels; Sabin, 2002).

De acordo com Schulze e Neto (2015), a judicialização da saúde acontece em duas situações principais: a primeira ocorre quando se busca garantir o exercício de um direito já reconhecido, mas negado na via administrativa, como é o caso de medicamentos, tratamentos ou tecnologias que já estão disponíveis no SUS ou em planos de saúde. A segunda situação surge quando o processo judicial envolve direitos ainda não reconhecidos, como tratamentos que não foram incorporados, não têm registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), ou não estão disponíveis no mercado nacional. Salienta-se que, no segundo caso, é necessária uma análise mais rigorosa, uma vez que não há base legal para a concessão do bem ou serviço solicitado.

Neste contexto, observa-se que a judicialização da saúde evidencia falhas na gestão e disfunções nos sistemas de saúde. Além disso, muitas das demandas judiciais são de caráter individual, sem benefícios diretos para a coletividade. Desta forma, destaca-se a relevância de o Judiciário seguir a legislação e as diretrizes do SUS, ao mesmo tempo em que se reconhece que o fenômeno possibilita aos gestores identificar os problemas de saúde mais prevalentes, fornecendo dados valiosos para aprimorar a gestão e o cuidado na área da saúde (Freitas, 2020).

4. A SAÚDE NO ESTADO DO AMAZONAS

A judicialização da saúde no estado do Amazonas, especialmente em Manaus, reflete uma busca crescente pelo direito de acesso a serviços e medicamentos por meio da via judicial, impulsionada pelas dificuldades de acesso a cuidados de saúde essenciais.

Autores como Barroso (2009) e Sarlet (2007) abordam como o direito à saúde, garantido pela Constituição Federal de 1988, exige que o Estado implemente políticas públicas para sua efetivação. No Amazonas, onde há dificuldades de acesso a medicamentos

e serviços de saúde, principalmente em regiões remotas, este direito muitas vezes só é assegurado por meio de ações judiciais.

Em uma análise sobre a judicialização da saúde em Manaus, notadamente acerca das demandas judiciais entre 2013 e 2017, Araújo e Machado (2020) demonstram que o acesso a medicamentos, exames e tratamentos especializados é uma das principais causas de ações judiciais, com a Defensoria Pública e o Ministério Público desempenhando papel crucial em demandas coletivas e individuais.

Este aumento da judicialização da saúde faz com que o Judiciário atue diretamente na garantia do acesso aos cuidados médicos, como uma via alternativa para assegurar direitos. No entanto, este fenômeno também gera desafios para a sustentabilidade e gestão do SUS, já que as decisões judiciais muitas vezes exigem recursos e reestruturações que impactam a organização e a capacidade de resposta do sistema público de saúde (Araújo; Machado, 2020).

Outro estudo de 2020 analisou 160 processos no Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM) e relevou que a maioria dos pleitos relacionava-se a medicamentos e serviços essenciais. Além disso, notou-se, na referida análise, que aproximadamente 59% das demandas foram julgadas procedentes, garantindo aos requerentes o acesso aos tratamentos solicitados. Todavia, esta alta demanda judicial impõe um desafio à gestão pública de saúde, porquanto muitas decisões impactam diretamente o orçamento do SUS, obrigando-o a custear tratamentos específicos para os indivíduos envolvidos nos processos judiciais (Feitosa, 2020).

A análise da judicialização da saúde no Amazonas revela, assim, um dilema entre a garantia de direitos e a eficácia da gestão pública. A doutrina, ao discutir o tema, busca equilibrar o papel do Judiciário como garantidor do direito à saúde, consoante exigido pela Constituição Federal, e a necessidade de fortalecer o SUS para que as demandas sejam atendidas de forma estruturada e universal, evitando que decisões judiciais isoladas comprometam o atendimento coletivo.

Neste contexto, é preciso refletir sobre quais estratégias poderiam ser implementadas no Amazonas para melhorar a articulação entre os órgãos envolvidos na execução de suas responsabilidades, buscando assim reduzir o volume de demandas judiciais na área da saúde.

Para Asensi e Pinheiro (2016), “a judicialização do direito à saúde tende a ser pensada sob o prisma da propositura de ações judiciais, mas existe uma série de estratégias extrajudiciais que podem ser desenvolvidas com a presença do Judiciário”.

De igual modo, Vilela *et al.* afirmam que somente o diálogo institucional, como forma de interlocução entre os poderes, permite uma relação construtiva entre o sistema de justiça e o sistema de saúde, de forma a vislumbrar a resposta judicial como um mecanismo de fortalecimento do sistema de saúde e não de desestruturação.

Em nível nacional, a Resolução nº 107/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou o Fórum Nacional voltado ao monitoramento e solução de demandas relacionadas à assistência à saúde, o qual tem a função de realizar estudos e sugerir ações normativas e práticas para melhorar procedimentos, fortalecer a eficácia dos processos judiciais e prevenir futuros conflitos.

No Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM), foi criado, em 2018, o Comitê Executivo Estadual de Saúde e o Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário (Natjus), que atua para organizar e agilizar o atendimento das demandas judiciais na área da saúde. Em 2021, com a Resolução nº 1884/2021, o comitê passou a ser designado como Comitê Estadual do Amazonas do Fórum Nacional da Saúde do CNJ, o qual reúne membros de diferentes órgãos públicos, incluindo magistrados, representantes do Ministério Público, secretarias de saúde, procuradorias estaduais e municipais, entre outros (CNJ, 2024).

Conforme exposto no *site* do TJAM, o Natjus consiste em um projeto desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cujo objetivo é agregar conhecimento especializado em saúde ao âmbito judicial. Este núcleo facilita que os juízes tomem decisões mais seguras e eficazes em disputas relacionadas à saúde, promovendo também a prestação eficiente dos serviços de saúde pública. O Natjus utiliza indicadores específicos da judicialização na área da saúde para auxiliar na análise das demandas, permitindo que os gestores do SUS apresentem possíveis soluções antes da concessão de decisões judiciais (TJAM, 2024).

Menciona-se também que foi criada no Amazonas a Câmara de Resolução Extrajudicial de Litígios da Saúde (CRELS), cuja finalidade inicial é buscar soluções extrajudiciais para as demandas de saúde, de forma mais célere, ou seja, visa dar respostas ágeis aos usuários, sem necessidade de recorrer à Justiça. De acordo com a Secretaria de Estado da Saúde do Amazonas (2024), em um ano de implantação da Câmara de Resolução de Litígios, 89,7% das demandas foram solucionadas, sem a necessidade de judicialização, com uma economia de mais de R\$ 1,7 milhão aos cofres públicos.

No entanto, embora iniciativas como o Núcleo de Judicialização da Saúde (Natjus) e a Câmara de Resolução de Litígios tenham sido implementadas no Amazonas para buscar soluções extrajudiciais e melhorar o acesso à saúde, a realidade de acesso a serviços de saúde no estado ainda é bastante desafiadora.

Os supracitados mecanismos foram criados com o objetivo de reduzir a judicialização, proporcionando alternativas para que os conflitos sejam resolvidos sem a necessidade de processos judiciais. Porém, é notória a persistência de dificuldades no sistema de saúde estadual, de modo que a judicialização da saúde continua a ser um fenômeno crescente, refletindo a incapacidade de resolver todos os problemas no âmbito administrativo e extrajudicial.

A falta de recursos, a sobrecarga do sistema de saúde e as dificuldades de gestão em áreas mais isoladas do estado contribuem para que as pessoas busquem, cada vez mais, a

via judicial para garantir o acesso a tratamentos, medicamentos e procedimentos médicos. Isto indica que, embora as iniciativas extrajudiciais tenham dado resultados positivos, ainda existe uma lacuna significativa que leva à judicialização em grande escala, principalmente em um estado como o Amazonas, com vastas dimensões territoriais e desafios específicos.

5. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO SOB A ÓTICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Para Bandeira de Mello (2004), a judicialização é vista como uma ferramenta de controle sobre o Estado, ajudando a assegurar que ele cumpra suas obrigações constitucionais. No entanto, ao mesmo tempo, ela levanta questões sobre a autonomia do Judiciário e sua interferência em políticas públicas de saúde.

A atuação do Poder Judiciário na judicialização da saúde representa um processo no qual o Judiciário desempenha um papel decisivo para assegurar o acesso a serviços de saúde, geralmente como resposta a falhas ou deficiências por parte do Poder Executivo. Não obstante, deve-se levar em consideração que, embora a judicialização busque concretizar o direito à saúde e garantir o acesso à justiça, ela gera impactos complexos.

É cediço que os recursos disponíveis para a saúde são limitados e a execução de serviços de saúde determinados pelo Judiciário pode comprometer verbas destinadas a outras áreas de políticas públicas, uma realidade que geralmente não é considerada no momento em que a decisão judicial é tomada.

Em outros termos, decisões judiciais que favorecem um indivíduo podem desestruturar a alocação de recursos destinada a atender a coletividade. Isto ocorre porque uma ordem judicial pode obrigar o Estado a custear tratamentos de alto custo para uma pessoa, desviando recursos que poderiam beneficiar um grupo maior em políticas públicas planejadas.

Para Botelho (2011), a análise do caso concreto pelo Poder Judiciário, sem consideração das questões econômicas e dos impactos de suas decisões para a coletividade, revela incapacidade de compreensão e de ajuste à realidade. Além disso, de acordo com Barcellos (2010), se o Estado tem o dever de garantir uma prestação a um indivíduo, também tem o dever de garanti-la a todos que dela necessitem e, assim, o controle subjetivo individual do direito à saúde precisa lidar com a reserva do possível.

Wang e Ferraz (2013) apontam, inclusive, que o Poder Judiciário tende a ser mais favorável a decisões individuais do que em ações civis públicas movidas pelo Ministério Público, pois estas últimas, por serem estruturais e buscarem promover mudanças em políticas públicas, provocariam maior impacto econômico, situação em que a Justiça se mostra mais cautelosa. Verifica-se, neste sentido, uma predominância da justiça do caso concreto, denominada pelo ministro do STF Gilmar Mendes como “microjustiça” (Pinto, 2017).

Em verdade, a alocação de recursos públicos para cumprir decisões judiciais em desacordo com as políticas de saúde vigentes beneficia o requerente da ação, mas prejudica a coletividade, que depende do sistema público de saúde. Assim, uma decisão judicial liminar, ou até mesmo uma sentença ou acórdão sem efeitos suspensivos, pode afetar o princípio da igualdade, pois sua aplicação não se estende à população em geral.

Mapelli Júnior resume as críticas que o tema da judicialização desperta, destacando uma polarização entre visões opostas na comunidade jurídica. De um lado, está a defesa da judicialização como um meio legítimo para concretizar os direitos sociais previstos e garantidos pela Constituição de 1988. Em contrapartida, há a crítica de que a litigância na área da saúde, no Brasil, se tornou uma intervenção indevida do Judiciário, que estaria mais adaptado para julgar direitos individuais e despreparado para tratar questões de interesse coletivo (Mapelli Júnior, 2015).

O referido autor analisou o posicionamento da Suprema Corte brasileira, que serve como referência para todo o Poder Judiciário, com base no trabalho de Daniel W. L. Wang. Conforme Wang, o STF tem demonstrado uma certa instabilidade nos critérios usados para julgar ações relacionadas aos direitos à saúde. O autor identifica três correntes de pensamento conflitantes: a primeira se baseia em um sentimento de obrigação moral, no qual o juiz acredita que deve salvar a vida do autor da ação, independentemente do custo do tratamento; a segunda foca na avaliação do pedido levando em consideração as limitações orçamentárias do Estado e a razoabilidade da demanda; e a terceira, além de considerar as limitações financeiras e a razoabilidade, analisa a compatibilidade do pedido com as políticas públicas de saúde do Estado e a comprovação científica da eficácia do tratamento solicitado (Mapelli Júnior, 2015).

Outro ponto relevante é que, em regra, os processos judiciais relacionados à saúde são instruídos de modo precário. Segundo Mappelli Júnior (2015), a produção de provas nestas ações, geralmente, não é sequer admitida, uma vez que as decisões, em sua maioria, são apreciadas por meio de liminares. Isto é, o Poder Judiciário, ao decidir sobre a obrigação do Estado de fornecer um determinado tratamento de saúde a um indivíduo, o faz em cognição sumária, muitas vezes sem considerar as limitações práticas do sistema de saúde pública.

Neste talante, observa-se outra questão que merece reflexão. O Poder Judiciário delibera sobre o dever de prestar ou não um determinado serviço ou bem, mas é o Poder Executivo que tem a competência para concretizar esta determinação. Logo, quando o Judiciário determina a prestação de um serviço de saúde, muitas vezes por meio de decisões liminares, ele está impondo uma obrigação, de modo que o Executivo precisa arcar com os custos e a logística para que essa decisão seja cumprida.

Este distanciamento de responsabilidades pode gerar um desequilíbrio, pois, enquanto o Judiciário age com base no direito individual à saúde, o Executivo enfrenta desafios orçamentários e estruturais para efetivar essas decisões, especialmente em um

sistema de saúde pública já sobrecarregado como o SUS. Neste cenário, em que pese a legitimidade da decisão judicial, a efetivação prática da medida impõe dificuldades para a gestão pública, o que pode representar, inclusive, uma implementação ineficaz ou desigual dos direitos à saúde.

Ressalta-se que o fortalecimento do sistema judiciário e a expansão dos direitos sociais, ambos assegurados pela Constituição de 1988, junto à falha do sistema público de saúde em oferecer os tratamentos, insumos e medicamentos necessários aos pacientes, têm sido fatores que impulsionam a judicialização da saúde (Araújo; Machado, 2020).

Isto posto, a atuação do Poder Judiciário nesta conjuntura reflete uma interseção entre a defesa do direito à saúde e as limitações do sistema público. Enquanto o Judiciário tem a função de garantir direitos fundamentais, ele também precisa reconhecer as implicações de suas decisões no contexto mais amplo da gestão pública, garantindo que a implementação dos direitos seja sustentável e equitativa para toda a população.

6. OS IMPACTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Um aspecto que merece relevância no que tange à judicialização da saúde diz respeito aos princípios que norteiam o próprio sistema público de saúde, isto é, os valores basilares do SUS, que se encontram na Constituição Federal de 1988. Afinal, conforme exposto alhures, o art. 196 da CRFB/88 preconiza que o acesso às ações e aos serviços de saúde deve ser universal e igualitário (Brasil, 1988).

Neste sentido, ressalta-se que as características principais da saúde na Carta Magna referem-se ao seu reconhecimento como direito fundamental e a definição dos princípios que regem a política pública de saúde brasileira (SCHWARTZ, 2003). Logo, faz-se necessário apontar que a judicialização da saúde tem gerado impactos significativos nos princípios constitucionais que regem o Sistema Único de Saúde (SUS), principalmente a universalidade, a equidade e a integralidade.

No que concerne à universalidade, o artigo 196 da Constituição Federal define que a saúde é um direito de todos, independentemente de sua contribuição ou condição econômica, de modo que todos os cidadãos têm direito a atendimento sem qualquer cobrança, assegurado o direito à saúde, à vida e à igualdade de acesso aos serviços, sem discriminação por raça, sexo, religião ou qualquer outra distinção (Matta; Pontes, 2007).

Todavia, a judicialização tem levado a um desvio do referido conceito, ao priorizar demandas individuais, atendidas por meio de decisões judiciais, muitas vezes em detrimento das necessidades coletivas, o que pode enfraquecer a concepção ampla e universal da saúde pública como um direito acessível a todos. Além disso, o foco em solucionar casos específicos pode deslocar recursos limitados, sem considerar o impacto no sistema de saúde como um todo, comprometendo o financiamento e a capacidade de atendimento do SUS.

Por sua vez, o princípio da equidade foi criado para enfrentar as desigualdades sociais e econômicas que dificultam o acesso e a qualidade dos serviços de saúde. Ele busca tratar de maneira diferenciada os indivíduos ou grupos que estão em condições desiguais, alocando recursos onde as disparidades são mais pronunciadas. Embora não esteja explicitamente entre os princípios do SUS, a equidade tem orientado as políticas de saúde, com o objetivo de distribuir os recursos e serviços de forma que atendam de maneira mais eficaz as necessidades específicas de diferentes grupos populacionais, levando em conta suas condições e carências (Matta; Pontes, 2007).

Em verdade, a garantia de igualdade no acesso aos serviços de saúde é um objetivo importante do Estado, mas, na prática, o Brasil enfrenta grandes desigualdades sociais e econômicas, que afetam o acesso dos cidadãos aos serviços públicos de saúde. Essas desigualdades se manifestam em diversas áreas, como a renda, as condições de vida e a escolaridade, gerando disparidades no atendimento às necessidades de saúde da população.

Para alcançar a igualdade de acesso, é necessário que o Estado reconheça essas diferenças e implemente políticas públicas que as abordem. Neste contexto, surge o princípio da equidade, que defende a ideia de tratar as pessoas de forma diferenciada, levando em conta suas condições e necessidades, com o objetivo de alcançar uma igualdade real de oportunidades e acesso, ao menos em teoria. Para Whitehead (1992), a equidade em saúde é atingida quando se assegura igual acesso ao cuidado disponível para iguais necessidades; igual utilização para iguais necessidades; e igual qualidade do cuidado para todos.

Nesta perspectiva, observa-se ainda que, em termos de política pública, o princípio da equidade resulta na distribuição desigual de bens, serviços ou oportunidades entre pessoas ou grupos sociais desiguais, oferecendo-se mais recursos aos desfavorecidos (Escorel, 2009).

Entretanto, é manifesto que as ordens judiciais, muitas vezes, atendem a demandas que não têm um critério de equidade, isto é, priorizam indivíduos em detrimento de grupos mais vulneráveis ou de áreas que necessitam de um maior aporte de recursos. Assim, em vez de garantir um acesso igualitário e proporcional às necessidades da população, as decisões judiciais podem criar desigualdades ao privilegiar alguns em relação a outros, sem considerar as limitações orçamentárias do Estado.

Já a integralidade é explicitamente reconhecida no artigo 198, inciso II, da Constituição Federal, sendo uma das diretrizes fundamentais do Sistema Único de Saúde (SUS). Além disso, pode ser vista como um princípio constitucional mais amplo, uma vez que o artigo 196 da Constituição determina que o Estado deve implementar políticas sociais e econômicas voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde (Brasil, 1988). Outrossim, a Lei nº 8.080/1990, em seu artigo 7º, reforça a integralidade como um princípio do SUS (Brasil, 1990), complementando as diretrizes estabelecidas no artigo 198 da Constituição

O princípio da integralidade, que preconiza a necessidade de um atendimento contínuo e articulado, envolvendo serviços preventivos, curativos e de reabilitação, também pode ser comprometido pela judicialização. Isto porque as decisões judiciais, muitas vezes, determinam o oferecimento de tratamentos de saúde que não se alinham com a rede de serviços públicos disponíveis, resultando em atendimentos desarticulados que afetam a continuidade e a qualidade do cuidado.

Verifica-se este cenário especialmente quando os tribunais ordenam terapias ou intervenções que não consideram as diretrizes das políticas públicas ou a viabilidade desses tratamentos no sistema de saúde público. Desta forma, há um descompasso entre a ordem judicial e a estrutura existente, o que pode gerar tratamentos desorganizados, além de sobrecarregar os recursos do sistema e comprometer a eficácia do cuidado integral à saúde.

Com efeito, para que a integralidade seja alcançada, é preciso que haja integração e articulação das práticas dos profissionais de saúde e da organização dos serviços para prover ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a abrangência das respostas governamentais para enfrentamento dos problemas de saúde e a observância às necessidades de grupos específicos de indivíduos (Mattos, 2009).

Sendo assim, os referidos princípios, quando impactados pela judicialização, criam um cenário no qual a atuação do Judiciário pode colidir com as capacidades e os limites do Estado em fornecer serviços de saúde de forma equitativa e integral para toda a população. Este dilema é refletido na crescente sobrecarga do sistema de saúde e nos conflitos entre os direitos individuais e coletivos. Outrossim, a judicialização, ao priorizar demandas individuais sem considerar o contexto geral, intensifica as tensões entre o atendimento às necessidades individuais e os recursos limitados disponíveis para atender à população como um todo.

7. CONCLUSÃO

O advento da Constituição Federal de 1988 representou um marco fundamental na saúde pública brasileira, visto que consagrou a saúde como um direito social essencial e um dever do Estado. No entanto, a plena efetivação deste direito ainda enfrenta desafios consideráveis, resultando em um quadro de desigualdade no acesso aos serviços e insuficiência no atendimento às necessidades da população, especialmente nas camadas mais vulneráveis.

A judicialização da saúde emergiu como uma resposta à ineficiência do sistema público de saúde e à incapacidade do Estado de assegurar, de forma equânime, o acesso aos serviços de saúde. A crescente demanda por decisões judiciais relacionadas a medicamentos, tratamentos e procedimentos médicos demonstra a fragilidade do SUS e a escassez de recursos adequados para atender a todos os cidadãos conforme os preceitos

constitucionais. Este fenômeno tem ampliado o protagonismo do Poder Judiciário, que passa a ser visto não apenas como um mediador, mas como um executor de políticas públicas de saúde.

Neste contexto, nota-se que o reconhecimento por parte dos cidadãos de sua capacidade de demandar ao Estado a garantia de acesso aos serviços de saúde, aliado à jurisprudência firmada nos tribunais brasileiros que reafirma o dever estatal nesse sentido, evidencia a importância do tema no país. Estes fatores indicam que o direito à saúde no Brasil deixou de ser entendido como uma mera oferta de programas genéricos pelo Estado, para ser reconhecido como um direito público subjetivo do indivíduo, que pode exigir do Estado a disponibilização de serviços e recursos específicos. Em outras palavras, a população parece entender que pode reivindicar diretamente do Estado o acesso a tratamentos e cuidados de saúde, fundamentais para a efetivação desse direito.

Seguindo esta linha de inteligência, verifica-se que a judicialização da saúde, por si só, não constitui um fenômeno necessariamente negativo dentro do contexto do Estado Democrático de Direito. O crescente número de pessoas que recorrem ao Judiciário para garantir seu direito constitucional à saúde pode ser visto como um reflexo do aumento da conscientização da população sobre seus direitos, da maior abertura do Judiciário para as demandas sociais dos grupos mais vulneráveis e de uma fiscalização mais ativa da sociedade sobre as ações do poder público.

Não obstante, a judicialização da saúde, embora tenha permitido que muitos indivíduos garantissem o acesso a tratamentos essenciais, também expõe as falhas na gestão pública e na implementação de políticas de saúde. O aumento contínuo de processos judiciais reflete a falta de uma rede de saúde eficiente e bem estruturada, capaz de atender à demanda da população de forma preventiva e integral, como exige a Constituição Federal de 1988. Além disso, muitos desses processos possuem caráter individual, não contribuindo diretamente para a melhoria coletiva dos serviços de saúde, o que também aponta para a necessidade de uma reforma no modelo de gestão do SUS.

Neste sentido, observa-se que a judicialização da saúde no Brasil, especialmente no Estado do Amazonas, evidencia um fenômeno que reflete as dificuldades do sistema público de saúde em atender de maneira eficaz às necessidades da população. Em regiões como Manaus e áreas mais remotas do Amazonas, o acesso a serviços médicos essenciais, como medicamentos e tratamentos especializados, continua a ser uma preocupação central.

Embora as ações judiciais sejam uma ferramenta importante para garantir direitos, elas também revelam as limitações estruturais do Sistema Único de Saúde (SUS) e os desafios que o Estado enfrenta para fornecer uma cobertura universal e equitativa de saúde. O aumento das demandas judiciais, tanto individuais quanto coletivas, destaca a falha em atender as necessidades de saúde por meios administrativos e extrajudiciais, como tem sido tentado com a criação do Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário (Natjus) e a Câmara de Resolução Extrajudicial de Litígios. Apesar destas iniciativas, a judicialização continua a

ser um reflexo das limitações orçamentárias e da sobrecarga do sistema de saúde pública, especialmente em um estado com grandes dimensões territoriais como o Amazonas.

Do ponto de vista constitucional, a judicialização da saúde levanta questões sobre os princípios que fundamentam o SUS, como a universalidade, equidade e integralidade. Em que pese o direito à saúde seja garantido pela Constituição, a maneira como as demandas individuais são abordadas pelo Judiciário pode gerar uma disfunção entre os direitos dos indivíduos e as necessidades coletivas da população. A priorização de casos específicos por meio de decisões judiciais pode desviar recursos e comprometer a oferta de serviços de saúde para grupos mais vulneráveis, em detrimento de uma distribuição equitativa e adequada das políticas de saúde.

Em verdade, a interpretação das normas constitucionais e das leis que as complementam e integram deve considerar a realidade prática. Não é suficiente que a Constituição assegure determinados direitos ou garantias se, na prática, sua implementação não for viável.

Ou seja, é necessário que o Judiciário, ao lidar com questões de saúde, atue dentro dos limites estabelecidos pela legislação e em conformidade com os princípios do SUS, como a universalidade, a equidade e a integralidade. Outrossim, o fenômeno da judicialização pode servir como uma importante ferramenta para identificar as falhas no sistema e promover melhorias.

Resta evidente que a integração entre os poderes Executivo e Judiciário, por meio de estratégias extrajudiciais, como o fortalecimento de mecanismos de mediação e resolução de conflitos, é essencial para minimizar o impacto da judicialização na gestão pública da saúde. Para que o sistema de saúde no Amazonas e em todo o Brasil seja realmente eficaz, é necessário um esforço conjunto que busque não apenas garantir o direito à saúde, mas também promover uma gestão pública sustentável e equitativa, capaz de atender a todos os cidadãos de maneira integral e eficiente, minimizando a necessidade de intervenção judicial.

Portanto, mostra-se fundamental que o sistema judiciário reconheça as implicações econômicas e sociais de suas decisões na área da saúde, buscando alternativas que harmonizem os direitos individuais com as necessidades coletivas. Menciona-se, por oportuno, que é essencial implementar medidas de governança para reduzir a quantidade de ações judiciais, aprimorar a efetivação do direito à saúde no âmbito administrativo, bem como elevar a qualidade dos serviços prestados na área de saúde e nos serviços de apoio ao Judiciário.

8. REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe D. Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios. In: NOBRE, MAB; SILVA, RAD. O CNJ e os desafios da efetivação do direito à

saúde. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

ARAÚJO, I. C. de S. A Judicialização da Saúde em Manaus: análise das demandas judiciais entre 2013 e 2017. Arca Fiocruz, 2018. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/iciict/31235>. Acesso em: 01 nov. 2024.

ARAÚJO, I. C. de S.; MACHADO, F. R. de S. Ajudicialização da saúde em Manaus: análise das demandas judiciais entre 2013 e 2017. Saúde e Sociedade, v. 29, p. e190256, 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/vzFkLKRd63Gz5yzzhcm9Hn/?lang=pt>. Acesso em: 01 nov. 2024.

ASENSI, F.; PINHEIRO, R. Judicialização da saúde e diálogo institucional: a experiência de Lages (SC). Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 48-65, jul./out. 2016.

BARCELLOS, A. P. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstratas. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Coords.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm. Acesso em: 31 out. 2024.

DANIELS, N.; SABIN, J. Can We Learn to Share Medical Resources? Setting Limits Fairly. Oxford: Oxford University Press, 2002.

FEITOSA, Adriano Gonçalves. Judicialização da saúde e medicamentos em Manaus/AM. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Amazonas, 2020. Disponível em: <https://tede.ufam.edu.br/handle/tede/8000>. Acesso em: 06 nov. 2024.

FREITAS, B. C. de; FONSECA, E. P. da; QUELUZ, D. de P. Ajudicialização da saúde nos sistemas público e privado de saúde: uma revisão sistemática. Interface - Comunicação, Saúde, Educação, v. 24, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/icse/2020.v24/e190345/>. Acesso em: 04 nov. 2024.

INSTITUTO DE DIREITO SANITÁRIO APLICADO (IDISA). Domingueira nº 23 - Junho 2024. Disponível em: <https://idisa.org.br/domingueira/domingueira-n-23-junho-2024>. Acesso em: 02 nov. 2024.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

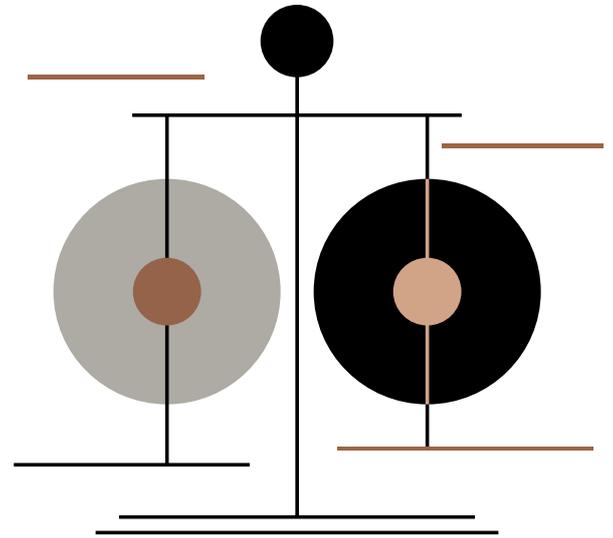
MAPELLI JÚNIOR, R. Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2015.

SCHULZE, C. J.; NETO, J. P. G. Direito à saúde: análise à luz da judicialização. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWARTZ, G. A autopoiese do sistema sanitário. Revista de Direito Sanitário, 2003.

6.



A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA E OS 18 ANOS DA LEI MARIA DA PENHA

1. INTRODUÇÃO

A história de Maria da Penha, personificação do propósito da criação da Lei Maria da Penha é uma narrativa de luta contra a violência doméstica. Seu caso foi levado até a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, que responsabilizou o Brasil pela negligência e omissão em relação à violência doméstica sofrida. Por fim, diante da visibilidade do caso, o Governo Federal promulgou em 7 de Agosto de 2006 a Lei Maria da Penha, com a finalidade de coibir, prevenir e extinguir a violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Durante a pandemia de coronavírus, também conhecida e abordada nesta pesquisa como COVID-19, o Brasil enfrentou um aumento alarmante nos casos de violência doméstica. O isolamento social e as restrições de movimento contribuíram para intensificar as tensões familiares, exacerbando episódios de violência física, psicológica, financeira e sexual. Analisando de uma forma mais intensificada, muitas vítimas se encontraram ainda mais vulneráveis devido à dificuldade de buscar ajuda e apoio durante o confinamento.

Não obstante, organizações e autoridades públicas relataram um aumento significativo nas denúncias efetuadas, principalmente por mulheres contra seus companheiros, refletindo um cenário preocupante de violência contra mulheres, exigindo medidas urgentes para proteger a vulnerabilidade e combater esse problema social persistente.

2. PANDEMIA DE CORONAVÍRUS E ORGANIZAÇÃO DAS FAMÍLIAS BRASILEIRAS

A pandemia de COVID-19 trouxe mudanças significativas na dinâmica social e econômica das famílias brasileiras. As medidas de isolamento social, necessárias para conter a disseminação do vírus, impactaram diretamente a estrutura familiar, exacerbando desigualdades e, em muitos casos, expondo vulnerabilidades estruturais preexistentes. No contexto jurídico, essas mudanças tiveram repercussões marcantes, especialmente no aumento da violência doméstica, uma problemática que se intensificou no ambiente fechado dos lares.

O isolamento social imposto pela pandemia gerou um aumento das tensões dentro das residências. Devido ao fechamento de escolas e creches, bem como à adoção do trabalho remoto, as mulheres, majoritariamente responsáveis pelo trabalho doméstico e cuidado familiar, enfrentaram uma sobrecarga significativa de tarefas. Além disso, a crise econômica, marcada pelo aumento do desemprego e pela perda de renda, atingiu particularmente as famílias de baixa renda, aprofundando as desigualdades e criando um ambiente propício para conflitos intrafamiliares.

É notório que ao longo dos anos, as mulheres brasileiras assumiram responsabilidades adicionais de cuidado, muitas vezes sem suporte adequado. Essa sobrecarga foi acompanhada pelo aumento do consumo de álcool por parte de alguns membros das famílias, um fator que historicamente contribuiu para a escalada de violência nos lares (NATAL, 2007).

A violência doméstica, já uma realidade preocupante no Brasil, apresentou um agravamento expressivo durante a pandemia. As vítimas, confinadas com seus agressores, enfrentaram barreiras ainda maiores para denunciar e buscar ajuda. Dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2019) indicam que houve aumento significativo de feminicídios e de outros crimes graves contra mulheres durante o isolamento. Ao mesmo tempo, medidas protetivas de urgência tiveram uma redução em sua concessão, destacando as dificuldades estruturais do sistema de proteção à mulher.

Além disso, o fechamento de delegacias especializadas e a limitação de atendimentos presenciais agravaram a situação. Mesmo com a existência da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), muitas mulheres continuaram encontrando desafios para acessar os canais de denúncia e proteção, evidenciando a insuficiência do aparato estatal frente a uma crise tão abrangente. O aumento da violência doméstica durante a pandemia destaca a necessidade de aprimorar políticas públicas e estratégias de combate a essa problemática.

A Lei Maria da Penha é um marco significativo, mas sua efetividade depende de um suporte mais robusto por parte do Estado, incluindo maior acesso a medidas protetivas e a ampliação de delegacias da mulher. A pandemia escancarou a insuficiência do Estado em lidar com questões de gênero e violência em momentos de crise, reforçando a necessidade de ações integradas entre o Judiciário, a Saúde Pública e as políticas de assistência social

3. ASPECTOS GERAIS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL.

A violência doméstica no Brasil é um fenômeno complexo, profundamente enraizado em estruturas sociais desiguais e em uma cultura patriarcal que historicamente relegou as mulheres a posições de submissão. Apesar dos avanços legislativos, como a Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006), esse tipo de violência persiste como uma das principais formas de violação dos direitos humanos no país.

Historicamente, a violência doméstica foi naturalizada dentro das relações familiares, sendo ignorada pelo Estado até o final do século XX. Como aponta a autora **Maria Paula Bezerra Coelho (2002)**, as normas legais até o Código Penal de 1940 legitimavam atos de violência contra mulheres em determinadas situações, como no caso de adultério feminino. A Lei Maria da Penha modificou profundamente essa abordagem, incorporando uma perspectiva de direitos humanos ao tratar a violência doméstica como uma violação a ser punida e prevenida.

A compreensão dos seus aspectos gerais e tipos é essencial para abordar a

problemática sob uma perspectiva jurídica e social. **Nelson** tenta definir o termo violência:

“Na ausência de uma definição universal de violência, poderemos definir violência como uma transgressão aos sistemas de normas e de valores que se reportam em cada momento, social e historicamente definido, à integridade da pessoa.”

No Brasil, a violência doméstica é definida na Lei Maria da Penha como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, além de dano moral ou patrimonial. **Maria Berenice Dias (2007)** descreve os principais tipos de violência, também estabelecido no artigo 7º da referida lei, detalhando sua complexidade e impactos:

A violência física é uma das mais nítidas formas de violência, nela inclui qualquer ato que prejudique a integridade física da vítima, como espancamento, lesões com objetos ou queimaduras. Masson (2020, p.87), explica que qualquer conduta que tenha a utilização da força física com o objetivo de ofender a integridade física e a saúde corporal da vítima caracteriza a violência física. **Berenice Dias (2007)** ressalta que até mesmo agressões que não deixam marcas visíveis podem ser reconhecidas legalmente, desde que afetem a saúde corporal.

Em se tratando de violência psicológica, Masson (2020, p.87) objetiva que é caracterizado em qualquer conduta que cause danos à saúde mental da vítima, provocando danos emocionais, ou degradem a autoestima, como manipulação, humilhação e ameaças. Esse tipo de violência é frequentemente subnotificado, pois as vítimas nem sempre reconhecem o abuso psicológico em suas relações.

O terceiro e também mais comum caso é a violência sexual. Ela está definida no artigo 7º, inciso III da Lei Maria da Penha:

(...) 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;

Assim, essa violência consiste em atos que constroem a vítima a práticas sexuais contra sua vontade, incluindo abuso físico, coação ou intimidação. Além disso, a limitação dos direitos reprodutivos da mulher é classificada como violência sexual.

Em uma rápida contextualização, verifica-se que durante a pandemia muitas famílias tiveram sua renda atacada de forma direta ou indiretamente pelo distanciamento social, afetando a economia não somente no Brasil, mas também a economia das famílias.

Outrora, outra violência que podemos perceber durante esse período é a violência patrimonial e financeira, consistindo em reter, subtrair ou destruir bens e/ou recursos financeiros, com o objetivo de manter a vítima economicamente dependente do agressor. Podemos verificar também no inciso IV, da referida Lei:

(...) 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;

Por fim, a violência moral, uma das mais comuns violências conhecidas nas Varas Especializadas em Violência contra a Mulher, consiste nas práticas em que o agressor ataca diretamente a moral e a honra da agredida, condutas que configure calúnia, difamação ou injúria praticada por seu agressor, tipificadas nos artigos 139, 140 e 141 do Código Penal Brasileiro.

Não obstante, no contexto do distanciamento social, precisa-se levar em consideração que esses tipos de violência não são iniciadas e findadas de um dia para o outro, há sempre um *modus operandi*. Um agressor, ao tomar coragem da primeira violência praticada e sem a devida retaliação, parte pra segunda forma de violência. Dessa forma, outro ponto importante que está atrelado aos diferentes tipos de agressão é o ciclo de violência.

Novamente a doutrinadora Maria Berenice Dias (2007, p. 18) explica esse ciclo de violência:

“O ciclo da violência é perverso. Primeiro vem o silêncio seguido da indiferença. Depois surgem as reclamações, reprimendas, reprovações e começam os castigos e as punições. Os gritos transformam-se em empurrões, tapas, socos, pontapés, num crescer sem fim. As agressões não se cingem à pessoa da família, o varão destrói seus objetos de estimação, a humilha diante dos filhos. Sabe que estes são os seus pontos fracos e os usa como massa de manobra, ameaçando maltratá-los.

O ciclo de violência, amplamente discutido no campo jurídico e social, foi originalmente desenvolvido por Lenore Walker em sua obra *“The Battered Woman Syndrome”* (1979) para descrever a dinâmica das relações abusivas, especialmente no contexto da violência

doméstica. Esse ciclo é composto por três fases inter-relacionadas: a fase da tensão, a explosão violenta e a lua de mel.

A primeira fase, denominada “fase da tensão”, caracteriza-se pelo aumento gradativo de conflitos e desentendimentos, resultando em um ambiente marcado pela ansiedade e pelo medo. Em um contexto em que o agressor e o agredido estão 24 horas por dia, 7 dias por semana, no mesmo recinto, entre as 4 paredes do mesmo lar, a tensão e o medo se mostram de forma mais nítidas e recorrentes.

Nessa etapa, o agressor manifesta comportamentos de irritabilidade, ciúmes e agressividade verbal ou emocional. Por outro lado, a vítima tende a agir de forma submissa, tentando evitar confrontos e minimizar a tensão, na esperança de impedir a escalada da violência. Maria Berenice Dias (2007, p. 18) destaca que essa fase envolve manipulação emocional por parte do agressor, enfraquecendo a resistência da vítima e tornando-a mais vulnerável.

Na fase da explosão violenta, ocorre o ápice da violência, que pode assumir alternativamente e até cumulativamente as formas de violência abordadas anteriormente: sejam físicas, verbais, psicológicas, sexuais, patrimoniais e moral. É nessa fase que o agressor perde o controle e age de maneira violenta, enquanto a vítima, geralmente, encontra-se incapacitada de reagir.

Após o episódio de violência, manifesta-se a chamada “fase da lua de mel”, em que o agressor frequentemente tenta se redimir, agindo de maneira carinhosa, arrependida e prometendo mudanças.

Nesse momento, o agressor pede desculpas e manifesta comportamentos afetuosos, buscando reestabelecer a relação. A vítima, em um estado emocional sem estrutura, por sua vez, muitas vezes aceita as desculpas e acredita na possibilidade de mudança, o que a leva a permanecer no relacionamento.

E se essa “melhora” é recebida de “braços abertos” pela vítima, causa segurança para o agressor em reiterar as práticas e condutas e, novamente, o ciclo de violência se repete e se perpetua. Nesse sentido, Berenice afirma:

“facilmente a vítima encontra explicações, justificativas para comportamento do parceiro. Acredita que é uma fase, que vai passar, que ele anda estressado, trabalhando muito, com pouco dinheiro, procura agradá-lo, ser mais compreensiva, boa parceira. Para evitar problemas, afasta-se dos amigos, submete-se à vontade do agressor, só usa as roupas que ele gosta, deixa de se maquiar para agradá-lo. Está conseqüentemente assustada, pois não sabe quando será a próxima explosão, e tenta não fazer nada errado. Torna-se insegura e, para não

incomodar o companheiro, começa a perguntar a ele o que e como fazer, torna-se sua dependente. Anula a si própria, seus desejos, sonhos de realização pessoal, objetivos próprio. Neste momento a mulher vira um alvo fácil.” (DIAS, 2007, p. 19).

A compreensão desse ciclo de violência é essencial no âmbito jurídico, especialmente para fundamentar medidas protetivas e promover a efetiva proteção às vítimas de violência doméstica. A Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006) reflete essa dinâmica ao prever mecanismos de combate aos diferentes tipos de violência e assegurar a proteção integral das vítimas.

4. PANDEMIA DE CORONAVÍRUS. AUMENTO DOS REGISTROS OU AUMENTO DOS CASOS?

O isolamento domiciliar, embora necessário para a saúde pública, tornou o lar um espaço ainda mais perigoso para muitas mulheres. Ao conviver de forma contínua com seus agressores, essas vítimas enfrentaram um aumento significativo de abusos, muitas vezes sem a possibilidade de buscar ajuda externa. O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), por meio dos seus anuários anuais, identificou que, durante os primeiros meses de isolamento, houve uma queda nos registros de denúncias de violência doméstica nas delegacias, reflexo das barreiras impostas pela proximidade constante com o agressor. Simultaneamente, o número de feminicídios aumentou em diversos estados, destacando o agravamento da violência letal contra mulheres no ano de 2019.

Ainda este ano, os registros de casos de violência doméstica cresceram significativamente, de acordo com dados apresentados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Tal aumento deve ser examinado sob diferentes perspectivas, considerando não apenas os números absolutos, mas também os contextos subjacentes que podem ter influenciado essa escalada, como mudanças legislativas, maior conscientização social, o fortalecimento de canais de denúncia e, paradoxalmente, o recrudescimento de desigualdades estruturais.

Dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) confirmam um aumento de 18% nas denúncias realizadas pelos canais Disque 100 e Ligue 180 nos primeiros meses da pandemia. Essa aparente contradição entre os dados de feminicídio e os registros formais de outros tipos de violência é explicada pela subnotificação, causada pelo medo, pela vigilância constante e pelas dificuldades de acesso às redes de apoio.

Segundo os dados do anuário, foram registrados 263.067 casos de lesão corporal dolosa relacionados à violência doméstica em 2019, representando um aumento de 0,8%

em relação ao ano anterior. Além disso, houve crescimento em denúncias de feminicídio e outros crimes conexos. Este fenômeno pode ser compreendido, em parte, como um reflexo da maior visibilidade do tema, fomentada pela aplicação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) e, mais recentemente, pela tipificação do feminicídio como crime hediondo (Lei nº 13.104/2015). Essas legislações contribuíram para ampliar os canais formais de denúncia e reforçar a responsabilização criminal dos agressores.

A ampliação dos canais de denúncia e a mobilização social desempenharam um papel fundamental nesse contexto. Em 2019, houve esforços significativos por parte de organizações governamentais e da sociedade civil para fomentar a conscientização sobre os direitos das mulheres e os mecanismos de proteção disponíveis.

Campanhas como o Agosto Lilás e o fortalecimento da Central de Atendimento à Mulher (Disque 180) desempenharam papel crucial em encorajar vítimas a denunciarem seus agressores. Contudo, a eficácia dessas medidas esbarra frequentemente na escassez de infraestrutura de apoio, como abrigos e assistência jurídica.

Embora o aumento nos registros possa sugerir um agravamento da violência, é crucial destacar que boa parte desse crescimento reflete uma redução da subnotificação. Dados históricos indicam que, até poucos anos atrás, a maioria dos casos de violência doméstica permanecia oculta, devido a barreiras culturais, medo de retaliações ou falta de confiança nas instituições públicas. Portanto, o aumento de 2019 também pode ser lido como um avanço na visibilidade do problema.

Apesar de avanços na legislação e da intensificação de campanhas de conscientização, persistem lacunas na capacidade estatal de atender adequadamente às vítimas de violência doméstica.

A carência de delegacias especializadas, especialmente em regiões periféricas e rurais, limita o acesso à justiça. Além disso, o sistema judiciário enfrenta desafios na aplicação célere das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha. Outro ponto crítico é a formação dos agentes públicos que atuam na linha de frente. Estudos revelam que muitas vítimas enfrentam dificuldades em registrar ocorrências devido à revitimização e à falta de sensibilidade de profissionais em delegacias.

Para Ribeiro (2011, p. 237), a acessibilidade a esse tipo de serviço:

(...). É criar condições de sensibilidade, solidariedade e empatia para com a pessoa que veio buscar uma resposta à sua necessidade quando esta procura, por exemplo, um serviço. Por isso se faz necessário criar espaços novos de acolhida: sejam físicos, quanto subjetivos, isto é, que passem pelas atitudes das pessoas, pois a acessibilidade não é somente feita de estruturas, mas de atitude e gestos concretos.

É imperativo ampliar a rede de atendimento às vítimas, garantindo acesso a abrigos, assistência psicológica e jurídica. Adicionalmente, investimentos em educação para a equidade de gênero desde a infância podem contribuir para mudanças culturais de longo prazo. Políticas públicas devem ser desenhadas de forma integrada, envolvendo não apenas o sistema de justiça, mas também os setores de saúde, educação e assistência social.

Essa abordagem pode proporcionar suporte mais abrangente às vítimas e atuar preventivamente. Ferramentas tecnológicas podem ser utilizadas para monitorar agressores e facilitar o cumprimento de medidas protetivas, como o uso de tornozeleiras eletrônicas. Além disso, é fundamental aprimorar a transparência e a qualidade dos dados estatísticos, permitindo análises mais precisas para a formulação de políticas baseadas em evidências.

O aumento dos registros de violência doméstica em 2019 no Brasil reflete uma realidade multifacetada: por um lado, expõe o desafio persistente de combater uma das formas mais insidiosas de violência; por outro, sinaliza avanços na conscientização social e no acesso à denúncia. A superação desse problema exige não apenas respostas punitivas, mas também investimentos significativos em prevenção, educação e suporte às vítimas. Assim, somente por meio de uma abordagem sistêmica e integrada será possível transformar a realidade da violência doméstica no país.

De acordo com o documento elaborado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública no ano de 2019 - A vitimização de mulheres no Brasil -, 76,4% das mulheres já indicavam que o agressor era um namorado, cônjuge, companheiro, ex-namorado ou mesmo vizinho. O mais agravante era que 42% das mulheres se diziam vítimas de algum tipo de violência dentro da própria casa.

A pesquisa ainda revelou que, considerando o tipo de agressão, sobressaía a vitimização da mulher negra por ofensa sexual (9,5%).

Já no ano de 2020, o Brasil foi marcado por profundas transformações sociais decorrentes da pandemia de COVID-19. Além de mudanças nas dinâmicas de convivência e trabalho, as medidas de isolamento social revelaram um efeito colateral alarmante: o aumento dos casos de violência doméstica. Dessa forma, tornou-se ainda mais evidente à medida que as circunstâncias da pandemia exacerbaram situações de vulnerabilidade e conflito dentro dos lares.

O confinamento imposto pelas medidas de isolamento social, embora necessário para conter a propagação do vírus, também teve como consequência a intensificação das tensões domésticas. Para muitas mulheres e crianças, o lar deixou de ser um espaço seguro, transformando-se em um ambiente de risco.

A análise dos dados do primeiro semestre de 2020, conforme apresentado no Anuário Brasileiro de Segurança Pública evidencia um aumento nos registros de chamadas para o 190 relacionadas à violência doméstica, ainda que os boletins de ocorrência tenham

apresentado leve queda, possivelmente devido à dificuldade de deslocamento das vítimas para as delegacias e à dependência financeira exacerbada dos agressores.

Em números concretos, os acionamentos da polícia militar para casos de violência doméstica cresceram 3,8%, atingindo 147.379 chamadas no período analisado. Contudo, os registros nas delegacias, como lesões corporais dolosas, sofreram uma redução de 9,9%, indicando que o real impacto da violência pode ser ainda maior do que os dados refletem. Este paradoxo estatístico sugere não uma diminuição real da violência, mas sim uma subnotificação, intensificada pelas barreiras de acesso à denúncia durante a crise sanitária.

No âmbito jurídico, a violência doméstica é tratada de forma prioritária pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), que estabelece um conjunto de medidas protetivas para resguardar as vítimas e responsabilizar os agressores. **Contudo, o aumento dos casos em 2020 expôs fragilidades na aplicação prática dessas medidas.** A necessidade de isolamento físico limitou o acesso das vítimas aos mecanismos de proteção, como a solicitação de medidas protetivas de urgência, e sobrecarregou as instituições responsáveis por garantir a segurança das mulheres, como as Delegacias Especializadas em Crimes Contra a Mulher (DECCMs).

Ainda assim, alguns avanços institucionais foram registrados. Diversos estados implementaram sistemas de denúncia remota, como aplicativos e plataformas digitais, visando contornar as dificuldades impostas pelo isolamento. Estas iniciativas, apesar de representarem um avanço, ainda carecem de padronização nacional e de maior divulgação, especialmente em comunidades vulneráveis onde o acesso à tecnologia é limitado.

Não obstante, de acordo com o anuário, no ano de 2021 houve um aumento significativo nos registros de lesão corporal dolosa relacionados à violência doméstica, atingindo mais de 230 mil casos, o que reflete um crescimento de 7,4% em relação ao ano anterior. Além disso, as ligações para o número 190 reportando violência doméstica ultrapassaram 694 mil, evidenciando uma média de mais de um chamado por minuto ao longo do ano. Esses dados refletem a permanência e até o agravamento de uma crise social que coloca mulheres, crianças e outros membros vulneráveis da família em situações de risco extremo dentro de seus próprios lares.

A análise detalhada aponta que os desafios do ano de 2020 não apenas persistiram, mas se aprofundaram em 2021, à medida que muitas vítimas continuaram a enfrentar barreiras para acessar redes de apoio e serviços de proteção. A dependência econômica, o isolamento social prolongado e o aumento do estresse no contexto familiar emergem como fatores críticos que contribuem para a perpetuação da violência doméstica.

Ainda conforme os dados do **Anuário Brasileiro de Segurança Pública dos anos de 2019, 2020 e 2021**, a violência doméstica é, em grande parte, perpetrada por indivíduos próximos às vítimas, como cônjuges, ex-companheiros e parentes diretos. Essa proximidade revela a dinâmica de controle, o perfil e o poder exercida pelo agressor, que

utiliza vínculos emocionais e financeiros para manter as vítimas em um ciclo de violência.

Dados que devem ser destacados, devido ao maior número, é o do ano de 2021. Os dados mostram que, em 81,5% dos feminicídios deste ano, os autores eram companheiros ou ex-companheiros das vítimas, evidenciando o caráter relacional do crime. Esse padrão é reiterado nas ocorrências de lesão corporal dolosa, onde agressores frequentemente utilizam violência física e psicológica para subjugar as vítimas. Esses comportamentos são, muitas vezes, alimentados por crenças machistas e pela naturalização de atitudes abusivas, amplificadas por fatores como consumo de álcool e drogas, estresse econômico e isolamento social.

5. 18 ANOS DA LEI MARIA DA PENHA: (IN)EFICÁCIA E (IN)APLICABILIDADE.

Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), ao completar 18 anos, reafirma sua relevância como marco na proteção às mulheres brasileiras em situação de violência doméstica e familiar. Contudo, os desafios impostos pela pandemia de coronavírus (COVID-19) ressaltaram tanto sua importância quanto suas limitações em cenários de crise. Durante o isolamento social, implementado para conter a disseminação do vírus, o ambiente doméstico tornou-se o principal local de risco para muitas mulheres (Revista A Fortiori, 2021).

Estudos indicam que, no período pandêmico, houve um aumento significativo dos casos de violência doméstica, incluindo feminicídios, além de uma redução no acesso aos serviços tradicionais de proteção devido ao isolamento físico (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021).

O confinamento intensificou a convivência entre vítimas e agressores, dificultando denúncias e aumentando o controle exercido sobre as mulheres dentro do lar. Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2021), o número de feminicídios aumentou 22,2% em alguns estados brasileiros nos primeiros meses de isolamento social.

Esse contexto obrigou a adoção de medidas emergenciais, como a ampliação de canais digitais de denúncia e o fortalecimento de mecanismos de proteção remota. Ferramentas como o aplicativo Direitos Humanos Brasil e o atendimento via Telegram permitiram que vítimas pudessem buscar auxílio sem precisar sair de casa (CNJ, 2020). No entanto, a efetividade dessas iniciativas foi limitada pela desigualdade no acesso à internet e pela falta de privacidade nas residências de muitas vítimas (Revista Intrépido, 2022).

Além dos canais digitais, o Poder Judiciário promoveu adaptações significativas para manter a aplicabilidade da Lei Maria da Penha durante a pandemia. Medidas protetivas de urgência passaram a ser expedidas remotamente, representando um avanço importante na proteção de mulheres em risco iminente (CNJ, 2020).

Contudo, a dependência excessiva da denúncia ativa por parte das vítimas evidenciou a necessidade de políticas preventivas mais robustas. A criação do Formulário Nacional de

Avaliação de Risco pelo Conselho Nacional de Justiça, destinado a prevenir feminicídios, demonstrou-se promissora, mas ainda enfrenta desafios na sua implementação (Revista A Fortiori, 2021).

A pandemia também revelou desigualdades estruturais que dificultam a eficácia da Lei Maria da Penha. Mulheres negras, indígenas e residentes em comunidades periféricas ou rurais foram desproporcionalmente afetadas, enfrentando barreiras adicionais para acessar serviços de proteção. De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2021), a violência doméstica afeta desproporcionalmente grupos vulneráveis, agravando as desigualdades de gênero e raça no Brasil. Essa realidade reforça a necessidade de políticas públicas interseccionais que considerem as especificidades das diversas populações atendidas pela lei.

Entre as lições aprendidas com a experiência pandêmica, destaca-se a importância de expandir a interiorização da rede de atendimento, garantindo que serviços como a Casa da Mulher Brasileira estejam disponíveis em localidades remotas. Além disso, investimentos em tecnologia e capacitação profissional são fundamentais para aprimorar os canais digitais de atendimento, assegurando sua efetividade mesmo em tempos de crise. Campanhas de conscientização pública, que mobilizem a sociedade na criação de redes de apoio, também são cruciais para complementar as estratégias institucionais (Revista Intrépido, 2022)

Ao completar 18 anos, a Lei Maria da Penha reafirma seu papel como instrumento fundamental para a proteção das mulheres brasileiras. Contudo, os desafios vivenciados durante a pandemia de coronavírus evidenciam a necessidade de contínuos aprimoramentos em sua aplicação. Para que a lei se mantenha eficaz e relevante, é indispensável fortalecer as políticas públicas, promover a inclusão digital e garantir a acessibilidade em todos os contextos sociais.

6. ORGANIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.

No contexto jurídico, destacou-se o aumento da violência doméstica, fenômeno que revelou novos desafios ao sistema de justiça no Brasil e no mundo. A violência contra mulheres, um problema estrutural e enraizado em desigualdades de gênero, tornou-se ainda mais evidente com as medidas de isolamento social, que expuseram vítimas a períodos prolongados de convivência com seus agressores e dificultaram o acesso a mecanismos de proteção. Neste cenário, o Poder Judiciário foi convocado a reorganizar-se para responder de maneira efetiva a este agravamento, demonstrando a relevância de suas ações em defesa dos direitos fundamentais.

6.1 O Cenário da Violência Doméstica Durante a Pandemia

A pandemia evidenciou o que muitos especialistas já apontavam: a violência contra a

mulher é exacerbada em momentos de crise social. Dados preliminares de 2020 indicaram um aumento no número de denúncias em canais como o Ligue 180, mas uma redução paradoxal nos registros oficiais em delegacias, possivelmente em razão das dificuldades de acesso físico às instituições de justiça (PAIVA et al., 2022).

Essa contradição aponta para um desafio histórico: a subnotificação da violência doméstica e a invisibilidade de muitas vítimas no sistema judicial. (CNJ, 2020).

Estudos qualitativos realizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) revelaram que a pandemia reforçou obstáculos antigos e introduziu novos desafios ao acesso à justiça. Entre os principais entraves, destacam-se as barreiras tecnológicas, a limitação dos serviços presenciais e a falta de uma rede de proteção amplamente articulada (PAIVA et al., 2022).

Desde a promulgação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), o Brasil adotou um conjunto robusto de medidas legais e institucionais para enfrentar a violência doméstica. No entanto, a pandemia demandou ajustes urgentes no funcionamento do Judiciário. Tribunais e juizados especializados adotaram tecnologias para viabilizar audiências virtuais e a emissão de medidas protetivas de urgência de forma remota (ELZA, Silva. 2022). Essas iniciativas demonstraram a capacidade de adaptação do sistema de justiça, mas também expuseram desigualdades no acesso aos meios digitais.

A análise das atas da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica (COEM), vinculada ao TJRJ, evidenciou a importância de ações integradas entre diferentes órgãos da justiça e redes de apoio. As reuniões semanais realizadas durante o isolamento social buscaram mapear barreiras e propor soluções práticas, como a ampliação de linhas de atendimento telefônico e parcerias com ONGs locais (PAIVA et al., 2022).

6.2 POLÍTICA DE ENFRENTAMENTO

O enfrentamento da violência doméstica pelo Judiciário brasileiro não se dá em um vácuo histórico. Desde a criação das Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher (DEAMs) nos anos 1980 até a implementação de juizados especializados, o país construiu um arcabouço normativo e institucional significativo. Doutrinadoras como Wânia Pasinato ressaltam que o fortalecimento dessas estruturas é essencial para a proteção dos direitos humanos das mulheres e para a promoção da igualdade de gênero.

Ainda assim, como argumenta Saffioti (2004), a violência doméstica reflete uma estrutura patriarcal que vai além da esfera privada, exigindo respostas multidimensionais e articuladas entre Estado e sociedade civil. Durante a pandemia, essas articulações foram testadas, revelando lacunas que precisam ser superadas.

Embora o Poder Judiciário tenha demonstrado resiliência, ainda há muito a avançar. A integração de perspectivas de gênero nas respostas judiciais, conforme recomendado

pelo Comitê CEDAW, deve ser priorizada (PAIVA et al., 2022). Além disso, a ampliação do acesso à tecnologia e a capacitação contínua de magistrados e servidores podem contribuir para reduzir as desigualdades no atendimento às vítimas.

Por fim, o fortalecimento de políticas públicas e redes de proteção, como abrigos e serviços de saúde mental, é indispensável para uma abordagem mais ampla e eficaz no combate à violência doméstica.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia de COVID-19 trouxe à tona diversas fragilidades estruturais das relações familiares no Brasil, expondo desafios sociais intensificados pelo confinamento. As medidas de isolamento social, essenciais para conter a disseminação do vírus, dificultaram significativamente as dinâmicas familiares, gerando um ambiente propício a conflitos e, em muitos casos, à violência doméstica. O cenário evidenciou como o confinamento, aliado a tensões financeiras e emocionais, ampliou a vulnerabilidade de muitas mulheres em situações de abuso.

A Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006), símbolo de luta contra a violência doméstica e fruto da determinação de Maria da Penha Maia Fernandes, demonstrou ao mesmo tempo sua eficácia e suas limitações durante esse período.

De um lado, a legislação reforçou a importância do combate à violência doméstica, proporcionando canais formais para denúncia e medidas de proteção. Por outro lado, sua eficácia plena foi comprometida por obstáculos práticos, como a dificuldade de acesso a mecanismos de apoio e segurança em meio ao isolamento social.

Embora as denúncias tenham aumentado, refletindo uma maior conscientização sobre os direitos das vítimas, a ineficiência na proteção imediata e na aplicação de punições justas aos agressores ainda se mostrou um desafio significativo.

Nesse contexto, o Poder Judiciário brasileiro foi forçado a se modernizar rapidamente, adotando ferramentas tecnológicas para garantir o acesso à justiça. A implementação de audiências virtuais, sistemas de denúncia online e atendimento remoto possibilitou a continuidade dos processos judiciais e a emissão de medidas protetivas, apesar das restrições presenciais. Esse avanço foi crucial para mitigar os efeitos do distanciamento social na segurança das vítimas de violência.

Por fim, a história de Maria da Penha nos lembra que a luta contra a violência doméstica é contínua e exige esforços coordenados entre sociedade, Estado e instituições judiciais. A pandemia reforçou a urgência de políticas públicas mais acessíveis e eficazes, além da necessidade de promover uma cultura de respeito, igualdade e acolhimento para todas as mulheres. Este cenário destaca a importância de fortalecer a rede de proteção e intensificar a implementação da Lei Maria da Penha, garantindo que o direito à dignidade e à segurança prevaleça em todos os lares brasileiros.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 17 ago. 2024;

BRASIL. Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006: Lei Maria da Penha). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm . Acesso em: 17 ago. 2024;

COELHO, Maria Paula Bezerra. Aumento da Violência Doméstica na Pandemia do Coronavírus. , [S.l.], v. 27, p. 1-12, 2024. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/tqcyvQhqQyjtQM3hXRywsTn/#:~:text=As%20organiza%C3%A7%C3%B5es%20voltadas%20ao%20enfrentamento,de%20temores%20sobre%20o%20coronav%C3%ADrus>. Acesso em: 18 set. 2024.

Conselho Nacional de Justiça. Impactos da pandemia na aplicação da Lei Maria da Penha. CNJ. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/relatorio-violencia-domestica-2023.pdf>. Acesso em 05 jul. 2024

DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ELZA, Silva et al. “Impactos da Pandemia na Aplicação da Lei Maria da Penha.” *Intrépido: Iniciação Científica*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 1-18, ago./dez. 2022 Disponível em: <https://periodicos.famig.edu.br/index.php/intrepido/article/view/344>. Acesso em 04 ago. 2024.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019. 1 ed. 2019. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021 DATA FOLHA. Relatório visível e invisível. 3 ed. 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2024.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19. Edição 3, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/fbsp/62> . Acesso em 01 jul. 2024.

Maria da Penha vai à escola: educar para prevenir e coibir a violência doméstica

e familiar contra a mulher / Ben-Hur Viza Myrian Caldeira Sartori, Valeska Zanel org. ; Amanda Kamanchek Lemos ... [et al. – Brasília: TJDFT, 2017. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/abril/e-book-201cmaria-da-penha-vai-a-escola201d-ja-esta-disponivel-para-download#:~:text=O%20%E2%80%9CMaria%20da%20Penha%20vai,Todos%20os%20direitos%20reservados>. Acesso em: 01 jul. 2024.

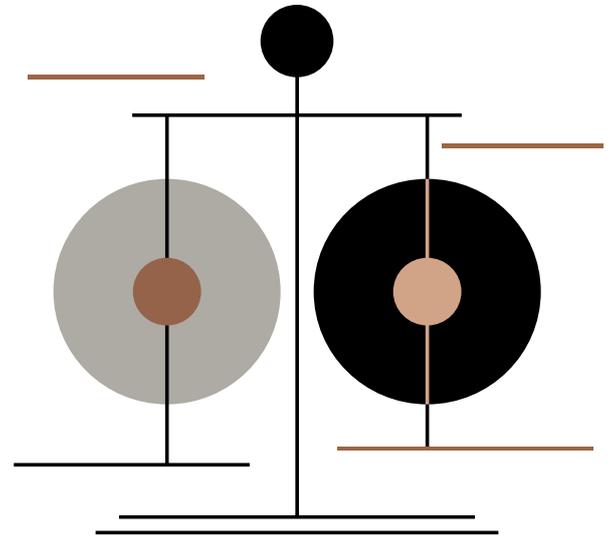
NATAL. Consumo de álcool agrava violência doméstica. Prefeitura de Natal, Natal, 17 jul. 2017. Disponível em: <https://www.natal.rn.gov.br/news/post2/26498>. Acesso em: 01 ago. 2024.

PAIVA, LÍVIA et al. O IMPACTO DA PANDEMIA NOS CASOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER E O ACESSO À JUSTIÇA: UM ESTUDO QUALITATIVO PARA IDENTIFICAR AS BARREIRAS E APRIMORAR A RESPOSTA DO PODER JUDICIÁRIO, [s. l.], v. 9, 17 jul. 2022. DOI 10.19092. Disponível em: www.reedrevista.org/reed/article/view/695/433. Acesso em: 11 set. 2024.

PASINATO, Wânia; COLARES, Elisa Sardão. Pandemia, violência contra as mulheres e a ameaça que vem dos números. Boletim Lua Nova, 20 abr. 2020. Acesso em 02 jul. 2024

RIBEIRO, Joaquim Hudson de Souza. Espaços violados: Uma leitura geográfica e psicossocial da violência sexual infanto-juvenil na área urbana de Manaus (2006-2010). 2011, 328 f. Tese (Doutorado em Ciências) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8136/tde-15052012-121116/pt-br.php>. Acesso em 10/08/2024.

7.



OS LIMITES DA EXPOSIÇÃO: A PRÁTICA DE MONETIZAR CRIANÇAS NAS MÍDIAS DIGITAIS E A EXPLORAÇÃO INFANTIL

Beatriz Araújo de Oliveira

Vânia Maria do Perpétuo Socorro Marques Marinho

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o avanço das tecnologias digitais transformou não apenas a comunicação, mas também o estilo de vida de milhões de pessoas ao redor do mundo. No Brasil, um dos países com maior número de usuários em redes sociais, a internet tornou-se não apenas um meio de interação, mas também uma oportunidade de monetização e, para muitos, uma verdadeira profissão (PENTEADO, 2022). Dentro desse contexto, observa-se um fenômeno que chama atenção pela sua crescente popularidade e pelas implicações éticas e legais que suscita: a monetização da imagem de crianças nas mídias digitais por seus próprios familiares ou responsáveis.

A prática de expor crianças em vídeos, fotos e outros conteúdos nas redes sociais como uma forma de entretenimento ou até mesmo de “diário” pessoal de famílias pode, à primeira vista, parecer inofensiva (OLIVEIRA, 2023). Contudo, à medida que esses conteúdos se popularizam, eles passam a ser um recurso monetizado, transformando crianças em figuras públicas e influenciadores mirins. Este cenário é impulsionado pela tendência do “family vlogging” e do marketing de influenciadores, que utiliza imagens de crianças para atrair a atenção de um público vasto e diversificado, gerando lucros a partir de visualizações, patrocínios e contratos publicitários (SILVA, 2023).

Diante desse cenário, surgem questionamentos relevantes sobre os limites éticos e legais dessa exposição. Em que ponto a prática de monetizar a imagem infantil pode ser considerada exploração? Como o direito brasileiro, especialmente o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), responde a essas novas dinâmicas? Tais indagações evidenciam a necessidade de uma análise cuidadosa sobre como o ordenamento jurídico brasileiro se posiciona frente a essa prática, que ainda é relativamente nova e pouco regulamentada (BRASIL, 1990).

A Constituição Federal de 1988 e o ECA são as principais bases normativas que protegem os direitos das crianças e adolescentes no Brasil (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990). Ambos os textos ressaltam o princípio da proteção integral, que estabelece o dever do Estado, da família e da sociedade em garantir o desenvolvimento saudável e a proteção contra qualquer forma de exploração. No entanto, apesar de robusta, a legislação brasileira não aborda especificamente a questão da exposição digital e da monetização da imagem infantil em redes sociais.

A legislação vigente oferece diretrizes para a proteção de menores em trabalhos artísticos e publicitários, como na televisão e no cinema, onde a atuação de crianças e adolescentes é rigorosamente regulamentada e fiscalizada (BRASIL, 2002). No entanto, o ambiente digital apresenta desafios diferentes e complexos. A falta de regulamentação específica para influenciadores mirins e a ausência de fiscalização nas redes sociais criam

uma lacuna que coloca em risco a integridade e os direitos desses menores, uma vez que, muitas vezes, a prática ocorre sem nenhum tipo de controle (SOARES, 2021).

Além dos aspectos legais, a prática de exposição infantil nas mídias digitais levanta questões psicológicas e sociais. Especialistas apontam que o constante compartilhamento de imagens e detalhes da vida de crianças pode afetar seu desenvolvimento psicológico, expondo-as a riscos como cyberbullying, falta de privacidade e pressão social (SANTOS, 2022). Quando o conteúdo é direcionado para a obtenção de lucro, a situação se agrava, pois a criança pode ser tratada como “produto”, cujo valor é medido pela quantidade de visualizações e interações nas redes (MENDES, 2021).

Diante das transformações sociais impulsionadas pela internet e das limitações legislativas, este trabalho busca investigar em que medida a prática de monetizar a imagem de crianças nas mídias digitais pode ser enquadrada como exploração infantil, utilizando para tanto o ordenamento jurídico vigente como base (PEREIRA, 2020). Este estudo também analisa as consequências dessa prática para o desenvolvimento infantil, considerando tanto os aspectos psicológicos quanto sociais.

Este tema se torna ainda mais relevante considerando que, ao contrário das regulamentações para a televisão e a publicidade tradicional, o universo das redes sociais é muito mais acessível e desprovido de normas claras (FIGUEIRA, 2022). A facilidade de criação e compartilhamento de conteúdos, aliada à ausência de fiscalização, abre caminho para práticas que podem violar os direitos das crianças e adolescentes, exigindo uma reflexão sobre os limites dessa exposição e a responsabilidade dos pais e responsáveis.

A presente pesquisa pretende, portanto, contribuir para o entendimento das responsabilidades e dos limites éticos e legais da exposição infantil nas mídias digitais. Em um cenário no qual crianças são frequentemente expostas em vídeos e publicações que geram lucro para seus responsáveis, torna-se imperativa uma análise jurídica aprofundada para garantir que essa exposição não configure exploração infantil e que o direito à infância seja devidamente preservado.

Assim, este trabalho tem como objetivo analisar como o ordenamento jurídico brasileiro encara essa prática e identificar as lacunas na legislação que possam comprometer a proteção de menores no ambiente digital. Além disso, propõe-se a refletir sobre as possíveis intervenções e diretrizes que podem ser implementadas para assegurar que a integridade física e psicológica das crianças seja mantida, resguardando seus direitos fundamentais.

Para alcançar esses objetivos, o estudo será conduzido por meio de uma pesquisa teórica e documental, com abordagem dedutiva. Serão utilizadas referências doutrinárias, jurídicas e legislativas sobre o tema, incluindo o ECA e a Constituição Federal, além de estudos e artigos sobre os impactos da exposição infantil nas mídias digitais (BRASIL, 1990; SOUZA, 2023). Ao final, busca-se propor diretrizes de regulamentação que estejam alinhadas com a proteção dos direitos infantis e que garantam o bem-estar das crianças envolvidas.

A relevância deste trabalho reside, portanto, na necessidade de um olhar jurídico atento para a proteção das crianças no ambiente digital, em consonância com os princípios da proteção integral e da dignidade da pessoa humana. Em uma sociedade cada vez mais

digitalizada, é fundamental que o direito acompanhe essas transformações para assegurar que o avanço tecnológico não comprometa os direitos fundamentais dos indivíduos mais vulneráveis.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

1.1.1. DIREITO À PROTEÇÃO INFANTIL

A proteção de crianças e adolescentes é um princípio fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, garantido pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). A Constituição, em seu artigo 227, determina que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, os direitos essenciais à sua formação e desenvolvimento, incluindo vida, saúde, educação, dignidade, e proteção contra qualquer tipo de exploração (BRASIL, 1988). Esse artigo estabelece uma base sólida para o desenvolvimento de políticas e normas que garantam a proteção integral dos menores, destacando-se como um princípio que norteia toda a legislação referente a essa faixa etária.

O ECA, instituído pela Lei nº 8.069/1990, desenvolve e aprofunda o princípio da proteção integral presente na Constituição, determinando que crianças e adolescentes devem ser tratados como sujeitos de direitos e não como meros objetos de proteção. O ECA especifica em seu artigo 5º que nenhuma criança ou adolescente será objeto de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão, garantindo punição para qualquer atentado aos seus direitos fundamentais, seja por ação ou omissão (BRASIL, 1990). Esse dispositivo é crucial para assegurar que os direitos dos menores sejam respeitados, mesmo em situações nas quais eles possam ser vulneráveis à exploração, como ocorre no caso da exposição em mídias digitais.

A proteção integral se estende a todas as áreas da vida infantil, incluindo o ambiente digital, que hoje se tornou uma extensão do cotidiano de crianças e adolescentes. O avanço das tecnologias e o surgimento das redes sociais têm proporcionado novas formas de exposição infantil que não estavam previstas inicialmente na legislação. Embora o ECA tenha sido um marco para a defesa dos direitos dos menores, ele não abrange diretamente as práticas modernas de monetização da imagem de crianças, criando um vácuo legal que pode comprometer a aplicação dos princípios de proteção integral no contexto digital (SANTOS, 2022).

A prática de expor a imagem de crianças em redes sociais por influenciadores mirins ou por seus responsáveis legais, muitas vezes com fins de lucro, levanta questionamentos sobre os limites desse direito à proteção. As normas brasileiras, como a Portaria nº 1.126/2000 do Ministério do Trabalho, regulamentam a participação de crianças e adolescentes em atividades artísticas, publicitárias e esportivas, exigindo autorização judicial e medidas de proteção para garantir que os menores não sejam prejudicados física

ou emocionalmente. No entanto, tais regulamentações não se aplicam às mídias digitais, permitindo que muitos responsáveis explorem a imagem de seus filhos sem fiscalização ou controle (FIGUEIREDO, 2021).

Essa ausência de regulamentação específica para as redes sociais e para o uso da imagem infantil no ambiente digital pode comprometer a integridade física e psicológica das crianças envolvidas. Quando a exposição é realizada de maneira excessiva e contínua, visando atrair a atenção de seguidores e gerar lucros financeiros, o princípio da proteção integral pode ser violado. Muitos pais e responsáveis acabam promovendo a exposição de seus filhos como forma de sustento financeiro, o que, de certo modo, desvirtua a função protetiva atribuída à família pela Constituição e pelo ECA (OLIVEIRA, 2023).

Um exemplo que evidencia esses desafios é o caso de Hytalo Santos, influenciador brasileiro que monetiza conteúdo envolvendo menores de idade. Ele utiliza meninas menores de 18 anos, apresentadas como “filhas”, para criar e divulgar materiais que geram receita significativa em suas redes sociais. Além disso, ele enfrenta críticas pela forma como sexualiza a imagem dessas adolescentes e as emprega em campanhas publicitárias que promovem jogos de azar, prática que contraria os princípios de proteção integral previstos no ECA. A ausência de regulamentação específica permite que influenciadores como Hytalo explorem comercialmente a imagem infantil, expondo essas menores a uma combinação de riscos psicológicos, sociais e jurídicos.

Além dos riscos de exploração, a exposição infantil nas mídias digitais sem regulamentação específica pode gerar consequências psicológicas negativas. Estudos apontam que a constante presença de crianças em plataformas como YouTube e Instagram pode comprometer sua privacidade e desenvolvimento emocional. Crianças expostas à opinião pública desde muito novas podem desenvolver uma autoimagem baseada na aprovação externa e na exposição de suas vidas privadas, o que impacta diretamente seu direito à dignidade e à privacidade, assegurado pelo art. 17 do ECA (SILVA, 2020).

Outro aspecto relevante é o risco de que a exposição infantil em redes sociais cause um conflito de interesses dentro do próprio núcleo familiar. Em alguns casos, os responsáveis acabam por priorizar o lucro gerado pela exposição digital em detrimento do bem-estar da criança. A prática de explorar a imagem de crianças com fins lucrativos configura uma nova forma de exploração, que não envolve o trabalho físico, mas que pode causar danos emocionais e sociais semelhantes aos do trabalho infantil. Dessa forma, o conceito de exploração infantil precisa ser atualizado para incluir a utilização excessiva da imagem dos menores com fins lucrativos no ambiente digital (MENDES, 2022).

Portanto, o direito à proteção infantil deve ser interpretado de maneira ampliada para abranger os desafios impostos pelas novas tecnologias. A ausência de regulamentação para o uso da imagem de crianças nas redes sociais aponta para uma urgente necessidade de revisão e atualização das normas existentes. Somente com o estabelecimento de diretrizes claras, que contemplem a proteção da imagem e dos direitos fundamentais das crianças no ambiente digital, será possível garantir o cumprimento do princípio da proteção integral.

1.1.2. EXPOSIÇÃO INFANTIL NAS MÍDIAS DIGITAIS E EXPLORAÇÃO

A exposição de crianças nas mídias digitais, especialmente em redes sociais, tornou-se uma prática amplamente difundida, com muitas famílias documentando e compartilhando aspectos da vida cotidiana de seus filhos. Essa exposição, porém, não raramente ultrapassa o âmbito pessoal, passando a ter finalidades comerciais. Os chamados “influenciadores mirins” e os “family vloggers” são fenômenos típicos dessa prática, nos quais a imagem da criança é explorada em conteúdo produzido para atrair seguidores e, conseqüentemente, gerar receita por meio de publicidade e parcerias (PEREIRA, 2021). O problema surge quando essa exposição ultrapassa limites razoáveis e coloca as crianças em uma posição de protagonismo que traz benefícios financeiros, mas que também pode violar seu direito à proteção integral.

Esse cenário de exploração infantil nas mídias digitais configura uma nova forma de trabalho infantil, que não envolve a prestação de serviços físicos, mas a exposição contínua da vida pessoal e da imagem da criança. Tradicionalmente, o conceito de trabalho infantil está associado a atividades que exigem esforços físicos ou mentais incompatíveis com a idade da criança e que possam interferir em seu desenvolvimento saudável. No entanto, a utilização da imagem infantil em redes sociais de forma contínua e comercial também pode impactar negativamente o bem-estar e o desenvolvimento psicológico das crianças, configurando uma forma de exploração (SANTOS, 2022).

A exposição de crianças em redes sociais muitas vezes é motivada pela possibilidade de obtenção de lucro, o que transforma a criança em uma figura pública, muitas vezes sem seu consentimento informado, pois devido à idade, ela ainda não possui a maturidade para compreender o impacto dessa exposição (MENDES, 2020). Ao serem expostas desde muito jovens, essas crianças acabam sujeitas à influência e às expectativas de um público vasto e diverso, que acompanha sua vida por meio das postagens e vídeos. O impacto disso pode incluir pressões psicológicas, perda de privacidade e até mesmo o desenvolvimento de problemas emocionais, uma vez que essas crianças podem crescer com uma percepção distorcida de si mesmas, baseada na validação e na atenção de estranhos (SILVA, 2023).

É importante destacar que, para muitas crianças e adolescentes, ser exposto nas redes sociais pode ser justificado como uma “brincadeira”. Elas não têm a plena compreensão do impacto que isso pode causar em sua privacidade e no seu desenvolvimento psicológico. Inicialmente, pode parecer inofensivo, mas quando a exposição se intensifica, tomando proporções comerciais, essa prática pode se tornar problemática. Crianças que participam constantemente de gravações e produções para redes sociais podem ter suas rotinas desviadas, sacrificando tempo de lazer e atividades importantes para seu desenvolvimento, como o lazer e os estudos.

A falta de regulamentação específica para o uso da imagem infantil nas mídias digitais no Brasil cria uma situação de vulnerabilidade, na qual crianças e adolescentes podem ser expostos de maneira indiscriminada e sem o respaldo de medidas protetivas.

Diferente do que ocorre na publicidade tradicional e em atividades artísticas, onde há regras rígidas e fiscalização, o ambiente digital ainda é carente de normas claras que delimitem o que é ou não aceitável em relação à exposição de crianças (FIGUEIRA, 2022). Essa ausência de regulamentação permite que a prática de “influenciadores mirins” ocorra livremente, gerando lucro para os responsáveis, mas, ao mesmo tempo, expondo os menores a possíveis danos emocionais e sociais.

É importante observar que a exploração da imagem infantil nas redes sociais pode violar o direito à privacidade, garantido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O artigo 17 do ECA assegura o direito à preservação da identidade e da privacidade da criança e do adolescente, o que inclui o direito de não ter sua imagem exposta publicamente de forma a comprometer sua dignidade (BRASIL, 1990). A exposição excessiva em mídias digitais compromete esse direito, especialmente quando a criança é utilizada como meio de monetização sem qualquer controle ou fiscalização. A exploração infantil, nesse contexto, passa a assumir uma nova dimensão, mais sutil, mas não menos prejudicial, ao desconsiderar o desenvolvimento e os interesses do menor. Portanto, o conceito de exploração infantil precisa ser revisto e ampliado para contemplar as novas formas de exposição nas mídias digitais. O avanço da tecnologia e a facilidade de criação de conteúdo online exigem uma atualização das normas legais para que a proteção das crianças e adolescentes seja efetiva e contemple as particularidades do ambiente digital. Medidas como a definição de limites para a exposição e a criação de normas de fiscalização para influenciadores mirins podem ajudar a proteger os direitos das crianças, promovendo um ambiente mais seguro e em consonância com o princípio da proteção integral.

1.2. ENQUADRAMENTO LEGAL E LACUNAS NORMATIVAS

A proteção infantil está firmemente embasada na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ambos pilares fundamentais da legislação brasileira em defesa dos direitos de crianças e adolescentes. Contudo, o contexto digital apresenta novas situações que não eram previstas na época da criação dessas leis. Diante disso, torna-se urgente identificar e compreender as lacunas normativas que permitem a exploração da imagem de menores nas redes sociais, especialmente quando essa prática é voltada à monetização. Essa análise busca entender como o ordenamento jurídico vigente se aplica à exposição infantil nas mídias digitais e quais ajustes poderiam ser necessários para assegurar o cumprimento do princípio da proteção integral (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990).

A Constituição Federal, em seu artigo 227, e o ECA, em seu artigo 5º, determinam que é dever da família, do Estado e da sociedade assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade, respeito e proteção contra qualquer forma de exploração. No entanto, a legislação brasileira ainda carece de regulamentação específica para atividades realizadas no ambiente digital, diferentemente do que ocorre com a publicidade infantil e o trabalho infantil em atividades artísticas, que são controlados por normas claras e requerem autorização judicial. A ausência de diretrizes semelhantes para o uso da imagem infantil nas

redes sociais permite que crianças sejam expostas a um público amplo e, muitas vezes, comercializadas sem qualquer controle (FIGUEIRA, 2022).

Para atividades artísticas tradicionais, como televisão e cinema, a Portaria nº 1.126/2000 do Ministério do Trabalho e Emprego determina que a participação de menores deve obedecer a requisitos rigorosos, incluindo autorização judicial e fiscalização para assegurar que as crianças não sejam submetidas a condições que comprometam seu desenvolvimento. Essas exigências têm o propósito de evitar o trabalho infantil e a exploração comercial de crianças e adolescentes. No entanto, a falta de uma regulamentação semelhante para o ambiente digital cria um vácuo jurídico, que permite que a imagem infantil seja utilizada de forma recorrente e lucrativa, sem as salvaguardas presentes nas atividades regulamentadas (SANTOS, 2021).

Essa lacuna normativa gera consequências tanto para o bem-estar das crianças quanto para a proteção de seus direitos fundamentais. A exploração digital da imagem infantil pode violar o direito à privacidade, garantido pelo artigo 17 do ECA, que assegura o respeito à identidade e à privacidade da criança e do adolescente (BRASIL, 1990). Além disso, o uso contínuo da imagem de crianças nas redes sociais em prol de lucros financeiros compromete o direito à dignidade e ao desenvolvimento saudável, à medida que esses menores são submetidos a uma exposição contínua e ininterrupta que ultrapassa o âmbito familiar, transformando sua vida em um produto de consumo público (MENDES, 2020).

A jurisprudência brasileira sobre o tema ainda é incipiente, com poucos casos relacionados especificamente à exploração digital da imagem infantil. Entretanto, algumas decisões judiciais já sinalizam uma preocupação com o impacto que essa exposição pode ter no desenvolvimento das crianças. A justiça brasileira tende a considerar o princípio da proteção integral ao julgar casos de exploração infantil, mesmo no ambiente digital, interpretando o ECA de forma a abranger novos contextos de exposição, embora isso ainda ocorra de maneira limitada e sem a consolidação de uma jurisprudência uniforme (PEREIRA, 2021). Esse cenário evidencia a necessidade de ajustes legislativos para que o direito acompanhe o avanço das novas tecnologias e das dinâmicas sociais.

A falta de regulamentação específica também afeta a capacidade do Estado em fiscalizar adequadamente as práticas de exposição infantil nas mídias digitais. Diferente das atividades artísticas tradicionais, que são supervisionadas e exigem autorização judicial, a criação de conteúdo digital com crianças ocorre de forma descontrolada e sem fiscalização. A ausência de normas claras para a atuação de “influenciadores mirins” dificulta a identificação e a aplicação de penalidades em casos de exploração. Esse vácuo regulatório pode ser prejudicial não apenas para a proteção dos direitos das crianças, mas também para a garantia de que o ambiente digital seja um espaço seguro e responsável (SILVA, 2023).

Portanto, é fundamental que o ordenamento jurídico brasileiro seja atualizado para que o direito à proteção integral das crianças e adolescentes seja efetivamente garantido também no ambiente digital. Propostas legislativas que regulamentem a exposição infantil nas redes sociais e que estabeleçam normas de fiscalização para influenciadores mirins

são passos necessários para preencher as lacunas normativas e proteger as crianças dos riscos associados à exposição excessiva. Somente com uma legislação que contemple essas novas dinâmicas será possível assegurar que o ambiente digital esteja em consonância com o princípio da proteção integral, resguardando o direito à dignidade, à privacidade e ao desenvolvimento saudável das crianças brasileiras.

1.2.1. DESAFIOS NA FISCALIZAÇÃO

A fiscalização da exposição infantil nas mídias digitais enfrenta uma série de desafios significativos, que comprometem a efetividade da proteção dos direitos das crianças. Esses desafios incluem a natureza global das plataformas digitais, a rapidez na produção de conteúdos, a ambiguidade das legislações existentes e a escassez de recursos para monitoramento e aplicação de normas.

Primeiramente, as redes sociais operam em um ambiente globalizado, onde a legislação nacional muitas vezes não se aplica a conteúdos criados e divulgados em outros países. Essa situação cria um vácuo legal, pois conteúdos postados por influenciadores ou famílias que residem fora do Brasil podem não ser alcançados pelas normas brasileiras, incluindo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1990). Assim, a proteção dos direitos infantis torna-se uma questão complexa que exige uma cooperação internacional que ainda está em desenvolvimento (UNICEF, 2020).

Além disso, a rapidez com que conteúdos são produzidos e compartilhados nas mídias digitais dificulta a fiscalização. A viralização de vídeos e postagens pode ocorrer em questão de minutos, expondo crianças a riscos antes que qualquer medida de controle possa ser implementada. O tempo necessário para que órgãos reguladores atuem é, muitas vezes, incompatível com a dinâmica das redes sociais, resultando em janelas de vulnerabilidade que podem ser exploradas (FREITAS, 2022).

A falta de clareza na definição do que constitui exploração infantil em ambientes digitais também é um desafio significativo. As legislações atuais, incluindo o ECA, não abordam diretamente as nuances da exposição em mídias digitais, criando um espaço cinzento que dificulta a aplicação das normas (COSTA, 2021). A linha entre o compartilhamento de experiências familiares e a exploração comercial pode ser tênue, e essa ambiguidade muitas vezes deixa as crianças desprotegidas.

Outro fator que agrava a situação é a escassez de recursos destinados à fiscalização e monitoramento de conteúdos digitais. As agências responsáveis pela proteção da infância frequentemente enfrentam limitações orçamentárias e de pessoal, o que restringe sua capacidade de monitorar efetivamente a vastidão das plataformas online (PEREIRA, 2023). Essa falta de investimento em recursos humanos e tecnológicos compromete a implementação de estratégias de proteção mais robustas.

A educação e conscientização dos responsáveis legais também desempenham um papel crucial na proteção infantil. Muitas famílias podem não estar plenamente cientes dos riscos associados à exposição de crianças nas redes sociais ou das implicações legais

que essa prática pode acarretar. A falta de informações claras e acessíveis pode levar à desinformação e à perpetuação de práticas potencialmente prejudiciais (SILVA, 2020).

Ademais, a dificuldade em estabelecer uma colaboração eficaz entre diferentes órgãos governamentais, como ministérios da Justiça, da Criança e da Família, e agências reguladoras, também é um desafio. A fragmentação das responsabilidades pode resultar em lacunas na proteção e na fiscalização, uma vez que a coordenação entre esses órgãos é essencial para uma abordagem integrada e eficaz (COSTA, 2021).

A dinâmica de influência das redes sociais, onde a busca por likes e seguidores pode incentivar comportamentos de risco, também representa um desafio. Influenciadores e criadores de conteúdo podem sentir a pressão para expor cada vez mais seus filhos para manter a relevância e a monetização de suas plataformas, sem considerar as consequências emocionais e sociais que isso pode acarretar (PEREIRA, 2023).

Por fim, a resistência das plataformas digitais em regular seus próprios conteúdos e a falta de mecanismos de responsabilidade eficazes dificultam a fiscalização. Muitas redes sociais têm políticas vagas sobre a proteção de menores, e a implementação de regras específicas para a exposição infantil é, muitas vezes, uma questão secundária em relação a outras prioridades comerciais. Isso aponta para a necessidade de um diálogo contínuo entre o setor público e as empresas de tecnologia, visando à criação de políticas mais rigorosas e eficazes (UNICEF, 2020).

Diante desses desafios, torna-se evidente que a proteção dos direitos das crianças nas mídias digitais exige uma abordagem multifacetada, que contemple não apenas a regulamentação e fiscalização, mas também a educação e conscientização de famílias, a colaboração entre órgãos governamentais e um compromisso das plataformas digitais em promover um ambiente seguro para as crianças. Somente assim será possível enfrentar a complexidade da exploração infantil no contexto das mídias digitais e garantir que os direitos das crianças sejam devidamente protegidos.

1.3. CONSEQUÊNCIAS DA EXPOSIÇÃO INFANTIL NAS REDES SOCIAIS

A exposição infantil nas redes sociais, especialmente quando monetizada, gera uma série de consequências que vão além da interação imediata no ambiente digital, afetando o desenvolvimento psicológico, social e legal das crianças. Com a crescente popularidade de influenciadores mirins e canais familiares, é fundamental examinar os efeitos de longo prazo dessa prática, tanto para o bem-estar das crianças quanto para a responsabilidade dos adultos ao seu redor.

Os impactos psicológicos da exposição infantil são uma das principais preocupações. Crianças que são frequentemente expostas publicamente podem desenvolver problemas de autoestima e autoimagem. A busca incessante por validação em forma de likes e seguidores pode levar a sentimentos de inadequação, ansiedade e depressão. Estudos indicam que a comparação constante com outros, que é amplificada pela natureza das redes sociais, pode resultar em danos emocionais significativos (SILVA, 2020). Esse

cenário é especialmente preocupante quando se considera que muitas dessas crianças ainda estão em fases críticas de desenvolvimento.

Além dos efeitos psicológicos, a exposição nas redes sociais pode prejudicar as relações sociais das crianças. A dependência de validação online pode interferir no desenvolvimento de habilidades sociais essenciais. Muitas vezes, as crianças que se tornam obcecadas por sua imagem digital acabam se isolando de interações face a face, o que pode prejudicar sua capacidade de formar laços emocionais profundos e de lidar com conflitos interpessoais (COSTA, 2021). Essa situação pode resultar em um círculo vicioso, onde a necessidade de aceitação social se torna ainda mais intensa à medida que a criança se distancia das relações pessoais.

Outro aspecto preocupante é a monetização da imagem infantil, que levanta questões sobre a exploração comercial. Quando pais ou responsáveis lucram com a exposição de seus filhos, a linha entre o interesse familiar e a exploração se torna cada vez mais tênue. Muitas vezes, as crianças não têm a capacidade de consentir plenamente sobre a utilização de sua imagem em conteúdos monetizados, o que pode configurar uma violação de seus direitos (PEREIRA, 2023). Essa falta de consentimento efetivo é um ponto crítico que merece atenção na discussão sobre a regulamentação da exposição infantil.

A questão da privacidade também é fundamental. O compartilhamento de informações pessoais, fotos e vídeos pode resultar em sérios riscos à segurança das crianças. Uma vez que esses conteúdos se tornam públicos, existe a possibilidade de serem acessados por estranhos, aumentando o risco de situações de assédio, stalking ou mesmo sequestros (UNICEF, 2020). A violação da privacidade, um direito fundamental, pode colocar as crianças em situações de vulnerabilidade e exposição a perigos reais.

Além dos riscos diretos à segurança, a exposição digital pode influenciar o desenvolvimento de comportamentos de consumo nas crianças. Quando a vida das crianças é apresentada como um produto a ser consumido, elas podem começar a valorizar bens materiais e validação social acima de valores como amizade e empatia. Essa mudança de perspectiva pode afetar não apenas o comportamento infantil, mas também as escolhas e prioridades na vida adulta (FREITAS, 2022). A formação de uma identidade baseada em métricas de popularidade pode distorcer a compreensão das relações humanas.

As implicações legais da exposição infantil também não podem ser ignoradas. Pais e responsáveis que permitem que seus filhos sejam expostos de maneira inadequada podem enfrentar consequências jurídicas. Casos de litígios relacionados à violação de direitos de imagem ou exploração comercial têm se tornado mais frequentes, destacando a necessidade de um entendimento mais claro das responsabilidades legais dos adultos que administram essas contas (COSTA, 2021). A falta de regulamentação específica para a exposição infantil em plataformas digitais é um fator que contribui para a insegurança jurídica nessa área.

Outro desafio significativo é a resistência das plataformas digitais em regular seus próprios conteúdos. Muitas redes sociais possuem políticas vagas sobre a proteção de menores, e a implementação de regras específicas para a exposição infantil é

frequentemente secundária em relação a outras prioridades comerciais. Essa falta de compromisso por parte das plataformas para criar ambientes seguros para crianças pode perpetuar a exploração e os riscos associados à exposição (UNICEF, 2020).

Além das dificuldades nas regulamentações, a educação e conscientização dos responsáveis legais sobre os riscos da exposição infantil são essenciais. Muitas famílias podem não estar plenamente cientes das implicações legais e emocionais que essa prática pode acarretar. O desconhecimento sobre os direitos das crianças e os perigos da exposição digital pode levar a decisões que comprometem a segurança e o bem-estar dos menores (SILVA, 2020).

As consequências sociais e emocionais da exposição infantil nas redes sociais também são evidentes em muitos casos. Crianças que crescem em ambientes onde sua vida é constantemente compartilhada publicamente podem ter dificuldades em desenvolver um senso de privacidade. Essa falta de limites pode se manifestar na vida adulta, resultando em dificuldades em estabelecer relações saudáveis e em lidar com a intimidade.

Por fim, é crucial considerar as repercussões a longo prazo que essa exposição pode ter na vida dessas crianças. O ambiente digital, que molda sua identidade desde cedo, pode gerar dificuldades no futuro, incluindo problemas de saúde mental e dificuldades em manter relações sociais estáveis. O impacto duradouro da exposição nas redes sociais exige uma abordagem proativa por parte de pais, educadores e legisladores para garantir um desenvolvimento saudável e seguro para as novas gerações.

Em suma, as consequências da exposição infantil nas redes sociais são multifacetadas e demandam uma análise crítica. A proteção das crianças contra a exploração e seus efeitos adversos deve ser uma prioridade, envolvendo a criação de políticas públicas eficazes, a educação sobre os riscos digitais e um compromisso ativo das plataformas para promover ambientes seguros. Somente com uma abordagem integrada será possível enfrentar os desafios e garantir que as crianças possam usufruir dos benefícios da tecnologia sem comprometer seu bem-estar e direitos fundamentais.

2. CONCLUSÃO

A análise sobre a exposição de crianças nas mídias digitais revela a urgência de se estabelecer um marco legal adequado que proteja os menores em um contexto de crescente monetização de suas imagens. Ao longo deste trabalho, evidenciou-se que a legislação brasileira, embora avançada em diversos aspectos, ainda apresenta lacunas significativas em relação à proteção de crianças e adolescentes no ambiente digital, principalmente no que diz respeito ao uso comercial de sua imagem por familiares e responsáveis. A ausência de regulamentação específica sobre influenciadores mirins e “family vloggers” cria um ambiente vulnerável, no qual os direitos fundamentais das crianças podem ser facilmente comprometidos (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990).

Conforme abordado, o princípio da proteção integral, previsto na Constituição Federal de 1988 e aprofundado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), assegura que

o desenvolvimento das crianças e adolescentes deve ocorrer de forma saudável e livre de qualquer forma de exploração (SILVA, 2023). No entanto, as novas dinâmicas trazidas pelas redes sociais desafiam a aplicação desse princípio, exigindo uma interpretação jurídica que contemple a modernização das formas de exposição. A comercialização da imagem infantil nas redes, quando realizada sem a devida fiscalização, contraria esse princípio, transformando o direito à proteção em uma questão de mercado (PEREIRA, 2021).

A prática de expor crianças de forma sistemática em mídias digitais pode ser vista como uma nova modalidade de trabalho infantil, na qual os menores são submetidos a uma exposição pública contínua em troca de ganhos financeiros. Tal prática, ainda que aparentemente inofensiva, tem potencial para gerar impactos negativos no desenvolvimento psicológico e social das crianças, além de comprometer seu direito à privacidade e à dignidade (SANTOS, 2022). Conforme demonstrado, essa exposição pública, quando incentivada pelo intuito de monetização, coloca a criança em uma posição de objeto de consumo, o que pode configurar uma forma sutil, mas prejudicial, de exploração infantil (OLIVEIRA, 2023).

Os riscos associados a essa prática não se limitam apenas ao uso da imagem infantil, mas também abrangem os efeitos psicológicos e sociais sobre os menores. Estudos indicam que a constante validação externa e a falta de privacidade decorrentes da exposição pública em redes sociais podem comprometer a construção de uma autoimagem saudável e induzir as crianças a desenvolver comportamentos de autoexposição para atender às expectativas de um público amplo (MENDES, 2020). Tais consequências reforçam a necessidade de uma regulamentação que limite e controle a exposição infantil nas mídias digitais (SILVA, 2023).

A ausência de regulamentação específica para influenciadores mirins e para o uso da imagem de crianças nas redes sociais coloca o Brasil em um cenário de vulnerabilidade comparado a outros países que já iniciaram debates e implementaram normas de proteção para o ambiente digital. Em países como a França, leis recentes foram criadas para regular a atuação de crianças em redes sociais, impondo limites à exposição de menores e exigindo que os responsáveis garantam a proteção de seus direitos, mesmo no contexto de criação de conteúdo digital (FERNANDES, 2021). A experiência internacional demonstra que é possível adaptar a legislação para proteger os menores sem restringir o uso legítimo das redes sociais.

Além das medidas de regulamentação, é importante que as autoridades brasileiras considerem políticas públicas voltadas para a conscientização das famílias e responsáveis sobre os impactos da exposição infantil. Programas de orientação que esclareçam sobre os efeitos psicológicos da superexposição e que ofereçam informações sobre o uso responsável das redes sociais podem ajudar a mitigar os riscos associados à prática (FIGUEIRA, 2022). Assim, os responsáveis poderiam compreender melhor os limites éticos e legais de suas ações, assegurando que o desenvolvimento de seus filhos ocorra de forma saudável.

Outro ponto que merece atenção é a fiscalização das práticas de exposição

infantil nas redes sociais, algo que ainda representa um desafio para o Estado. A criação de mecanismos de monitoramento e a formação de órgãos específicos para fiscalizar a atuação de influenciadores mirins e “family vloggers” são ações que poderiam fortalecer a proteção infantil no ambiente digital (SOUSA, 2022). Esse controle permitiria uma ação preventiva contra possíveis abusos e criaria um ambiente mais seguro para as crianças.

A jurisprudência sobre a exploração infantil em mídias digitais ainda é incipiente no Brasil, o que dificulta o avanço de uma regulamentação uniforme. No entanto, decisões judiciais recentes, embora limitadas, têm sinalizado um entendimento mais atento aos princípios do ECA, adaptando-os às novas realidades. A jurisprudência pode servir de ponto de partida para a consolidação de entendimentos mais abrangentes que protejam efetivamente o direito à dignidade e ao desenvolvimento saudável das crianças no ambiente digital (PEREIRA, 2021).

Portanto, é evidente que o ordenamento jurídico brasileiro deve evoluir para acompanhar os desafios impostos pelas novas tecnologias e pelas transformações sociais. A criação de uma legislação específica para influenciadores mirins e a regulamentação do uso comercial da imagem infantil nas redes sociais são medidas fundamentais para assegurar a proteção integral das crianças e adolescentes (SANTOS, 2022). Esse avanço permitiria uma abordagem mais equilibrada, que respeite tanto a liberdade de expressão dos responsáveis quanto os direitos fundamentais dos menores.

Ao final, a pesquisa revela a necessidade de uma reinterpretação do conceito de exploração infantil, expandindo-o para incluir as práticas de monetização da imagem infantil nas redes sociais (OLIVEIRA, 2023). Esse conceito atualizado deve considerar os aspectos psicológicos e sociais da exposição pública e reconhecer que, mesmo sem trabalho físico, a exploração pode ocorrer de maneira indireta, afetando a privacidade e o desenvolvimento emocional das crianças.

Assim, espera-se que este trabalho contribua para o debate acadêmico e inspire discussões legislativas sobre a proteção infantil no ambiente digital, promovendo a criação de políticas e regulamentações que preservem a infância. A proteção da criança e do adolescente deve ser uma prioridade em qualquer contexto, incluindo o digital, para que o avanço tecnológico ocorra de forma a respeitar e assegurar os direitos humanos mais fundamentais (BRASIL, 1990).

Em conclusão, garantir a proteção das crianças no ambiente digital é um desafio, mas também uma necessidade. O Estado, a sociedade e a família devem atuar em conjunto para assegurar que o uso das redes sociais respeite os direitos das crianças e promova um desenvolvimento saudável e digno. Somente com uma legislação atualizada e uma fiscalização efetiva será possível transformar o ambiente digital em um espaço seguro para as novas gerações.

3. REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa** do. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 1990.

FIGUEIRA, J. A. (2022). A proteção da imagem infantil nas redes sociais: desafios e perspectivas. *Revista Brasileira de Direito Digital*, v. 5, n. 1, p. 12-29.

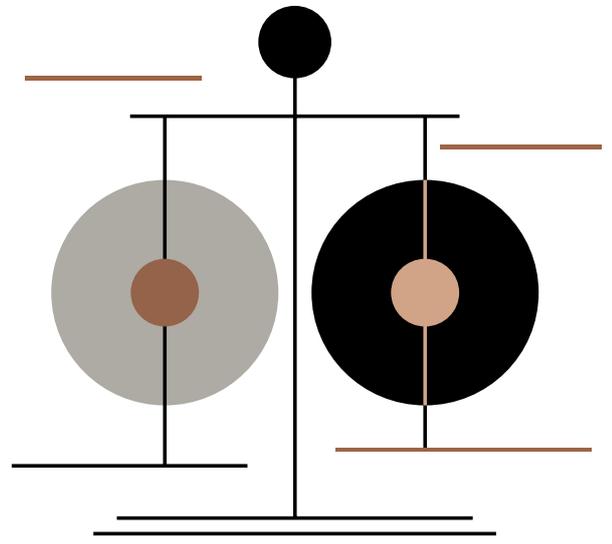
MENDES, R. (2020). A exploração da imagem de crianças na internet: limites e responsabilidades. *Revista de Direito da Infância e Juventude*, v. 4, n. 2, p. 45-60.

OLIVEIRA, A. (2023). O papel da família na proteção dos direitos da criança nas mídias digitais. *Jornal de Direito e Tecnologia*, v. 6, n. 1, p. 78-90.

SANTOS, L. (2022). Exposição infantil nas redes sociais: um olhar sobre a exploração e a proteção. *Revista de Estudos da Criança*, v. 3, n. 2, p. 33-50.

SOUZA, M. (2021). Proteção e fiscalização da imagem infantil no ambiente digital. *Revista de Direito e Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 102-117.

8.



A MAIS VALIA NO DIREITO: A INTRODUÇÃO DAS INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS NOS ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA DE MASSA E A MECANIZAÇÃO DO TRABALHO

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem por finalidade abordar a questão da inserção da Inteligência Artificial no ramo do Direito enquanto máquina sob a ótica de Karl Marx e Friederich Engels. Ao analisar os estudos marxistas, implica-se em uma interpretação política, econômica e social do sistema atual e porvindouro da inserção das IAs nas relações de trabalho dos agentes do Direito nos setores público e privado. Marx analisou diversas questões no modo capitalista, como as relações de trabalho dentro do capitalismo, principalmente entre burgueses e proletários, a caracterização das ferramentas e das máquinas e sua função na manutenção dos modos de trabalho e o propósito da inserção destas no sistema capitalista.

A escolha do tema se dá pelo fato da dominação da Inteligência Artificial nas áreas de trabalho consideradas mais “sociais”, não ficando abstrata às áreas “exatas”. As IAs são utilizadas por grandes empresas para auxiliarem em grandes decisões e facilitarem na produção de mercadorias. Os escritórios de advocacia vêm adquirindo nos últimos tempos a características empresarial, e até de certa forma os tribunais, promotorias e defensorias têm buscado adquirir uma forma de trabalho considerada industrial.

O objetivo geral da pesquisa foi analisar a inserção da Inteligência Artificial inserção nas relações de trabalho no ramo do Direito. Os objetivos específicos consistiram em: Definir o que são ferramentas e máquinas; conceituar a IA como máquina; conceituar a mais-valia; definir mais-valia absoluta e mais-valia relativa; Analisar a luta de classes no ramo do Direito; Analisar como a IA se insere no Direito e a importância da análise de Marx fora do âmbito industrial. A pesquisa foi desenvolvida com base no método bibliográfico, onde a coleta de dados foi seu eixo norteador, sendo utilizadas as seguintes fontes: artigos eletrônicos, livros didáticos, revistas jurídicas, publicações periódicas, entre outros.

A ferramenta ChatGPT, lançada pela empresa OpenAI no dia 30 de Novembro de 2022 certificou uma revolução, onde um computador comercializado ao público civil é capaz de analisar uma situação complexa e gerar uma resposta à altura, sem comandos predispostos para tal, porém como toda nova tecnologia, esta introduz benefícios e malefícios, datando desde a grande primeira descoberta da humanidade: o fogo, este que protegeu e iluminou muitas vidas também foi o responsável pela destruição de muitas outras. A Inteligência Artificial (IA) é mais um capítulo dessas invenções, capaz de agilizar a solução de problemas, analisar questões complexas sob ângulos peculiares e promover conexão a um conhecimento mais humanizado e personalizado àqueles que necessitam.

De acordo com o Dicionário Online, o termo Inteligência artificial pode ser compreendido como

“Capacidade de um computador ou de um robô controlado por um computador de desenvolver e de realizar artificialmente (não naturalmente) procedimentos que, por norma, são considerados próprios de um ser humano, feitos com o auxílio do seu cérebro, da sua inteligência, raciocínio etc. (abreviatura: IA).” (dicionário online)

Ou seja, a IA é uma ferramenta mais complexa do que um simples computador, sendo capaz aprender informações com os conteúdos que alimentam a sua base de dados. Um dos primeiros grandes feitos da IA credita-se ao Deep Blue, da empresa IBM, quando esta derrotou Kasparov em um jogo de Xadrez em 1997. Deep Blue foi capaz de antever as estratégias que Kasparov poderia utilizar e aproveitou as melhores jogadas possíveis com o intuito de ganhar o jogo. Em suma, a IA não analisou somente a melhor jogada possível em turno por turno, mas as melhores jogadas possíveis para o jogo inteiro considerando seu rival.

Porém Deep Blue utiliza-se de um mecanismo hoje considerado simples, visto que essa se utilizou de informações exatas, que são as regras do xadrez e de suas peças, para criar vias de vencer a partida. As IA generativas atualmente são capazes de analisar informações subjetivas e assimilá-las, gerando um conteúdo “próprio”. IAs de reconhecimento facial, utilizadas por bancos e por setores policiais de determinados países, o ChatGPT da OpenAI, o Gemini do Google, Copilot da Microsoft e muitos outros são capazes de avaliar as informações não exatas do dia a dia e dar respostas contundentes e à altura de um ser humano. As áreas de impacto das IA's têm como alvo principal a mecanização do trabalho intelectual, este que permaneceu inalterado ao longo das décadas de mecanização de muitas áreas e aspectos da vida. Este tipo de trabalho compreende áreas que requerem principalmente a habilidade da mente do ser humano, com pouca exigência do corpo.

O Direito é um dos expoentes exemplares do trabalho intelectual, com os profissionais desta área dependendo quase unicamente dos seus estudos e habilidades, logo, diretamente afetado pelas IA's e conseqüentemente mais uma na área da possível mecanização que esta ferramenta é capaz de trazer para a vida destes. Outros exemplos em potencial podem ser encontrados nas áreas da Administração, Contabilidade, Letras e Audiovisual, visto que são áreas que também dependem basilarmente do intelectual humano.

A mecanização, ou linha de produção, não é um fenômeno novo, analisado pelas obras de Adam Smith e Karl Marx (2013), cujo último analisou a transição do trabalho artesanal para o trabalho proletário, sua origem, evolução e conseqüências. Ao que se sabe atualmente acerca das IAs, é essencialmente a mecanização do trabalho intelectual, conforme deflagrado pela greve de roteiristas e atores de Hollywood de 2023, onde diversos trabalhadores do audiovisual alertaram sobre a precarização de seus trabalhos devido ao uso das IA's pelos estudos de cinema para produzir mais filmes com menos custo. E o Direito utiliza do trabalho intelectual como componente principal de seu funcionamento.

Este artigo busca demonstrar como as IA's podem ser a ferramenta necessária para a transformação do trabalho dos profissionais do Direito, retirando-os da sua base artesanal e colocando-os na base proletarizada e mecanizada, as possíveis consequências dessa transição e as possíveis soluções de eventuais problemas.

DA MAIS-VALIA ABSOLUTA E DA MAIS-VALIA RELATIVA

É necessário entender primeiramente o que é a mais-valia, o trabalho artesanal, o trabalho manufatureiro e como a organização judiciária pública e privada se encaixam nestes moldes, com e sem a Inteligência artificial.

A Mais-Valia não é necessariamente o lucro, é tudo aquilo que a classe burguesa recebe sem trabalhar. Esta pode ser dividida em Mais valia absoluta e a mais valia relativa.

“O mais-valor obtido pelo prolongamento da jornada de trabalho chamo de mais-valor absoluto; o mais-valor que, ao contrário, deriva da redução do tempo de trabalho necessário e da correspondente alteração na proporção entre as duas partes da jornada de trabalho chamo de mais-valor relativo.” (Marx, 2013, p. 485)

Ou seja, a mais valia absoluta é toda aquela que o empregado trabalha além do necessário para a sua manutenção (Marx, 2013, p.481). Se em uma jornada de 8 horas o funcionário necessitar somente de 6 para produzir o que lhe é devido, o trabalho exercido nas 2 horas restantes se tornará a mais valia, que suprirão outras áreas do local de trabalho e para o bolso do burguês, que não trabalhou para merecê-las.

Já o mais-valor relativo é a alteração dessa necessidade de jornada de trabalho devido às inovações tecnológicas introduzidas no ambiente de trabalho. Vários fatores influenciam a mais valia relativa, como por exemplo: um produto mais barato ou eficiente for utilizado no produto; uma máquina é capaz de produzir mais produtos em menos tempo com a mesma qualidade; Alterações logísticas do ambiente de trabalho etc. De acordo com Marx

DO ARTESANATO, MANUFATURA, DAS FERRAMENTAS E DAS MÁQUINAS

Em sua obra O Capital, Karl Marx (2013, pag. 715) elenca que com a formação do capitalismo foi erguida uma nova divisão social do trabalho. A base do sistema anterior era a artesanal, na qual o trabalhador, utilizando-se de seu conhecimento e experiência intelectual, somado à sua habilidade manual produzia a mercadoria que lhe era possível produzir, sendo limitado por diversos fatores, como disponibilidade de matéria-prima ou os valores ofertados pelos compradores. Segundo Marx (2013), um artesão mantém uma experiência viva dentro de si ao praticar diversas atividades diferentes, mantendo diversas habilidades diferentes sustentando uma à outra.

“Enquanto o processo de trabalho permanece puramente individual, o mesmo trabalhador reúne em si todas as funções que mais tarde se apartam umas das outras. Em seu ato individual de apropriação de objetos da natureza para suas finalidades vitais, ele controla a si mesmo. Mais tarde, ele é que será controlado. O homem isolado não pode atuar sobre a natureza sem o emprego de seus próprios músculos, sob o controle de seu próprio cérebro. Assim como no sistema natural a cabeça e as mãos estão interligadas, também o processo de trabalho conecta o trabalho intelectual ao trabalho manual.” (Marx, 2013, p. 715)

Em um trabalho artesanal simples, Marx (2013, pag. 715) expõe que o valor do produto depende da qualidade do material disponível para o artesão, somado com a sua habilidade e experiência. Quando se compra um produto artesanal, não há a mais-valia, que é o valor adquirido pelo burguês pelo trabalho que este não fez, visto que todo o trabalho do artesão foi disposto para a produção da mercadoria, não importando o preço que este coloca a ela quando for esta for comercializada.

Sendo assim, qual seria o impacto das máquinas na produção da mercadoria?

Responde Marx (2013):

“Uma quantidade maior de trabalho constitui, por si mesma, uma maior riqueza material, dois casacos em vez de um. Com dois casacos podem-se vestir duas pessoas; com um casaco, somente uma etc. No entanto, ao aumento da massa da riqueza material pode corresponder uma queda simultânea de sua grandeza de valor. Esse movimento antitético resulta do duplo caráter do trabalho. Naturalmente, a força produtiva é sempre a força produtiva de trabalho útil, concreto, e determina, na verdade, apenas o grau de eficácia de uma atividade produtiva adequada a um fim, num dado período de tempo. O trabalho útil se torna, desse modo, uma fonte mais rica ou mais pobre de produtos em proporção direta com o aumento ou a queda de sua força produtiva. Ao contrário, por si mesma, uma mudança da força produtiva não afeta em nada o trabalho representado no valor. Como a força produtiva diz respeito à forma concreta e útil do trabalho, é evidente que ela não pode mais afetar o trabalho, tão logo se abstraia dessa sua forma concreta e útil. Assim, o mesmo trabalho produz, nos mesmos períodos de tempo, sempre a mesma grandeza de valor, independentemente da variação da força produtiva. Mas ele fornece, no mesmo espaço de tempo, diferentes quantidades de valores de uso: uma quantidade maior quando a produtividade aumenta e menor quando ela diminui. A mesma variação da força produtiva, que aumenta a fertilidade do trabalho e, com isso, a massa dos valores de uso por ele produzida, diminui a grandeza de valor dessa massa total aumentada ao reduzir a quantidade de tempo de trabalho necessário à sua produção. E vice-versa. Todo trabalho é, por um lado, dispêndio de força humana de trabalho em sentido fisiológico, e graças a essa sua propriedade de trabalho humano igual ou abstrato ele gera o valor das mercadorias. Por outro lado, todo trabalho é dispêndio de força humana de trabalho numa forma específica, determinada à realização de um fim, e, nessa qualidade de trabalho concreto e útil, ele produz valores de uso”. (Marx, 2013, p. 173)

A inserção da máquina desvaloriza o trabalho daqueles inseridos no meio com a produção em massa das mercadorias. O artesão, não conseguindo produzir, acaba por ter de abdicar de suas habilidades e ter que se inserir nas novas relações de trabalho, não necessariamente ganhando menos do que antes, mas com seu trabalho sendo

desvalorizado. É implicado também a morte do conhecimento deste, que será inútil de se repassar para gerações adiantes. A demanda pelo aprendizado também cai, não havendo linhas sucessórias para tecelagem ou ferreiros, estes se tornando reféns do sistema capitalista também.

Apesar de serem bastante similares com um modelo mecanizado, ambas as formas de manufatura se diferenciam do chamado trabalho proletário por dois (2) motivos essenciais: primeiramente a experiência de cada artesão para com o seu setor e conseqüentemente a independência destes da mecanização, onde cada um poderá exercer diferentes atividades em diferentes momentos para produzir a mesma mercadoria. Podemos encontrar isso em advogados com que atuam em amis de uma competência do Direito, atuando em grandes escritórios, ou em Analistas Judiciários, que podem ser transferidos da Secretaria para o Gabinete sem muito prejuízo na sua função, pois estes possuem competência o suficiente para atuarem onde forem designados, embora haja uma diferença de atuação entre as locações. Segundamente, o fato de todos os artesãos servirem a um mesmo capital, ou seja, estes não responderão a outros padrões dentro do seu meio de produção.

De acordo com Marx (2013, pag. 551), o capitalismo depende da mecanização, para a qual ele elenca três tipos: A máquina motriz, o mecanismo de transmissão e a máquina-ferramenta. A primeira se refere à fonte de energia da máquina, uma vez que a produção em massa, base do capitalismo, depende da energia elétrica, seja própria ou seja externa. A segunda se refere aos mecanismos internos e externos, como rodas, polias, volantes, correias, mancais e engrenagens dos mais variados tipos, regula o movimento, modifica sua forma onde é necessário – por exemplo, de perpendicular em circular – e o distribui e transmite à máquina-ferramenta. Esta última é um mecanismo que, após receber a transmissão do movimento correspondente, executa com suas ferramentas as mesmas operações que antes o trabalhador executava com ferramentas semelhantes. Se a força motriz provém do homem ou de uma máquina, portanto, é algo que não altera em nada a essência da coisa.

Marx (2013, pag. 550) também explica que a partir do momento em que a ferramenta propriamente dita é transferida do homem para um mecanismo, surge uma máquina no lugar de uma mera ferramenta, e o número de instrumentos de trabalho com que ele pode operar simultaneamente é limitado pelo seu corpo vivo. Os aparelhos e ferramentas usados pelo artesão e pelo trabalhador da manufatura deixam de ser ferramentas do homem, mas ferramentas de um mecanismo ou mecânicas.

De acordo com Marx (2013) luta entre capitalista e trabalhador assalariado começa com a própria relação capitalista, e suas convulsões atravessam todo o período manufatureiro. Mas é só a partir da introdução da maquinaria que o trabalhador luta contra o próprio meio de trabalho, contra o modo material de existência do capital. Ele se revolta contra essa forma determinada do meio de produção como base material do modo de produção capitalista.

“Se a maquinaria é o meio mais poderoso de incrementar a produtividade do trabalho, isto é, de encurtar o tempo de trabalho necessário à produção de uma

mercadoria, ela se converte, como portadora do capital nas indústrias de que imediatamente se apodera, no meio mais poderoso de prolongar a jornada de trabalho para além de todo limite natural. Ela cria, por um lado, novas condições que permitem ao capital soltar as rédeas dessa sua tendência constante e, por outro, novos incentivos que aguçam sua voracidade por trabalho alheio. 584/1493 Primeiramente, na maquinaria adquirem autonomia, em face do operário, o movimento e a atividade operativa do meio de trabalho. Este se transforma, por si mesmo, num perpetuum mobile industrial, que continuaria a produzir ininterruptamente se não se chocasse com certos limites naturais inerentes a seus auxiliares humanos: debilidade física e vontade própria. Como capital, e como tal o autômato tem no capitalista consciência e vontade, a maquinaria é movida pela tendência a reduzir ao mínimo as barreiras naturais humanas, resistentes, porém elásticas¹⁴³. Tal resistência é, de todo modo, reduzida pela aparente facilidade do trabalho na máquina e pela maior ductibilidade e flexibilidade do elemento feminino e infantil¹⁴⁴. A produtividade da maquinaria, como vimos, é inversamente proporcional à grandeza da parcela de valor por ela transferida ao produto. Quanto mais tempo ela funciona, maior é a massa de produtos sobre a qual se reparte o valor por ela adicionado, e menor é a parcela de valor que ela adiciona à mercadoria individual. Mas o tempo de vida ativa da maquinaria é claramente determinado pela duração da jornada de trabalho ou do processo de trabalho diário multiplicado pelo número de dias em que ele se repete.” (Marx, 2013, p.609)

Encontra-se no seguinte trecho d’O Capital que a produção da mercadoria não dependia da qualidade do trabalhador propriamente pra produzir o seu máximo com a ferramenta e seu corpo em conjunto são capazes de produzir, mas para produzir o mínimo que a máquina é capaz de permitir com o máximo de seu corpo.

O primeiro efeito da jornada de trabalho reduzida decorre da lei óbvia de que a eficiência da força de trabalho é inversamente proporcional a seu tempo de operação. Assim, dentro de certos limites, o que se perde em duração ganha-se no grau de esforço realizado. Mas o capital assegura, mediante o método de pagamento, que o trabalhador efetivamente movimente mais força de trabalho. Em manufaturas, como na olaria, onde a maquinaria desempenha papel nenhum ou insignificante, a introdução da lei fabril demonstrou de modo cabal que a mera redução da jornada de trabalho provoca um admirável aumento da regularidade, uniformidade, ordem, continuidade e energia do trabalho. Esse efeito parecia, no entanto, algo duvidoso na fábrica propriamente dita, pois nela a dependência do trabalhador em relação ao movimento contínuo e uniforme da máquina já criara a mais rigorosa disciplina. Por isso, em 1844, quando se discutiu a redução da jornada de trabalho para menos de

12 horas, os fabricantes declararam quase unanimemente que “seus capatazes vigiavam cuidadosamente, nas diversas dependências de trabalho, para que a mão de obra não perdesse um só instante” [...] “difícilmente se poderia aumentar o grau 593/1493 de vigilância e atenção por parte dos trabalhadores (*the extent of vigilance and attention on the part of the workmen*) e que, pressupondo-se como constantes todas as demais circunstâncias, tais como o funcionamento da maquinaria etc. “seria, portanto, absurdo esperar, nas fábricas bem administradas, qualquer resultado importante derivado de uma maior atenção etc. por parte dos trabalhadores.”(Marx, 2013, p.160)

Este contexto é aplicável para as IA's, que apesar de atuarem em uma era digital, ainda podem ser vistas como uma iteração mais atual da máquina-ferramenta, uma vez que ainda necessitam de computadores físicos que atuem como servidores e sejam capazes de atender às demandas requeridas desta juntamente com seres humanos capazes de manejar o código regente sobre o programa.

Quando a maquinaria se apodera dos graus preliminares ou intermediários que um objeto de trabalho tem de percorrer até sua forma final, o aumento do material de trabalho é acompanhado do aumento da demanda de trabalho naquelas atividades ainda exploradas sobre uma base artesanal ou manufatureira, nas quais é agora introduzido o produto fabricado à máquina. A fiação mecânica, por exemplo, fornecia o fio a um preço tão baixo e com tal abundância que os tecelões manuais podiam inicialmente trabalhar em tempo integral e sem grandes despesas. Com isso, sua renda aumentou. Daí o afluxo de pessoal para a tecelagem de algodão, que duraria até que os 800 mil tecelões de algodão que, na Inglaterra, haviam encontrado ocupação graças à “Jenny”, ao throstle e à mule, fossem novamente liquidados pelo tear a vapor. Do mesmo modo, a abundância de gêneros de vestuário 629 produzidos à máquina fez crescer o número de alfaiates, modistas, costureiras etc. até surgir a máquina de costura. À medida que a indústria mecanizada, com um número de trabalhadores relativamente menor, fornece uma massa cada vez maior de matérias- primas, produtos semiacabados, instrumentos de trabalho etc., a elaboração dessas matérias-primas e produtos intermediários se divide em inúmeras subespécies e incrementa, assim, a diversidade dos ramos da produção social. A indústria mecanizada impulsiona a divisão social do trabalho muito mais do que a manufatura, pois amplia em grau incomparavelmente maior a força produtiva dos setores de que se apodera. O resultado imediato da maquinaria é aumentar o mais- valor e, ao mesmo tempo, a massa de produtos em que ele se representa – portanto, aumentar, também, juntamente com a substância de que a classe dos capitalistas e seus sequazes se alimentam, essas próprias camadas sociais. Sua riqueza crescente e a diminuição relativamente constante do número de trabalhadores requeridos para a produção dos meios de subsistência geram, ao mesmo tempo, além de novas necessidades de luxo, também novos meios para sua satisfação. Uma parcela maior do produto social é transformada em produto excedente, e uma parcela maior deste último é reproduzida e consumida sob formas mais refinadas e variadas. Em outras palavras: cresce a produção de artigos de luxo. O refinamento e a diversificação dos produtos provêm igualmente das novas relações do mercado mundial, criadas pela grande indústria. Não só se troca uma quantidade maior de artigos de luxo estrangeiros por produtos locais, mas uma massa maior de matérias-primas, ingredientes, produtos semiacabados etc. estrangeiros ingressa na indústria doméstica como meio de produção. A par dessas relações do mercado mundial, aumenta a demanda de trabalho na indústria do transporte, que, por sua vez, divide- se em inúmeras subespécies novas.

DAS IAS NO JUDICIÁRIO

No âmbito do Direito podemos encontrar o trabalho artesanal previamente mencionado nos escritórios pequenos ou advogados avulsos, em que seu trabalho gera uma mercadoria cujo preço tem o próprio artesão. O aumento do escritório, por qualquer que seja sua necessidade, requer uma nova complexidade, equiparável aos órgãos do sistema judiciário, no caso defensoria, promotoria e tribunais. Essa nova complexidade também se encontra abarcada nos escritos de Marx (2013, pag. 511) quando este analisou a evolução do trabalho artesanal para o trabalho manufatureiro o qual possui a linha de produção, tornando o preço desta nova mercadoria a soma do trabalho desempenhando por cada parte.

Em sua tese de mestrado Vander Pereira Luiz de Costa Júnior (2016) percebeu que os escritórios focados na área do Direito do Consumidor se transformaram em escritórios de massa e se adaptam aos tempos modernos com novas tecnologias:

“Os escritórios que atuam no segmento do contencioso de massa utilizam ferramentas tecnológicas, softwares jurídicos que permitem a captura do saber-fazer do advogado, simplificando tarefas com o escopo de majorar a reprodução de modelos pré-fabricados. Assim produz-se mais em menos tempo, o que por consequência, reduz a atuação humana, diminuindo os custos e a demanda por trabalhadores. A simplificação das tarefas pelo sistema acima permitiu que os escritórios contratassem mão-de-obra pouco qualificada (estagiários e bacharéis), reduzindo o preço da sua força de trabalho. Além disso, tornou-a descartável, fato que, amalgamado ao excesso de oferta de trabalhadores e ao monopólio do mercado, pressiona o advogado a se submeter às degradantes condições de labor.” (COSTA JÚNIOR, 2016)

Não é difícil dizer que este modelo descrito pelo autor se remete ao modo manufatureiro descrito por Marx, onde ainda se necessita da experiência conjunta de trabalhadores na produção das mercadorias. Cabe agora partir da afirmação de que os escritórios de advocacia se utilizam de novas tecnologias para retirar uma maior mais-valia do advogado empregado.

Vejamos alguns exemplos de IAs voltadas para o Direito. Primeiramente temos o ChatADV, e secundamente, o juridico.ai.

O Supremo Tribunal Federal (2023) fez chamamento público para projetos de inteligência artificial que automatizem resumos de processos, requerendo especificamente o modelo de IA Generativa, que segundo o site do chamamento, se trata de um tipo de inteligência artificial que pode criar conteúdos, como textos, imagens, vídeos e músicas. Ela já está sendo usada em uma variedade de aplicações, por exemplo no marketing, para criar

anúncios personalizados. De acordo com o chamado, há o propósito de ser utilizada no Judiciário para criar assistentes virtuais jurídicos, minutas de peças processuais e sumários.

DA IA ENQUANTO MÁQUINA E DA MAIS-VALIA NOS ESCRITÓRIOS DE CONTENCIOSO EM MASSA

Mas o que elenca as IAs enquanto máquina e não ferramenta? A empresa norte americana IBM afirma que IA “aprende e se adapta” conforme as necessidades do ambiente.

Citemos alguns exemplos

“Aprendizado de máquina supervisionado

Aprendizado supervisionado, também conhecida como aprendizado de máquina, é definido pelo uso de conjuntos de dados rotulados para treinar algoritmos para classificar dados ou prever resultados com precisão. À medida que os dados de entrada são alimentados no modelo, o modelo ajusta seus pesos até que tenha sido ajustado adequadamente. Isso ocorre como parte do processo de validação cruzada para garantir que o modelo evite overfitting ou underfitting. O aprendizado supervisionado ajuda as organizações a resolver diversos problemas do mundo real em escala, como classificar o spam em uma pasta separada da sua caixa de entrada. Alguns métodos usados no aprendizado supervisionado incluem redes neurais, naïve bayes, regressão linear, regressão logística, floresta aleatória e máquina de vetores de suporte (SVM).

[...]

Aprendizado de máquina não supervisionado

Aprendizado não supervisionado, também conhecido como aprendizado de máquina não supervisionado, usa algoritmos de aprendizado de máquina para analisar e agrupar conjuntos de dados não rotulados (subconjuntos chamados clusters). Esses algoritmos descobrem padrões ocultos ou agrupamentos de dados sem a necessidade de intervenção humana. A capacidade desse método de descobrir semelhanças e diferenças nas informações o torna ideal para análise exploratória de dados, estratégias de venda cruzada, segmentação de clientes e reconhecimento de imagens e padrões. Também é usado para reduzir o número de recursos em um modelo por meio do processo de redução de dimensionalidade. A análise de componentes principais (PCA) e a decomposição de valor singular (SVD) são duas abordagens comuns para isso. Outros algoritmos usados no aprendizado não supervisionado incluem redes neurais, agrupamento k-means e métodos de agrupamento probabilísticos.

[...]

Aprendizado semissupervisionado

O aprendizado semissupervisionado oferece um meio termo entre o aprendizado supervisionado e não supervisionado. Durante o treinamento, ele usa um conjunto de dados rotulado menor para orientar a classificação e a extração de recursos de um conjunto de dados maior e não rotulado. O aprendizado semissupervisionado pode resolver o problema de não ter dados rotulados suficientes para um algoritmo de aprendizado supervisionado. Também ajuda se for muito caro rotular dados suficientes.”

Confirme visto, as ferramentas servem aos humanos, acompanhando o tempo destes, e os humanos servem às máquinas, acompanhando o tempo destas. Para a IA aprender, há de ser pelo método de *machine learning* esta precisa primeiramente de uma base de dados coletadas por seres humanos. Segundamente, a IA pode ou não ser acompanhada durante o processo, mas o resultado deverá ser avaliado por um ser humano no final do processo de aprendizado. O processo de *machine learning* mostra que a IA pode atuar de forma autônoma do ser humano, mas ainda precisa deste para regular sua atuação, tal qual uma máquina.

Mas para que as máquinas? Marx (2013) elenca que serve para a produção de mercadorias, sendo estas o elemento definidor da história. Relações de trabalho, economias nacionais e locais, modos de produção etc. Estão envoltos em torno da mercadoria:

“A mercadoria é, antes de tudo, um objeto externo, uma coisa que, por meio de suas propriedades, satisfaz necessidades humanas de um tipo qualquer. A natureza dessas necessidades – se, por exemplo, elas provêm do estômago ou da imaginação – não altera em nada a questão². Tampouco se trata aqui de como a coisa satisfaz a necessidade humana, se diretamente, como meio de subsistência [Lebensmittel], isto é, como objeto de fruição, ou indiretamente, como meio de produção. Toda coisa útil, como ferro, papel etc., deve ser considerada sob um duplo ponto de vista: o da qualidade e o da quantidade. Cada uma dessas coisas é um conjunto de muitas propriedades e pode, por isso, ser útil sob diversos aspectos. Descobrir esses diversos aspectos e, portanto, as múltiplas formas de uso das coisas é um ato histórico³. Assim como também é um ato histórico encontrar as medidas sociais para a quantidade das coisas úteis. A diversidade das medidas das mercadorias resulta, em parte, da natureza diversa dos objetos a serem medidos e, em parte, da convenção.” (Marx, 2013, p. 153)

De acordo com Marx, a mais valia se consegue na mercadoria, mas o que se enquadra como mercadoria nos escritórios privados? Responde Costa

“Em síntese, os escritórios de contencioso de massa cobram valores ínfimos aos seus clientes, pois a margem de lucro advém do volume de ações. Os softwares e bancos de dados permitem a fragmentação e facilitação do trabalho, fato que, aliado ao excedente de mão-de-obra disponível, reverbera na drástica redução dos honorários oferecidos aos operários da advocacia.” (Marx, 2013, p. 98)

Diante da maquinização do trabalho, resta saber como fica o modo de trabalho e conseqüentemente o salário dos trabalhadores? Marx (2013) elenca 2 tipos de salário: Salário por hora e salário por mercadoria. Vejamos como este analisa o por hora:

“Se o salário por hora é fixado de maneira que o capitalista não se vê obrigado a pagar um salário diário ou semanal, mas somente as horas de trabalho durante as quais ele decida ocupar o trabalhador, ele poderá ocupá-lo por um tempo inferior ao que serviu originalmente de base para o cálculo do salário por hora ou para a unidade de medida do preço do trabalho. Sendo essa unidade de medida determinada

pela proporção valor diário da força de trabalho/jornada de trabalho de um dado número de horas, ela perde naturalmente todo sentido assim que a jornada de trabalho deixa de contar um número determinado de horas. A conexão entre o trabalho pago e o não pago é suprimida. O capitalista pode, agora, extrair do trabalhador uma determinada quantidade de mais-trabalho, sem conceder-lhe o tempo de trabalho necessário para sua autoconservação. Pode eliminar toda regularidade da ocupação e, de acordo com sua comodidade, arbítrio e interesse momentâneo, fazer com que o sobretrabalho mais monstruoso se alterne com a desocupação relativa ou total. Pode, sob o pretexto de pagar o “preço normal do trabalho”, prolongar anormalmente a jornada de trabalho sem que haja qualquer compensação correspondente para o trabalhador. Isso explica a rebelião (1860) absolutamente racional dos trabalhadores londrinos, empregados no setor de construção, contra a tentativa dos capitalistas de impor-lhes esse salário por hora. A limitação legal da jornada de trabalho põe fim a esse abuso, embora não, naturalmente, ao subemprego resultante da concorrência da maquinaria, da variação na qualidade dos trabalhadores empregados e das crises parciais e gerais” (Marx, 2013, P. 753)

Ou seja, o burguês sabe muito bem que o trabalhador produzirá muito mais do que o salário que lhe foi acordado, podendo exigir cada vez mais e mais produção a fim para que sua mais-valia aumente. Isso gera desgaste para os trabalhadores, que terão que abdicar de qualidade e tempo de vida para, ironicamente, conquistá-las novamente dia após dia.

A mercadoria é tudo aquilo que é fruto do trabalho humano, desde o mais simples, como colher uma fruta, como hiper manufaturado, como um *smartphone*. O valor da mercadoria sempre será composto pelos elementos básicos compostos pelo preço de manutenção do maquinário, logística e primordialmente, o salário dos trabalhadores que dispenderam energia na formação daquela mercadoria.

O salário por hora é mais condizente para servidores públicos, cuja carga horária é rigidamente definida em lei para todas as partes envolvidas diretamente, seja do técnico judiciário ao juiz, defensor ou promotor. A função de tais órgãos é conseguir cumprir a demanda dentro do prazo estipulado, mas não busca aumentar ou diminuir esta demanda, uma vez que não há controle sobre o aumento ou diminuição da necessidade de processos judiciais.

De outra maneira, existe o salário por peça. Marx elenca da seguinte maneira:

A forma do salário por peça é tão irracional quanto a do salário por tempo. Enquanto, por exemplo, duas peças de mercadoria, depois de descontado o valor dos meios de produção nelas consumidos, valem 6 pence como produto de 1 hora de trabalho, o trabalhador recebe por elas um preço de 3 pence. Na realidade, o salário por peça não expressa diretamente nenhuma relação de valor. Não se trata de medir o valor da peça pelo tempo de trabalho nela incorporado, mas, ao contrário, de medir o trabalho gasto pelo trabalhador pelo número de peças por ele produzido. No salário por tempo, o trabalho se mede por sua duração imediata; no salário por peça, pela quantidade de produtos em que o trabalho se condensa durante um tempo determinado⁴⁸. O preço do próprio tempo de trabalho é, por fim, determinado pela

equação: valor do trabalho de um dia = valor diário da força de trabalho. O salário por peça, portanto, não é mais do que uma forma modificada do salário por tempo.” (Marx, 2013, p. 760)

O salário por peça parece diferente, mas não é. A mais-valia agora é retirada por produto, e para esta ficar valorizada se cobra altas demandas dos operadores das máquinas, ameaçando o desemprego destes. Para o trabalhador, este terá que trabalhar por conta e vontade própria para alcançar um mínimo sustentável para se viver, ainda mais retirando a necessidade de cobrança do patrão, sendo assim seu próprio algoz.

Atendimentos a clientes, formulação de petições, organização de documentos, A mercadoria produzida em massa, agora com a mais valia, são os contratos, petições e pareceres, onde somente é necessária uma revisão daqueles olhos treinados pela academia e oficializados pela OAB. A experiência viva antes citada morre assim que o artesão passa a realizar uma operação contínua o dia inteiro, e apesar de estar produzindo mais, este perde sua motivação enquanto ser humano, fazendo parte da própria máquina, agora com esta operando ele, conforme a seguinte citação:

“Na manufatura e no artesanato, o trabalhador se serve da ferramenta; na fábrica, ele serve à máquina. Lá, o movimento do meio de trabalho parte dele; aqui, ao contrário, é ele quem tem de acompanhar o movimento. Na manufatura, os trabalhadores constituem membros de um mecanismo vivo. Na fábrica, tem-se um mecanismo morto, independente deles e ao qual são incorporados como apêndices vivos.” (Marx, 2013, p. 606)

A mediação, a arbitragem e os escritórios privados de advocacia são os locais onde a mecanização tomará maior forma, visto a necessidade de lucros para a manutenção destes ambientes de trabalho, fator não visto em defensorias, promotorias e tribunais, dependentes dos impostos dos contribuintes.

E os órgãos do judiciário deixarão de ser um local de teste de novas ideias e princípios, passando a ser somente uma reiteração da quantidade de peticionamentos com o mesmo padrão, pois a máquina não se importa com a qualidade do mesmo jeito que um artesão se importará, ela só buscará meios de fazer com que a mais valia, agora advinda do trabalho do advogado proletarizado vá para o patrão deste.

Os pontos positivos também podem ser listados, como a facilidade de acesso da população ao sistema judiciário, onde não será necessário sair de casa para ter suas necessidades atendidas e uma possível humanização em seu atendimento, desde que bem coordenada. Um exemplo pode se dar em um atendimento personalizado aos clientes, visto que a IA é capaz de perceber os comportamentos do usuário com mais velocidade do que um ser humano, além de facilitar a busca dos direitos deste devido a uma capacidade de entendimento do assunto mais acurada, conforme o Google faz. Nota-se também uma aceleração dos processos, com acompanhamento mais adequado e devido para cada processo, uma vez que o processamento do computador para acompanhamento de agendas não gerará tanto dispêndio.

A implementação das IA's no Direito é inevitável, e o papel que o Judiciário tem de tomar é de incentivo aos impactos positivos e o uso da IA como máquina de acesso aos direitos dos cidadãos, assim como apaziguar a inevitável precarização dos locais de trabalho que usam o Direito como base, e impedir que seus órgãos se tornem entes rígidos e econômicos. Assim como os sindicatos possuem o dever de representar a vontade coletiva dos trabalhadores, a OAB terá de tomar outro papel, e representar a vontade dos advogados assalariados que estarão dependentes das IA's no seu dia a dia de trabalho.

BIBLIOGRAFIA

20 Years after Deep Blue: How AI Has Advanced Since Conquering Chess. Disponível em <https://www.scientificamerican.com/article/20-years-after-deep-blue-how-ai-has-advanced-since-conquering-chess/>. Acesso em 27 dez. 24

COM EMPURRÃO DO STF, STARTUP INTEGRA TECNOLOGIA DO CHATGPT AO JUDICIÁRIO. **Pipeline**, 2023. Disponível em <https://pipelinevalor.globo.com/startups/noticia/com-empurrao-do-stf-startup-integra-tecnologia-do-chatgpt-ao-judiciario.ghtml> Acesso em 3 mai.

COSTA JUNIOR, VANDER LUIZ PEREIRA. Os jovens operários da advocacia: um estudo sobre a precarização do trabalho nos escritórios de contencioso de massa/ Vander Luiz Pereira Costa Junior. – Salvador, 2016. 129 f.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS. RESOLUÇÃO Nº 011/2018-CSDPE/AM. Defensoria Pública do Estado do Amazonas, 2022. Disponível em <https://defensoria.am.def.br/wp-content/uploads/2022/10/RESOLUCAO-No-0112018-CSDPEAM-CONSOLIDADA-II-1.pdf> Acesso em 3 mai. 2024

[Estatuto da advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil (1994)]. Estatuto da advocacia e da OAB e legislação complementar – versão eletrônica – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2024. Disponível em <https://www.oab.org.br/publicacoes/AbriuPDF?LivroId=0000002837> Acesso em 3 mai. 2024

Conceito do termo “inteligência artificial”. Disponível em <https://www.dicio.com.br/inteligencia-artificial/#:~:text=Significado%20de%20Intelig%C3%A2ncia%20artificial&text=%5BEngenharia%5D%20Ramo%20de%20pesquisa%20da,%2C%20linguagem%2C%20infer%C3%A2ncia%20e%20criatividade>. Acesso em 27 dez. 24

GLOBANT LANÇA LEGAL AI STUDIO PARA IMPULSIONAR A IA NO SETOR JURÍDICO. **InforChanel**, 2024. Disponível em <https://inforchannel.com.br/2024/11/14/globant-lanca-legal-ai-studio-para-impulsionar-a-ia-no-setor-juridico/> Acesso em 5 mai. 2024

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ATENDIMENTO HUMANIZADO DEVEM DITAR O

FUTURO DO SAC. **Exame**, 2023. Disponível em <<https://exame.com/bussola/inteligencia-artificial-e-atendimento-humanizado-devem-ditar-o-futuro-do-sac/>> Acesso em 5 mai. 2024

JURÍDICO.AI CAPTA R\$ 800 MIL EM INVESTIMENTO ANJO PARA CRESCER. **Startups.com**, 2024. Disponível em <https://startups.com.br/negocios/rodada-de-investimento/juridico-ai-capta-r-800-mil-em-investimento-anjo-para-crescer/> > Acesso em: 5 mai. 2024

MARX, K. O Capital - Livro I – crítica da economia política: **O processo de produção do capital**. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: **Boitempo**, 2013.

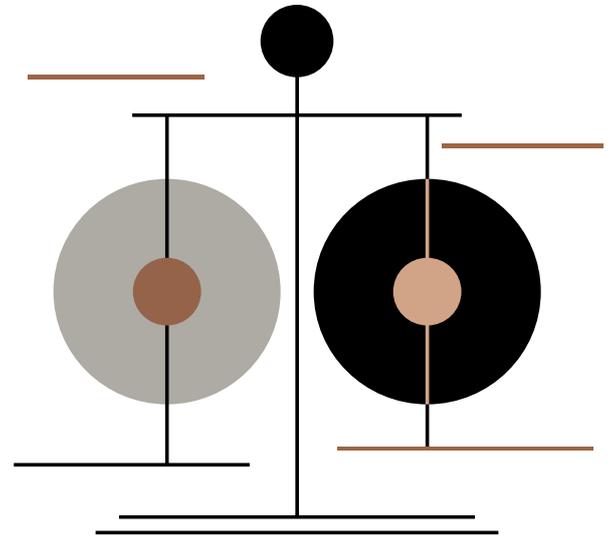
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS. RESOLUÇÃO N.º 033/94-CSMP. Ministério Público do estado do Amazonas, 2020. Disponível em <https://www.anpr.org.br/images/2020/02/Consulta/MPAM-Regimento_InternodoCSMP.pdf> Acesso em 3 mai. 2024

O QUE É APRENDIZADO DE MÁQUINA (ML)?. **IBM**. Disponível em < O que é aprendizado de máquina (ML)? | IBM > Acesso em 5 mai. 2024

STF FAZ CHAMAMENTO PÚBLICO PARA PROJETOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL QUE AUTOMATIZEM RESUMOS DE PROCESSOS. **Supremo Tribunal Federal**, 2023. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=518467&ori=1> > Acesso em 04 mai. 2024

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS. RESOLUÇÃO No 62, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2023, Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, 2023. < <https://www.tjam.jus.br/index.php/publicacoes-documentos/resolucoes/resolucao-2023>> Acesso em 3 mai. 2024

9.



A NOVA LEI DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E OS IMPACTOS NA IMPLEMENTAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Christian Galvão da Silva

Alcian Pereira de Souza

Marco Aurélio de Lima Choy

Ricardo Tavares de Albuquerque

INTRODUÇÃO

A administração pública segue o princípio da legalidade e a sua atuação deve ser sustentada por outros princípios que norteiam a transparência, o interesse público e a ética. Para exercer suas funções, o poder executivo necessita prestar serviços, obter materiais, bens de consumo e bens permanentes e para este efeito, o processo de concurso é crucial. O procedimento deve visar uma relação custo-eficácia primordial, mas a nova lei introduz critérios adicionais, que serão discutidos neste artigo (ARAÚJO, 2022)

O processo licitatório pode ser entendido como um grupo de procedimentos administrativos para aquisições de bens e serviços do poder executivo, tendo em vista a necessidade de compras governamentais ou serviços contratados que deverão atender as regras legais. Diante disso, com a introdução da Lei nº 14.133/2021, tem por objetivo compreender as motivações para a elaboração de uma lei sobre esse tema, identificando as principais dificuldades dos municípios enfrentarão estes problemas se não cumprirem a legislação e não proporcionarem alguns dos benefícios de que as administrações públicas, especialmente os municípios, podem usufruir. (MAGNANI, 2021)

De modo geral, as normas jurídicas precisam ser atualizadas de acordo com a evolução da sociedade. Os regulamentos que regem os concursos públicos não são exceção. À medida que surgem novas demandas, serviços e métodos de fornecimento, será necessário adaptar o processo licitatório. Sendo assim, a justificativa deste estudo reside na importância do tema para a sociedade como um todo, uma vez que as administrações públicas podem contratar e adquirir por meio de licitações os produtos e serviços necessários à implementação de requisitos que visem ao alcance do bem comum da sociedade.

O objetivo deste artigo é debater, com diversos autores, as novidades trazidas pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e as possíveis polêmicas decorrentes da nova regulamentação, a partir de uma revisão de literatura.

O primeiro capítulo tem como objetivo demonstrar os principais aspectos que regem a licitação pública e a lei 14.133/2021, para mostrar maiores informações a respeito da temática. O segundo capítulo visa elencar as principais características e inovações trazidas pela nova lei, buscando um debate crítico com autores do direito administrativo sobre o que é proposto na Lei nº 14.133/2021, além de contrastar a nova legislação com o direito administrativo. Além disso, também serão apontadas as novidades da

modalidade de licitação na nova lei e analisaremos quais foram eliminadas e quais foram acrescentadas. Nesse sentido, no terceiro capítulo serão apresentadas as alterações trazidas nos procedimentos de licitação, buscando elencar os principais pontos de discórdia da Lei nº 14.133/2021 e compará-los com aqueles já discutidos na legislação que está sendo substituída e revisada.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 A LICITAÇÃO PÚBLICA E A LEI 14.133/2021

Para compreender e entender a razão da formulação da nova lei de licitações, é necessário conceituar o conteúdo da licitação e algumas de suas regras. A licitação pública pode ser definida como um procedimento de natureza administrativa, cujo objetivo é encontrar bens ou serviços com a melhor relação custo-benefício baseada em princípios econômicos para atender às suas necessidades. Para o Advogado Emmanuel Massena (2017, p. 12), “Os princípios econômicos encontram um argumento de que os governos devem procurar os preços mais baixos e as melhores condições, procurando sempre reduzir custos mais rapidamente e reduzir a burocracia.”

Para facilitar a compreensão, vale ressaltar que antes da Lei nº 14.133/2021 existem cinco métodos de licitação: a Tomada de preços, o Convite, a Concorrência, o Concurso, o Leilão e o Pregão. Com o advento da lei surge o modelo de diálogo competitividade e houve a eliminação de preços e convite. Além disso, os padrões não devem ser confundidos com critérios de julgamento O artigo 45 da Lei nº 8.666/1993 dispõe:

Art. 45. O julgamento das propostas pelo comitê será objetivo. A responsabilidade pela licitação ou convite é realizada de acordo com o tipo processo licitatório, os critérios previamente definidos no edital e com base nos fatores especificamente mencionados nele, a fim de poder, é avaliado pelas licitantes e pelo órgão controlador.

§ 1º Para os fins deste artigo, além do formato de concurso, constituem as seguintes modalidades de concurso:

I - o menor preço - critério de seleção quando da proposta mais vantajosa para a autoridade administrativa decidir sobre os licitantes que apresentarão propostas a propor e oferecer o menor preço de acordo com as especificações do edital ou convite;

II - a melhor tecnologia;

III - tecnologia e preço.

IV - A maior oferta ou oferta - no caso de venda de bem ou transferência de direito físico de uso. (BRASIL, 1993, p.51)

O Artigo 6º da Lei nº 14.133/2021 introduzido no inciso XXXVIII, e a Lei nº

8.666/1993 já prevê alterações nos melhores critérios técnicos (menor preço, melhor tecnologia, tecnologia e preço, maior lance ou oferta) à medida que aumenta as opções de melhor conteúdo artístico. Vale ressaltar que esta lei acrescenta a opção do maior retorno econômico aos padrões existentes e restringe que o maior padrão de lance seja utilizado apenas na modalidade de leilão.

O professor Jessé Torres Pereira (2022, p. 1) ensina o seguinte sobre esse tema:

Arte. 33 deste projeto atendem aos critérios de julgamento das propostas: menor preço; maior desconto; melhor técnica ou conteúdo artístico; técnica e preço; maior lance, no caso de leilão; e maior retorno econômico. Art. 34 o projeto estava ciente das mudanças nos métodos de avaliação desde o início da proposta ainda toca no antigo critério de preço mínimo, que agora deverá levar em conta “despesas mínimas da administração, atendendo aos parâmetros mínimos de qualidade especificados no edital de licitação”. Ou seja, mesmo o critério mais objetivo – o preço mais baixo – não pode ser satisfeito como única comparação entre valores, portanto, se não forem atendidos os parâmetros do menor gasto em termos de qualidade, prevalece o preço mais baixo.

Portanto, pelos seus aspectos econômicos, baseia-se sempre em interesses do setor público, estas regras gerais introduzidas na Lei dos Concursos aplicar-se-ão a todas as administrações públicas, diretas ou indiretas, mas o impacto destas alterações será sentido em cada município devido às suas restrições financeiras, recursos e pessoal qualificado. Para enfatizar as alterações da nova lei, em um breve resumo histórico, o artigo 37, inciso XXI, da nossa Carta Magna busca suas origens constitucionais, que afirma:

XXI-Salvo circunstâncias especiais em legislação, engenharia, serviços, compras A alienação será por meio de contratação processo de licitação pública para garantir condições iguais para todos os concorrentes, os termos visam estabelecer obrigações de pagamento, manter condições válidas, fazer sugestões de acordo com a lei, somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988, p. 36)

Ressalte-se que a Lei nº 8.666/1993 regulamenta esse importante procedimento, enquanto a Lei nº 14.133/2021 o extingue parcialmente, o seu objetivo é substituí-lo por outras alterações às suas regras gerais básicas de concurso. No que diz respeito à nova lei, a aplicação das suas regras gerais pode ser dividida em três categorias: gestão direta, gestão autoritária e fundamental, aplicando integralmente a Lei nº 14.133/2021, às empresas públicas e, por fim, às sociedades de economia mista, apenas nos casos expressamente determinados pela Lei nº 13.303/2016. A advogada Victoria Magnani (2021, p. 3) explica desta forma:

Em síntese, a Lei nº 14.133/2021 consolida em uma única norma o regime jurídico aplicável às licitações e aos contratos administrativos, que até então estavam distribuídos nos seguintes artigos: A Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93), a Lei dos Leilões (Lei nº 10.520/2002) e a Lei nº 12.462/11 que dispõe especificamente sobre o Sistema de Contratação Diferenciada (RDC)

Portanto, a lei afeta diretamente os municípios, pois constituem a administração pública direta, um dos objetivos da Lei nº 14.133/2021 é legislar toda a administração pública por meio de uma lei única. A nova lei ainda não revogou a Lei nº 8.666/1993 os parágrafos 1º e 2º do artigo 193 da nova lei revogam expressamente os capítulos de crimes e penas revogados a partir da data de promulgação e no prazo de 2 anos a partir da promulgação, a fim de revogar esta lei, permanece claro que a lei anterior será substituída (MAGNANI (2021))

1.2 LEI Nº 14.133- A NOVA DE LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Neste capítulo apresentamos as principais inovações trazidas pela introdução da Lei 14.133/2021, que é o marco normativo para um regime de contrato de gestão direto, autônomo e básico. A nova legislação substituirá a Lei 8.666/1993, revogando partes da Lei 10.520/2002 (Lei dos Leilões) e da Lei nº 12.462/2011 (Lei RDC). A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133) foi publicada em 1º de abril de 2021, após vários anos de deliberação do Congresso Nacional. Essa legislação é responsável por estabelecer as regras gerais de licitação na administração pública, conforme consta em seu artigo 1º. Primeiro:

Art. 1º Esta Lei estabelece regras gerais de licitação e contratação das administrações públicas diretas, autônomas e de base da Federação dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios e abrange:

I - os órgãos legislativos e judiciários federais, dos Estados e do Distrito Federal e órgãos legislativos municipais No desempenho de funções administrativas;

II - fundos especiais e outras entidades controladas direta ou indiretamente pela administração pública (BRASIL, 2021)

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos começou a tramitar no Congresso em 2013, 20 anos após a promulgação da Lei nº 8.666/1993, com o objetivo principal de combater a corrupção, que também era finalidade da legislação anterior. Além disso, visa promover atualizações para modernizar os procedimentos licitatórios. Com a publicação da nova legislação, a vigência da antiga lei consuetudinária (Lei 8.666/1993) terminará em 3 de abril de 2023 (ARAUJO, 2022)

Até então, as duas leis vigoravam ao mesmo tempo e cabia ao governo decidir qual delas usar. O mesmo acontece com a lei dos leilões (Lei nº 10.520/2002) e a lei que institui o Regime de Contratações Diferenciadas (RDC) (Lei nº 12.462/2011). Nesse sentido, os artigos 190 a 193 da Lei nº 14.133/2021 têm a seguinte redação:

Artigo 190.º Os contratos celebrados antes da entrada em vigor desta lei continuarão a reger-se pelas regras estabelecidas pela lei revogada. Artigo 191.º Até ao termo do prazo referido no n.º 2 deste artigo. O artigo 193.º estipula

que o governo pode optar por licitar ou assinar um contrato diretamente nos termos desta lei ou da lei mencionada no parágrafo anterior. A escolha escolhida deve ser claramente indicada no edital ou documento do contrato direto e deve ser combinada com a proibição desta lei e do parágrafo anterior. Aplicam-se as circunstâncias prescritas. Segmento único. No caso previsto neste artigo, se a autoridade competente optar por proceder ao concurso nos termos da lei a que se refere o n.º 2 deste artigo. Nos termos do artigo 193.º desta Lei, o contrato correspondente reger-se-á, durante toda a sua vigência, pelas regras nele previstas. Artigo 192.º Os contratos relativos a bens pertencentes à União ou aos seus órgãos e fundações continuarão a reger-se pela legislação pertinente e estarão sujeitos à aplicação desta Lei de forma subsidiária. Art.

193. Ficam revogados os seguintes dispositivos: I - Art. 193. Artigos 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, data de promulgação desta Lei; II - Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e artigo 17. Artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, dois (dois) anos após a promulgação oficial desta Lei. (BRASIL, 2021)

Conforme mencionado anteriormente, caso a autoridade competente opte por instaurar procedimento licitatório nos termos do antigo regime, o contrato correspondente reger-se-á, durante toda a sua vigência, pelas regras nele previstas, conforme consta do parágrafo único do artigo 1º. Artigo 191 da nova lei, ou seja, o contrato administrativo seguirá o regime previamente especificado no edital. Além disso, deve-se ressaltar que os municípios com população não superior a 20.000 habitantes possuem condições especiais de transição entre leis, conforme previsto no artigo 1º (PEREIRA, 2022).

O artigo 176 da nova Lei de Licitações dispõe que, no prazo de seis anos contados da data de promulgação da Lei, deverá ser observado o cumprimento: I - dos requisitos previstos no artigo 176. Sétimo, no art. Art. 8º II - Obrigação de apresentação de propostas por meio eletrônico de que trata o art. 2º desta Lei. Artigo 17 desta Lei: III. Normas relativas à divulgação em sítio oficial (BRASIL, 2022).

1.2.1 Dos Princípios

No direito, pode-se dizer que os princípios são a base geral sobre a qual se constrói uma determinada disciplina jurídica, a partir da qual se pode compreender o significado operacional da aplicação através de estatutos. 26 O artigo 5º da Lei nº 14.133/2021 estabelece os princípios que devem ser observados durante o processamento e julgamento das licitações.

Artigo 5º Esta lei será aplicada respeitando a legalidade, objetividade, moralidade, abertura, eficiência, interesse público, integridade administrativa, igualdade, planejamento, transparência, eficácia, divisão de responsabilidades, motivação, vínculos de notificação, Princípios de julgamento objetivo, segurança jurídica, racionalidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economia e desenvolvimento sustentável do país, bem como o disposto no Decreto nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução das Normas Legais Brasileiras) (BRASIL, 2021)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma em seu livro que esses princípios constituem uma norma jurídica que pode servir de parâmetro e base para uma melhor aplicação da lei, Contribui para a interpretação e integração das leis na ausência de lacunas legislativas. A nova Lei de Licitações estabelece uma cláusula extensa ao elencar os princípios que devem ser observados em licitações e contratos, conforme consta em seu art. quinto, replica os princípios de legitimidade, objetividade, moralidade, publicidade e eficiência contidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988 (DI PIETRO, 2022).

Além disso, a Lei nº 8.666/1993 estabelece os princípios da igualdade, da integridade administrativa, do cumprimento das notificações, do julgamento objetivo e do desenvolvimento nacional sustentável. Também replica os princípios de motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e interesse público já contidos na Lei nº 9.784/1999, que disciplina o processo administrativo no âmbito federal (BRASIL, 2021).

1.2.2 Agentes Públicos

A Lei nº 14.133/2021 contém capítulos dedicados que tratam do tema dos agentes públicos. No art. 6 define-se como agente público a pessoa física que, em virtude de eleição, nomeação, designação, vínculo empregatício ou qualquer outra forma de autoridade ou vínculo, exerça cargo, emprego ou função em pessoa jurídica integrante do administração pública. Logo depois, os artigos 7 a 10 especificaram os detalhes desse recurso.

Art. 7º A autoridade máxima de instituição ou entidade ou qualquer pessoa indicada nas normas do órgão administrativo promoverá a administração de competências e nomeará agente público que atenda aos seguintes requisitos para o desempenho das funções necessárias à execução desta Lei: - Preferencialmente da administração pública Servidor permanente ou empregado público;

II - tem funções relacionadas a licitações e contratos ou possui formação ou qualificação compatível comprovada por certificação profissional expedida por escola pública criada e mantida por autoridade pública;

III - não é licitante regular ou contratante do governo Cônjuges ou companheiros, nem ter qualquer relação natural, relação indireta ou relação próxima abaixo do terceiro grau de parentesco, relação técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com eles.

Art. 1º As autoridades competentes de que trata este artigo devem aderir ao princípio da divisão de responsabilidades e estão proibidas de designar o mesmo agente público para exercer simultaneamente funções mais suscetíveis a riscos, de forma a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e equívocos. A fraude ocorreu no contrato correspondente. O limite máximo deste artigo e o disposto no

§ 1º, inclusive os requisitos estabelecidos, aplicam-se também aos órgãos de assessoria jurídica e de controle interno do Governo (BRASIL, 2021)

Além disso, em seu art. oitavo, a nova lei de licitações estabelece um agente

contratante, servidor permanente ou funcionário público designado pela autoridade competente para ser responsável pelo processo licitatório. Sua função é tomar decisões, conduzir procedimentos e realizar todas as atividades necessárias para aumentar a eficiência da campanha até a obtenção da aprovação. Ele será auxiliado pela equipe de suporte e será o único responsável pelas ações que realizar, a menos que seja induzido em erro pela equipe de suporte.

Além disso, em determinadas circunstâncias do processo de leilão, o agente contratante será nomeado leiloeiro. A nova legislação não utiliza mais o termo “comissão de licitação” utilizado na Lei 8.666/1993, que significa apenas agente contratante ou comissão contratante. Juliano Heinen fala sobre esse tema em seu livro:

Vale ressaltar que a Lei nº 14.133/21 não optou por manter a sistemática da revogada Lei nº 8.666/93, ou seja, não manteve a indicação de licitantes, é necessária uma comissão. Em vez disso, o processo é agora realizado por uma única pessoa (denominada “agente de recrutamento”). A escolha da Lei nº 14.133/21 segue a lógica da revogada Lei nº 10.520/02, ou seja, que o processo de leilão seja conduzido por um único agente (o “leiloeiro”). Portanto, hoje em dia, as licitações são geralmente realizadas por agentes. (HEINEN, 2022, p. 1182)

De acordo com art. 6º o Comitê de Contratação é definido como um grupo permanente ou especializado de agentes públicos indicados pelo governo, cuja função é receber, analisar e julgar documentos relativos ao processo licitatório e aos procedimentos acessórios. Ainda neste sentido, o art. 8º, n.º 2, dispõe que, no caso de propostas que envolvam bens ou serviços especiais que, segundo as razões prévias do contratante, apresentem um elevado grau de heterogeneidade ou complexidade, o agente contratante pode ser composto por pelo menos 3 membros substituídos por uma comissão adjudicante formado. Os membros têm responsabilidade solidária, exceto quando os indivíduos expressem posições diferentes (HUPSEL, 2021).

Além disso, arte. 9º da nova Lei nº 14.133/2021 prevê uma série de vedações à nomeação de agentes públicos atuantes em processos licitatórios. Este mecanismo visa prevenir condutas ilegais em contratos públicos. Finalmente, arte. A inovação do Artigo 10 da nova Lei de Licitações é que ele proporciona proteção jurídica às autoridades e funcionários públicos envolvidos no processo de contratação (DI PIETRO, 2022).

Este dispositivo estipula que quando suas ações estiverem amparadas em análise jurídica, eles não serão obrigados a contratar e pagar advogados caso sejam processados e precisem se defender de ações que exijam consulta jurídica prévia, e para tanto possuam a qualificação de advogado necessária, o apoio à sua defesa veio de consultorias de gestão (HUPSEL, 2021)

1.2.3 Modalidades de Licitação

Di Pietro (2022) acredita que a nova lei de licitações é inovadora na definição do

método de licitação. A autora destaca o desaparecimento dos modelos de precificação e convite prescritos no art. 22 da Lei nº 8.666/1993. Além disso, foram acrescentados o modelo de diálogo competitivo, que é a maior inovação trazida pela nova lei, e o modelo de leilão, que foi previsto pela Lei nº 10.520/2002 e agora regulamentado pela nova Lei nº 14.133/2021.

O documento nº 28 lista os métodos de licitação da seguinte forma:

Art. 28 As modalidades de licitação são:

- I - pregão;
- II - concorrência;
- III - concurso;
- IV - leilão;
- V - diálogo competitivo.

§ 1º Além dos meios mencionados no título deste artigo, a autoridade competente também poderá utilizar os procedimentos auxiliares previstos no art. 1º. O artigo 78

§ 2º desta Lei proíbe a criação de outros métodos de licitação ou mesmo a combinação dos métodos de licitação especificados neste artigo. (BRASIL, 2021)

As disposições da seção 1. do artigo 28., para além das modalidades mencionadas no título, prevê também que as autoridades competentes possam utilizar os procedimentos subsidiários previstos no artigo 28.º. Artigo 78 da Lei nº 14.133/2021. Além disso, a nova Lei de Licitações abandona o critério de valor para determinação do modelo previsto na Lei anterior nº 8.666/1993. Juliano Heinen nos apresenta esse tema:

Os métodos mencionados devem ser escolhidos de acordo com a sua finalidade: não se pode simplesmente fechar qualquer contrato, é preciso observar o que está sendo licitado. Observe também que este valor não é um padrão que define qual modo é usado aqui. Este fator é irrelevante neste aspecto. Critérios qualitativos são válidos aqui, em vez de critérios quantitativos que definem uma modalidade específica. (HEINEN, 2022, p. 1165)

Também é mantida a vedação de criação de outras modalidades, conforme tipifica o § 2º do art. 28, da Lei 14.133/2021, que já era prevista no § 8º do art. 22 da Lei nº 8.666/1993.

1.2.4 Contratação Direta na Lei nº 14.133/2021

O artigo XXI, artigo 37 da Constituição Federal de 1988 dispõe que as administrações públicas são geralmente obrigadas a concorrer a licitações para execução de contratos e aquisições. No entanto, também estão previstas exceções para a contratação direta, como a inexigibilidade e a isenção de licitação (DI PIETRO, 2022)

A nova legislação mantém a inexigibilidade dos artigos 74 e 79 da Lei nº

14.133/2021, relativamente aos contratos diretos sem concorrência em razão das seguintes características do fornecedor: exclusividade, prestação de serviços de natureza única ou pessoa de profissão artística estabelecida. A nova legislação mantém a lista modelo já prevista na Lei 8.666/1993 e acrescenta duas novas possibilidades, a saber, a certificação e o caso de aquisição e locação de imóveis (GUIMARÃES *et al.*, 2022)

A nova lei de licitações também mantém esta isenção. A mudança para o recrutamento direto de baixo custo é notável porque a economia do processo complexo a justifica. No entanto, para conseguir isso, é necessária uma pesquisa de mercado. As mudanças óbvias são que as obras e serviços são avaliados em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e os serviços e compras são avaliados em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) (DI PIETRO, 2022)

1.3 DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS NOS PROCEDIMENTOS DE LICITAÇÃO

Os municípios devem se adaptar às mudanças trazidas pela nova lei e identificar os desafios que encontrarão, desta forma, é necessário dizer que a lei prevê regras gerais para agilizar as contratações, uma vez que essas regras são sempre um alvo complexo para as administrações públicas que necessitam da cooperação do mercado para desenvolver empreendimentos que atendam às suas alternativas à demanda. A contratação de bens e serviços públicos é essencial para o funcionamento da máquina pública e para tanto princípios econômicos norteiam a consideração de padrões de desempenho e qualidade e opções adequadas devem ser definidas na notificação (DALLARI, 2021)

Com a nova lei de licitações públicas e contratos administrativos, a gestão pública passou a ter grande importância, porque substituiu as Leis 8.666/93 e 10.520/02, criando vagas para que os administradores públicos possam se adaptar. O artigo 6º da Lei nº 8.666/1993 dispõe sobre a Comissão de Licitação e a define da seguinte forma: “Comissão permanente ou especializada instituída pelo Governo, cuja função é receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos à licitação e cadastramento de licitantes” (BRASIL, 1993, p. 1726). Essa mudança reflete diretamente a relação entre os municípios e o processo licitatório, uma vez que o administrador municipal sempre nomeia uma pessoa com conhecimento na área pessoas, não permanentes.

As mudanças trazidas pela lei incluem 14.133/2021, Instrução 6º da Lei Comitê 8.666/1993 instituído o concurso permanente foi substituído por novas regras são consistentes com a presença de agentes recrutamento. Este é um dado poder de decisão e acesso a ajuda uma equipe de membros do conselho Gestão permanente de acordo com O disposto no artigo 6º, inciso LX da Nova Lei Ele estipula:

LX- Agência de Recrutamento: Pessoas designado pela autoridade competente, entre funcionários públicos permanentes ou empregados membros permanentes do público administração pública, tome Tomada de decisão, monitoramento do

progresso Licitação, processo de promoção processo de licitação e realizar quaisquer outras atividades necessárias para o bem O jogo avança até Oficialmente aprovado. (BRASIL, 2021, p. 2).

Artigo 37.º, n.º 1, ponto 1, da Lei A Lei 14.133/2021 inclui ainda:

Pela melhor tecnologia ou por tecnologia e a precificação devem ser realizadas por:

§ I Grupos de especialistas de que trata o inciso

II O título deste artigo deve ser no mínimo 3 (três) Os membros podem consistir em:

I - Servidor ou empregado permanente de bens públicos pertencentes a funcionários cargos permanentes na administração pública.

Vale ressaltar que agência licitante se refere a todas as pessoas envolvidas no processo licitatório. Para se qualificar como agente licitante é necessário atender aos três requisitos previstos no artigo 7º da Lei, a saber: O departamento administrativo recebe formação compatível relacionada ao processo de licitação ou qualificações comprovadas por certificação profissional e cumpram a proibição de nepotismo. A exigência de que o agente contratante seja funcionário público válido não é facultativa, devendo ele fazer parte do quadro de funcionários e ser responsável pela gestão de todo o processo licitatório até a aprovação, devendo as entidades municipais se adequar a esta regra.

O Professor Eduardo Araújo (2022, p.3), a distinção é a seguinte:

Agente público significa a pessoa eleita, nomeada, designada, contratada ou vinculada por qualquer outra forma de subvenção ou garantia para exercer cargo, cargo, emprego ou função em pessoa jurídica da administração pública. Os agentes contratantes são, portanto, uma espécie de agente público, sujeito a determinados requisitos, podendo, portanto, ser nomeados e designados desta forma. [...]

Relativamente à Comissão de Recrutamento, os requisitos para a mesma não permanecem inalterados dado que a própria lei define quais os agentes públicos que devem ser nomeados pela Comissão de Recrutamento. Consiga integrá-lo, ou seja, o link pode ser qualquer um destes As seguintes implicações devem ser levadas em conta na determinação do conceito de agente público no sentido amplo.

Desta forma, fica claro que a agência de recrutamento tem uma grande responsabilidade e deve pertencer ao trabalhador, podendo recorrer a uma comissão de recrutamento, que deve ter pelo menos três membros. Neste caso, não é necessário ser um funcionário permanente, mas recomenda-se que seja melhor, apesar do funcionário ocupar o cargo comissionados. Outra mudança importante é a escolha da forma como o administrador irá licitar, já que a nova lei adota a natureza do objeto, diferentemente da abordagem utilizada na Lei nº 8.666/93, onde a forma foi definida pela natureza/valor do assunto. Objetos que requerem conhecimento específico do domínio da agência

recrutadora (ARAÚJO, 2022)

O método de leilão é exclusivo para casos de transferência de bens móveis e propriedades, independentemente do seu valor, e o pregão passa a ser um requisito obrigatório para mercadorias, serviços comuns usando os seguintes padrões, preço mais baixo/teste com maior desconto (PEREIRA, 2022).

O modelo de diálogo competitivo é a partir da novidade trazida pelo art. 62 da Lei 14.133/2021 e deve ser utilizado para contratação de obras e serviços públicos, selecionando licitantes padrões objetivos que devem ser respeitados pela inovação tecnológica e outras condições que levantou a exclusividade da medida. Todas estas alterações exigirão conhecimentos dos envolvidos e grandes responsabilidades, pois se houver ilegalidades irá caber uma responsabilização cível, criminal e administrativa aos chefes ou quem for autor do dano (ARAÚJO, 2022).

1.3.1 Os desafios da Administração Pública Municipal com a nova Lei de Licitação

Toda mudança traz desconforto e necessidade de adaptação ao novo, esta é a realidade e a administração pública não é exceção. Com efeito, a Lei 8.666/1993 já foi criticada pela sua burocracia e pelos inúmeros desvios de conduta a que acabaram por ser submetidos os gestores. A seguir, a posição do advogado Ricardo Hamerski César (2018, p. 1):

Contratação de serviços privados por meio de licitação pública (Lei 8.666/93), não se revelaram benéficos para a administração pública; essa abordagem se torna a cada dia mais cara e ineficaz devido à insegurança jurídica causada pelas constantes exigências legais do Ministério Público e pela carga penal imposta às empresas contratadas e seus parceiros.

Assim, com a introdução da nova lei, mesmo que o agente público tenha possibilidades que podem de utilizar leis que vigoram por dois anos, e somente após esse período se tornar obrigatório é que os gestores precisarão capacitar seu quadro permanente, uma vez que a comissão de licitação é composta por servidores públicos ou agentes públicos permanentes (CÉSAR, 2018).

Observou-se que os gestores públicos municipais não se preocupam em planejar suas ações para que a administração esteja preparada para facilitar a transição das normas da Lei nº 8.666/993 para a Lei nº 14.133/2021, uma vez que nas normas, há obstáculos que impedem administração municipal de nomear pessoas que não sejam funcionários públicos (BRASIL, 2021).

Esses gestores se esforçam para resolver solicitações muitas vezes rotineiras e questões internas, em vez de agir no planejamento, uma atitude que pode impactar negativamente a transição. Tendo em conta que o agente contratante deverá ser funcionário do quadro regular e necessitar de experiência na área de licitações,

inclusive que a equipe que deverá assessorá-lo deverá ser preferencialmente servidora pública, a conclusão unânime será que o administrador comprove que a partir de agora o foco estará na equipe formadora. Desta forma, a formação adequada desses funcionários pode ser facilitada (CÉSAR, 2018).

O objetivo é que, ao aplicar a Lei nº 14.133/2021, esses associados possam operar o setor público por meio de contratos abertos a licitação. Outra situação potencialmente comprometedora é a falta de material humano, porque você não consegue encontrar em muitas cidades pessoas qualificadas na equipe que possuem conhecimento da área de licitações e que pertencem ao quadro permanente Municipal (BRASIL, 2021).

A nova lei de licitações traz algumas mudanças relevantes, se o governo não está preparado para lidar com este novo desafio e pode entrar em colapso devido à falta de produtos básicos necessários para o seu complexo movimento. Um dos principais pontos trazidos pela nova lei é que enfatizamos a profissionalização do processo licitatório, através da criação de agentes contratantes com obrigações de função pública, cuja natureza incidirá sobre suas qualificações profissionais, que não são apenas conjecturas políticas (BRASIL, 2023).

O disposto no artigo 17, parágrafo 2º, da nova lei adota como regras os contratos eletrônicos, dentre os quais segue que a licitação é melhor realizada de acordo com os formatos eletrônicos, os formatos presenciais são permitidos desde que haja motivação, e as reuniões públicas devem ser gravadas em formato de ata e gravadas em formato de áudio e vídeo (MAGNANI, 20210).

Numa era de globalização, a contratação eletrônica proporciona velocidades de processo mais rápidas e maior transparência nas despesas públicas. Observou-se que os chefes executivos devem estar preparados para esta nova iniciativa. Os desafios na implementação dos dispositivos da Lei nº 14.133/2021, tendo em vista o novo volume de informações trazido pela nova lei, levará tempo para que os agentes se adaptem às novas normas (HUPSEL, 2021).

1.3.2 Análise pragmática da Lei nº 14.133/2021 – Nova lei, velhos problemas

Após um longo processo de evolução do sistema licitatório brasileiro, publicamos a nova Lei de Licitações nº 14.133/2021. O objetivo da nova legislação é uniformizar as legislações existentes sobre matéria de licitações públicas, divididas em Lei nº 8.666/1993 (antiga Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos) e Lei nº 10.520/2002 (que regulamenta: Leilões) e Lei nº 12.462/2011 (regulamenta o regime de contratação diferenciada – RDC).

Seu texto foi recebido favoravelmente pela maioria das doutrinas, como o autor Victor Amorim (2021), que conceituou a nova lei de licitações como um marco normativo para um sistema de contratação direta, autônoma e basicamente gerenciada. Apesar disso, ainda existem algumas críticas e dúvidas sobre a sua aplicabilidade na estrutura do sistema administrativo e até mesmo se alguns dos seus dispositivos são inconstitucionais.

Neste capítulo iremos destacar os principais assuntos expostos até o momento.

O artigo 27, inciso 22, da Constituição Federal de 1988 dispõe que a Federação legislará privativamente sobre as “regras gerais” de licitações e contratações nas administrações públicas diretas, autônomas e básicas da Federação, dos estados, do distrito federal e dos municípios. Contudo, as disposições constitucionais não impedem autoridade adicional para estados, municípios e distritos federais estabelecerem normas específicas para lidar com circunstâncias locais especiais. Nesse sentido, destaca-se o entendimento expresso pelo Ministro Teori Zavascki em seu voto no acórdão ADI 3.735/MS (BRASIL, 2016):

Contudo, essa correlação não elimina a capacidade de outros entes federativos legislarem sobre o tema. Até certo ponto, limita-se ao nível das “normas gerais”, ou seja, das regras jurisdicionais do art. O artigo 22 § 27 da CF pressupõe a integração da disciplina jurídica nesta matéria por meio de versões de outras normas “não gerais” compiladas por outros entes federativos no exercício de suas competências próprias, seja com base no art. Artigos 24.º e 25.º, n.º 1, do CF (para os Estados-Membros) ou artigo

1.º. CF 30, II – Quanto aos municípios. (BRASIL, 2016, p. 7)

Dessa forma, percebe-se que a Lei nº 14.133/2021, conforme consta em seu título Art. 1. tem por objeto estabelecer as regras gerais de licitação e contratação da administração pública. Nesse sentido, Amorim (2021) destaca que, com base na jurisprudência do STF e nas manifestações contidas nos estudos especializados ainda sob os auspícios da Lei nº 8.666/1993, não há dúvidas de que a nova lei não estabelece apenas normas gerais, mas também diz respeito a normas específicas aplicáveis apenas no âmbito da administração pública federal.

Para Dallari (2021), esta é a maior falha que torna inconstitucional a Lei nº 14.133/2021, uma vez que a lei prevê em seu texto detalhes e particularidades que extrapolam o âmbito das normas gerais e penetram no âmbito da legislação específica. O autor também reproduz críticas à Lei nº 8.666/1993, pois acredita que ambas as legislações sofrem por serem muito detalhadas e prescritivas.

Ainda sobre o assunto, Dallari observou:

A Lei nº 14.133/21, conforme redigida, não é uma lei nacional (o mesmo se aplica aos três níveis de governo), mas uma lei federal, destinada a regular licitações e contratações, escala e complexidade, no âmbito da administração pública federal, que dispõe de pessoal qualificado nesta área. Os estados e o Distrito Federal terão dificuldades para implementá-lo, mas está claro que na maioria dos mais de 5.500 municípios do Brasil isso não será possível. (DALLARI, 2021, n.p)

Como explica Amorim (2022), o STF não define o conceito de normas gerais, o que acaba por dificultar a identificação do espaço para os entes federais tomarem medidas normativas sobre esse tema. Porém, traremos aqui Entendimento resultante

da avaliação da Ação Direta Inconstitucional (ADI) nº 4.060/SC de 25 de fevereiro de 2015:

- I. O princípio federal brasileiro exige, numa perspectiva contemporânea, o abandono de qualquer interpretação excessivamente exagerada dos poderes normativos da federação (sejam eles privados ou competitivos) e a descoberta de novas áreas normativas que estados, municípios e cantões possam perseguir. Instituído pelo Distrito Federal, tudo isso condiz com o pluralismo político, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, art. 5º)
- II. As infrações à competência legislativa federal citadas em processos judiciais envolvem diretamente o confronto de leis que conflitam com a Constituição (CRFB, artigos 24, 9 e incisos) e não há necessidade de considerar esses pressupostos como crimes reflexos contra o direito primário. Súmula do STF: ADI nº 2.903, rel. Celso de Mello, DJe-177, 19 de setembro de 2008; ADI nº 4.423, relativa. Min. Dias Toffoli, DJe-225, 14 de novembro de 2014; ADI nº 3.645, relativa. Min. Ellen Gracie, DJ (01-092006).
- III. O veto antecipatório é um antídoto para a rigidez do pensamento jurídico e sugere que seria oportuno que o Supremo Tribunal Federal revisse sua posição preliminar nos casos de disputas constitucionais sobre a questão da competência legislativa, para que possa passar a respeitar iniciativas regionais e locais como regras gerais, a menos que violem as regras claras e inequívocas da Constituição de 1988. (BRASIL, 2015)

Para conceituar a relação entre normas gerais e específicas, AMORIM (2022) refere-se ao julgamento sobre medidas preventivas na ADI nº 927/RS, embora seu voto não tenha gerado consenso, o Relator, Ministro Carlos Velloso (Carlos Velloso disse:

[...] As normas gerais devem ser mais gerais do que a lei costuma fazer. Penso que as “normas gerais” mencionadas na Constituição têm o significado de diretrizes e princípios gerais. As normas gerais federais, melhor dizendo, as nacionais, serão o arcabouço do quadro que os estados e municípios traçam no seu âmbito

[...] As normas gerais não são aquelas que tratam de minúcias, minúcias, minúcias, minúcias. Portanto, não deixam nada para criação do próprio legislador, esgotando a matéria de que tratam

[...] As normas gerais são normas mínimas que incluem a observância de regras básicas e dão espaço para que o legislador resolva aspectos diversos, diversificados, mas sem respeito pelo seu imperativo básico universal. (BRASIL, 1994, AMORIM, 2022, p. 18)

Além disso, o autor Hupsel (2021) destaca as excelentes oportunidades que foram perdidas na elaboração da nova lei de licitações, levando em consideração todos os problemas que ainda surgem da antiga lei 8.666/1993 41 que dificultam e atrasam a atuação do legislador por parte dos governos federais.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 14.133/2021 e suas modificações na Lei de Licitações afetam diretamente todas as áreas da administração pública, mas com algumas particularidades.

O planejamento é necessário e afeta diretamente a gestão municipal. A falta de planejamento diante dessas mudanças pode gerar sérios problemas, pois não fica claro o foco da gestão em buscar capacitar seus funcionários efetivos para que saibam enfrentar a inovação. Afinal, as comissões de licitação devem ser compostas por funcionários efetivos, portanto impedindo que o município de Administradores públicos procurem profissionais existentes em suas áreas.

Dadas estas dificuldades na promoção das necessidades do setor público, os serviços essenciais serão provavelmente afetados, uma vez que os agentes contratantes devem ser servidores eficazes responsáveis pela tomada de decisões, monitorização e supervisão do processo de concurso. Como pode ser observado no andamento deste estudo, o processo licitatório no Brasil passou por diversas mudanças ao longo do tempo.

Essas mudanças foram possíveis devido à edição de diversas leis e regulamentos que tratam deste tema. Para tanto, inicialmente procuramos apresentar um breve histórico das normas jurídicas editadas no Brasil ao longo dos anos, partindo do Decreto 2.962/1862, ainda no período imperial, até a nova Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021.

A análise mostraram que as regras de licitação evoluíram sistematicamente ao longo dos anos, antes da promulgação da Constituição Federal em 1988. Vale destacar que o Decreto Imperial nº 2.962/1862, que já tratava das questões de abertura, confidencialidade das propostas e igualdade entre os participantes, tornou-se a base para o surgimento de diversas outras normas legais para o aprimoramento do sistema de contratação da administração pública.

Portanto, a nova Lei de Licitações não pode resolver o problema de definição de regras gerais e específicas que existe desde a promulgação da antiga Lei nº 8.666/1993. Seu teto artístico. O Artigo 1 estabelece que o objetivo da Lei é estabelecer regras gerais de licitação e contratação da administração pública. Contudo, para vários autores não há dúvida de que a nova legislação estabelece normas não apenas gerais, mas também específicas.

Nesse sentido, da forma como está redigida a Lei nº 14.133/2021, não podemos pensá-la como uma lei nacional que se aplica igualmente aos três níveis de governo, mas sim como uma lei federal que visa regulamentar o Direito de licitações e contratações, de grande importância e complexidade, no âmbito da administração pública federal e para o qual está dotado de pessoal qualificado.

Além disso, observou-se que existem controvérsias estabelecidas nos artigos 7º e 8º da Nova Lei, tendo em vista que os mesmos extrapolam o âmbito das normas gerais da matéria de licitação, já que versam sobre a organização administrativa,

afetando diretamente a autonomia dos entes federativos. Segue-se o mesmo contexto na possível inconstitucionalidade observada no art. 10, sendo que o legislador, ao criar novas atribuições que são conferidas à Advocacia Pública, ultrapassa os limites do art. 22, XXVII, da Constituição Federal de 1988.

À luz do exposto, a introdução da nova Lei de Licitações nº 14.133/2021 parece ter trazido algumas mudanças que têm o potencial de ter um impacto positivo no processo de licitação no Brasil.

Contudo, a implementação da nova legislação não terá apenas um impacto positivo, uma vez que as suas disposições contêm normas que exigem a disponibilidade de agências públicas e infraestruturas institucionais. Portanto, os entes federais devem ir além do texto da lei para alcançar bons resultados por meio das novas disposições do processo licitatório. Este tema ainda requer muita discussão e trabalho, e a tarefa exigirá tempo e perseverança dos envolvidos nesta missão.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência** / Victor Aguiar Jardim de Amorim. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

ARAÚJO, Eduardo. **Agente de Contratação na Nova Lei de Licitações**. 2022. Disponível em: <https://conlicitacao.com.br/duvidas/agentede-contratacao-na-nova-lei-de-licitacoes>. Acesso em: 01 mar 2024

BRASIL. Lei nº 8.666, de 22 de junho de 1993. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 02 mar 2024

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Casa Civil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 mar 2024

BRASIL. Lei nº. 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 02 mar 2024

CÉSAR, Ricardo Hamerski. Colapso das licitações públicas: os riscos das contratações. 2018. Disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo. Acesso em: 01 mar 2024

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo – 35. Ed. – [2. Reimp] – Rio de Janeiro: Forense, 2022

DALLARI, A. A. Análise crítica das licitações na Lei 14.133/21. Revista Consultor Jurídico,

São Paulo, abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr29/interesse-publico-analise-critica-licitacoes-lei1413321>. Acesso em: 02 mar 2024

GUIMARÃES, Edgar et al, Licitações e Contratos Administrativo: Inovações da Lei 14.133 de abril de 2021. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022

HEINEN, Juliano. Curso de Direito Administrativo/ Juliano Heinen. – 3. Ed. Ver., atual. E ampl.- São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

HUPSEL, E. Lei 14.133, de 2021 - A nova lei de licitações - inovações e desafios. Direito do estado, ano 2021, Núm. 477, abr. 2021. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/edite-hupsel/lei-14133-de-2021--a-nova-lei-de-licitacoes-inovacoes-e-desafios>. Acesso em: 03 mar 2024

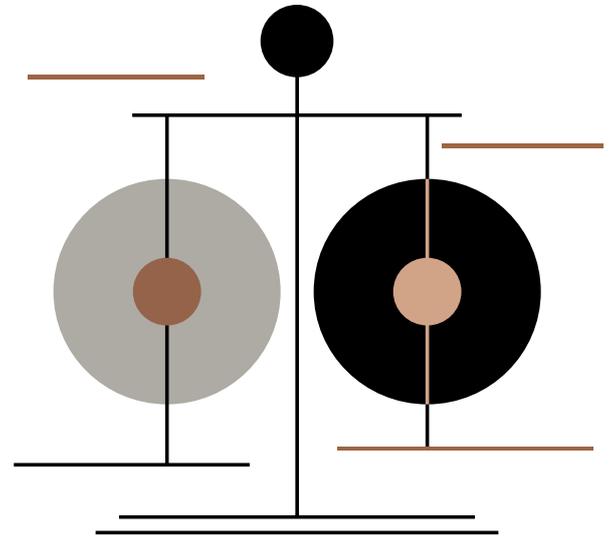
MAGNANI, Victoria. Entenda a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021):

contexto e principais características. São Paulo: Schiefler Advocacia, 2021. Disponível em: <https://schiefler.adv.br/entenda-a-nova-lei-de-licitacoes-lei-no-14-133-2021-contexto-e-principais-caracteristicas/>. Acesso em: 01 mar 2024

MASCENA, Emanuel. Licitação conceito e finalidade. 2017. Disponível em <https://dremanuelmascena.jusbrasil.com.br/artigos/437367557/licitacao-conceito-e-finalidade>. Acesso em: 02 mar 2024

PEREIRA, Jessé Torres. Critérios de Julgamento. 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br>. Acesso em: 01 mar 2024

10.



A INFLUÊNCIA DA PORTARIA MDIC 2.091/2018 NA INDÚSTRIA 4.0 DA ZONA FRANCA DE MANAUS: UM NOVO PARADIGMA

Alcian Pereira de Souza

Renata Alanis Abrahão

Sarah Benezar Cândido de Oliveira

Albefredo Melo de Souza Júnior

Jeibson dos Santos Justiniano

INTRODUÇÃO

A inovação é um pré-requisito para as organizações que buscam se desenvolver no contexto tecnológico e nesse processo surgiram diversos modelos como o Triângulo de Sábato, o Sistema Nacional de Inovação (SNI) e a Hélice Tríplice (HT).

Raquel Hatchhuell (2022) traz o entendimento de Schumpeter acerca da inovação, afirmando que esta desempenha um papel crucial na condução das mudanças, caracterizando-se pela introdução de novos produtos ou aprimoramento de algo já existente. Isso pode ser evidenciado por meio de (i) lançamento de um novo produto ou melhoria em um já existente, (ii) inovação de processo, (iii) abertura de novos mercados, (iv) mudanças organizacionais e (v) desenvolvimento de novas fontes de insumos e suprimentos.

A professora também traz a abordagem do Manual de Oslo, destacando três fatores relacionados à inovação: (i) empresas, (ii) instituições de ensino e pesquisa e (iii) transferência e absorção de tecnologia.

Na América Latina, Raquel Hatchhuell (2022) informa que Sábato e Botana propuseram um modelo baseado na interação universidade-empresa-governo, destacando a necessidade de envolvimento do governo para o desenvolvimento do ambiente de inovação, pois a ele cabe o fomento de políticas e incentivos para a geração de empregos e renda.

Como exemplo dessa atuação conjunta, podemos citar a própria Universidade do Estado do Amazonas – UEA, como exemplo de uma instituição criada com a finalidade de desenvolver o conhecimento científico e aprimorar a qualidade de recursos humanos na Amazônia, sendo instrumento de mitigação das desigualdades regionais, uma vez que disponibiliza educação de qualidade e é produtora de conhecimento tecnológico que interage com as indústrias da Zona Franca de Manaus (ZFM).

O modelo ZFM gerido pela PIM/SUFRAMA, fomenta o desenvolvimento das potencialidades regionais por meio da capacitação técnica e investimento na geração de conhecimento científico e tecnológico viabilizado pela celebração de parcerias com institutos de pesquisa, ensino ou desenvolvimento públicas (Hatchhuell, 2022).

A ZFM desempenha um papel de proeminência no contexto-socioeconômico da Amazônia Ocidental e Amapá, se tornando um diferencial não somente para as pessoas que residem nessa região, mas também para todo o país.

A abordagem metodológica adotada para este trabalho é caracterizada pela combinação de elementos dedutivos e qualitativos, sustentada por uma análise minuciosa de fontes bibliográficas e documentais produzidas no período compreendido entre 2019 a 2023. Essa escolha metodológica visa fornecer uma compreensão aprofundada e contextualizada das dinâmicas que envolvem a interseção entre a Zona Franca de Manaus (ZFM), a Indústria 4.0 e os Estágios de Maturidade dispostos na Portaria MDIC 2.091/2018.

A análise bibliográfica e documental será o alicerce desta pesquisa, fazendo uso de fontes secundárias como livros, artigos, leis, relatórios e documentos oficiais produzidos entre 2019 a 2023, delimitando a análise às informações mais recentes, buscando capturar as últimas produções acadêmicas sobre o tema.

O presente trabalho inicia seu desenvolvimento demonstrando em qual cenário a Zona Franca de Manaus é criada e importância socioeconômica da sua operação, tanto para a geração de emprego e renda, como também como incentivo para a preservação da Floresta e conforme será explanado, para o incentivo ao desenvolvimento da Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (PD&I).

No decorrer de sua existência, a ZFM não apenas preservou sua relevância, mas evoluiu de uma base industrial tradicional para uma visão de desenvolvimento voltada para a tecnologia e a produção de bens com maior valor agregado. Esse processo de adaptação e evolução da ZFM é emblemático, refletindo não apenas mudanças globais, mas também a capacidade de se manter relevante diante das demandas do mercado, impulsionando o crescimento econômico e a transformação socioeconômica da região.

Paralelamente, a ascensão da Indústria 4.0, marcada por avanços tecnológicos inovadores, vem redefinindo a paisagem industrial global. Iniciada na Alemanha em 2011, a Indústria 4.0 busca integrar tecnologias como inteligência artificial, big data, internet das coisas (IoT) e robótica avançada para impulsionar o setor industrial.

Nesse cenário, a ZFM desempenha um papel crucial ao inserir-se no contexto de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (PD&I), principalmente por meio da Lei de Informática. A Lei nº 8387 de 2021, atua como um instrumento para atenuar os impactos das mudanças na legislação que rege os incentivos para a produção de produtos de informática, direcionando esforços para a região da ZFM.

Conforme o trabalho de Raquel Hatchhuell (2022, p. 33) para que as Empresas que atuam na ZFM com bens de Tecnologia da Informação e Comunicação recebam os incentivos fiscais do governo federal, deveram destinar 5% do seu faturamento bruto para projetos de PD&I:

Por via de regra as empresas devem investir 5% do seu faturamento bruto anual

em PD&I, destes, 2,7% para projetos de pesquisa e desenvolvimento, projetos de tecnologia, sustentabilidade e capitalização de empresas na Amazônia Ocidental e Amapá, e um percentual de 2,3% em atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, subdivididos em 0,9% para convênio com Institutos de Ciência e Tecnologia (ICT), 0,4% com convênio de ICT pública, 0,2% de recurso a ser depositado no Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT) e 0,8% repete-se a possibilidade de parceria com ICTs e depósito no FNDCT, além de viabilizar a aplicação em Programas Prioritários, Fundos de Investimento e Incubadoras/Aceleradoras.

A Portaria MDIC nº 2.091/2018 complementa a Lei de Informática, regulamentando os investimentos em PD&I relacionados à indústria 4.0 na ZFM. Essa portaria estabelece objetivos para elevar o investimento em projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação, promovendo a eficiência, produtividade, qualidade de produtos e serviços, flexibilidade, adaptabilidade e customização em escala massiva.

A referida portaria estabelece os estágios de maturidade dos projetos no campo da Indústria 4.0 com base no modelo ACATECH, sendo imprescindíveis para o cálculo do investimento em PD&I. A portaria adota uma metodologia de seis estágios: Computadorização, Conectividade, Visibilidade, Transparência, Capacidade Preditiva e Adaptabilidade. O cálculo do percentual de investimento é determinado pela maturidade da empresa, incentivando avanços nesses estágios.

Assim como essas características, outros aspectos relevantes da Portaria MDIC nº 2.091/2018 serão detalhados no presente trabalho, demonstrando que a Lei de Informática e a Portaria MDIC têm desempenhado um papel crucial no estímulo à inovação e no desenvolvimento tecnológico na ZFM, contribuindo para a consolidação do Polo Digital de Manaus e fomentando um ecossistema de tecnologia e inovação na região.

1 A ZONA FRANCA DE MANAUS E A INDÚSTRIA 4.0

A Zona Franca de Manaus foi criada pelo Decreto-Lei nº 288 de 1967, com o propósito de impulsionar o desenvolvimento na região amazônica, abrangendo todo o território da Amazônia Ocidental, além de Macapá e Santana (AP). O grande diferencial da ZFM consiste na concessão de incentivos fiscais às empresas que se estabelecem em sua área, por meio de cinco políticas públicas. Essas políticas são fundamentadas na renúncia de receitas, sujeita ao cumprimento de requisitos e contrapartidas financeiras. (Melo de Souza Júnior, 2023).

A finalidade da ZFM primeiramente era promover o desenvolvimento regional, trazendo empresas e mão de obra com o fito de garantir a segurança/soberania nacional na região mais remota do Brasil, no entanto com esse movimento, verificou ainda que a política da Zona Franca também possibilitava a conservação dos recursos naturais da Floresta Amazônia, desestimulando práticas predatórias, uma vez que as pessoas possuíam

emprego e renda promovidos pelas atividades da indústria.

A Zona Franca de Manaus (ZFM) surgiu como uma solução ampla para enfrentar os desafios da época, marcando um avanço audacioso em direção a um modelo de desenvolvimento mais equitativo, embora as dificuldades logísticas enfrentadas por quem decide investir no Norte do país.

Nesse contexto, a ZFM simbolizou o comprometimento do governo em concretizar uma visão audaciosa de transformação regional. Ao fornecer incentivos para a instalação de indústrias na área, atraindo investimentos e junto com eles, a promessa de empregos, renda e progresso.

Tal característica faz a ZFM ser uma exceção no Brasil, pois busca trazer equidade ao desenvolvimento regional do Norte do país, considerando tantas dificuldades enfrentadas por quem mora nessa localidade, principalmente no que se refere ao isolamento geográfico em função da preservação da Floresta.

Ao longo do tempo, a Zona Franca de Manaus não apenas preservou sua importância, mas também evoluiu para se tornar um centro crucial de crescimento econômico e progresso social, desempenhando um papel fundamental na redefinição do desenvolvimento socioeconômico na região.

Tal consideração se deve ao fato de que a ZFM, evoluiu da sua base industrial mais tradicional para uma visão de desenvolvimento voltado para a tecnologia e à produção de bens com maior valor agregado, evidenciando seu impacto no contexto socioeconômico regional. Conforme leciona Zenon Freitas (2023):

Ao acompanhar as mudanças globais e se ajustar às demandas do mercado, a ZFM mostrou sua capacidade de se manter relevante e, ao mesmo tempo, impulsionar o crescimento econômico e a transformação socioeconômica da região em que está inserida.

A criação de novas tecnologias está intrinsicamente ligada ao fomento do desenvolvimento da pesquisa e aprimoramento da indústria e com o acesso à internet, houve um movimento disruptivo em que as grandes demandas ensejam soluções inovadoras e tecnológicas.

Nesse ambiente de inovação tecnológica se desenvolve a Indústria 4.0, a qual tem como objetivo incentivar o desenvolvimento de estudos estratégicos e ações que impulsionem o uso de tecnologia pelo setor industrial.

A expressão Indústria 4.0 apareceu pela primeira vez no ano de 2011, na Feira de Hannover, na Alemanha, com a ideia de abranger um conjunto de recomendações estratégicas ao governo alemão, com a finalidade de desenvolver soluções tecnológicas.

Os Estados Unidos também promoveram um projeto intitulado como *Smart Manufacturing* no mesmo ano, publicando um relatório com recomendações a serem consideradas em nível nacional a fim de levar o país a liderar a chamada indústria avançada.

Posteriormente, no ano de 2013, a indústria 4.0 foi vista como um procedimento fundamental para a inovação e transformação da produção industrial com estudos sendo produzidos na União Europeia, Alemanha, Reino Unido, Dinamarca, Suécia, China, Coreia do Sul, Austrália, Estados Unidos, Canadá e Brasil.

A indústria 4.0 em termos de soberania, possui diferentes objetivos, dentre eles, aumentar a participação da indústria de transformação no Produto Interno Bruto (PIB), caso dos Estados Unidos e da União Europeia. Quando a participação da indústria de transformação já é bem consolidada, a estratégia utilizada é para que se alcance patamares mais elevados na cadeia de valor.

Montenegro Junior (*et al* 2021, p. 2) aborda como desenvolveu o Brasil desenvolveu os trabalhos em direção à implementação da indústria 4.0:

No Brasil, diante desse cenário, o Governo Federal instituiu, em junho de 2017, por meio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), o Grupo de Trabalho para a Indústria 4.0 (GTI 4.0), com participação de mais de 50 instituições representativas, com o objetivo de elaborar uma proposta de agenda nacional para o tema, que resultou, entre outras ações, na Agenda Brasileira para a indústria 4.0

Esses avanços foram estruturados em nove pilares tecnológicos, conhecidas como megatendências, divididas em físicas (manufatura aditiva; robótica avançada; internet das coisas) e digitais (computação na nuvem, big data, cyber segurança, realidade aumentada, integração de sistemas e simulação) (Bernardes Junior et al, 2023).

O uso de soluções da Indústria 4.0 pressupõe planejamento projeto, desenvolvimento, validação, simulação e teste sistemático dos sistemas subjacentes. A crescente complexidade dos sistemas pressupõe que os novos métodos e ferramentas precisam levar em conta novos aspectos como a maior capacidade de auto aprendizagem de sistemas e análise de dados.

No mesmo sentido leciona Souza e Santos (2022, p. 7):

A utilização dessas tecnologias, aplicadas a cada unidade empresarial, de acordo com seus objetivos, desempenho, metas e propósitos permitirá um ganho de eficiência em cada etapa da produção. A literatura é consensual quando se trata de avaliar os ganhos resultantes dessa revolução no que se refere ao aumento da produtividade, redução de custos e maior controle sobre os riscos. Importante

evidenciar que essa transformação requer novas competências e habilidades dos trabalhadores, novas funções e novas formas de gerenciamento.

Dessa forma, a indústria 4.0 é o conjunto dos avanços tecnológicos mais inovadores sendo utilizados para o desenvolvimento e revolução dos produtos de valor, principalmente máquinas que funcionem de forma autônoma e inteligente, como por exemplo: inteligência artificial, *big data*, internet das coisas (IoT), computação em nuvem, sistemas ciberfísicos (CPS), manufatura aditiva (impressão 3D), robótica avançada, realidade virtual e aumentada, sensores inteligentes e novos materiais, combinando tecnologia da informação e comunicação com produção de uma forma flexível e dinâmica em busca da melhor eficiência e economia de recursos (ROSA E SILVA, 2023).

Ademais a importância da indústria 4.0 se externa dentre outros fatores por meio das políticas de apoio ao desenvolvimento de PD&I, pois de acordo com o Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (2021, p.20):

As inovações são consideradas a origem e o motor crucial da 4ª revolução industrial. São a base para novos produtos e serviços ou servem para agilizar e projetar com eficiência os processos existentes. Logo, participar do processo de normalização e da implementação rápida de normas recém-desenvolvidas mantém empresas líderes no cenário tecnológico

A ZFM se insere no contexto de PD&I, primeiramente através da Lei de Informática (Lei nº 8387, de 30 de dezembro de 2021), como forma de atenuar os impactos advindos da lei nº 8.248/91 que passou a estabelecer incentivos para a produção de produtos de informática para as demais regiões do Brasil, os quais eram concedidos até então somente na ZFM.

2 A LEI DE INFORMÁTICA NO CONTEXTO DA ZFM

Considerando que um mercado de alta performance tem como alvo a inovação, a Lei de Informática da ZFM veio como uma política pública de estímulo ao desenvolvimento de PD&I no âmbito da Amazônia Ocidental por meio de incentivos fiscais com a isenção do IPI e a redução em até 80% (oitenta por cento) do Imposto de Importação para as TICs atuantes no Polo Industrial de Manaus. Conforme o Dr. Túlio Macedo (2023, p. 63):

No ano de 1991 em que a lei foi sancionada, o país passava por um período de transição entre o modelo de reserva e de abertura de mercado e a legislação. Por isso, suas normas foram utilizadas como meio para se garantir a competitividade de empresas locais na época, pois o encerramento estava previsto para 1999, mas foi observado que não seria possível e que seria fundamental para o Brasil a continuação de sua vigência

O que se verifica é que a Lei de Informática surgiu para ser aplicada de forma temporária até 1999, no entanto foi identificada sua importância para o desenvolvimento da indústria de tecnologia e após várias prorrogações, os incentivos advindos dessa lei são previstos até o ano de 2029 (MACEDO, 2023)

Assim, aquelas empresas que são fabricantes de bens de informática e prestam serviços de tecnologia da informação e comunicação para usufruir desses benefícios fiscais, devem aplicar 5% (cinco por cento) do seu faturamento bruto em atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação (PD&I) na região conferida pela Amazônia Ocidental e o estado do Amapá conforme disposição da Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 2021. Nesse sentido é a análise do Polo Digital de Manaus (2022, p. 10):

Um elemento decisivo para a consolidação do PIM concerne a que a Lei no 8.387/1991 ao prever que a produção incentivada de bens de TIC exija a realização de investimentos em pesquisa, desenvolvimento e inovação (PD&I), abre a perspectiva de que a região não apenas consolide sua vocação de polo industrial, mas num futuro próximo possa evoluir para um “cluster” tecnológico, o que além dos impactos na qualidade dos empregos gerados, poderá potencializar o surgimento de empreendimentos locais (startups) parceiras das grandes empresas que se instalaram na região; além de dinamizar a própria Zona Franca, com a atração de novos ICTs, que se somam às Instituições de Ensino e Pesquisa locais, não apenas no desafio de firmar parcerias com a indústria para fortalecer a capacidade de produzir, mas gradualmente, incentivando o desenvolvimento regional de bens e plataformas.

O Decreto nº 10.121, de 15 de outubro de 2020 regulamenta as questões ligadas aos incentivos fiscais concedidos às TICs e no seu art. 21 apresenta os principais conceitos de PD&I:

Art. 21. Para fins do disposto nos art. 1º e art. 5º, consideram-se atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação:

I - pesquisa básica - trabalho experimental ou teórico executado primariamente para a aquisição de novo conhecimento dos fundamentos subjacentes aos fenômenos e fatos observáveis, sem qualquer aplicação particular ou uso em vista;

II - pesquisa aplicada - pesquisa original realizada com o objetivo de adquirir conhecimento, a qual é primariamente dirigida a um objetivo ou a um alvo prático específico;

III - desenvolvimento experimental - trabalho sistemático, baseado em conhecimento pré-existente e destinado a produzir novos produtos e processos ou aperfeiçoar os já existentes;

IV - inovação tecnológica - implementação de produtos, bens e serviços ou de processo tecnológico novo ou significativamente aprimorado;

V - formação ou capacitação profissional - aquelas de níveis médio, superior ou de pós-graduação, em áreas consideradas prioritárias pelo Capda, ou aquelas vinculadas às atividades de que tratam os incisos I ao IV; e

VI - serviços de consultoria científica e tecnológica - estudos, ensaios e testes, atividades de normalização, gestão de projetos de pesquisa, desenvolvimento

e inovação, de gestão tecnológica, de fomento à invenção e à inovação e de gestão e controle da propriedade intelectual gerada nas atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, desde que associadas a quaisquer das atividades previstas nos incisos de I ao IV.

Cabe informar que a Lei de Informática foi alterada pela Lei nº 13.989, de 26 de dezembro de 2019, por causa de uma exigência da Organização Mundial do Comércio (OMC) através de uma ação movida em 2014 pelo Japão e a União Europeia com apoio dos Estados Unidos e da Coreia do Sul, pois segundo eles a política de isenção do IPI em salvaguarda do mercado nacional discriminava as empresas estrangeiras e não eram condizentes com as regras do comércio internacional (ROSA E SILVA, 2023).

Tal argumento foi acolhido pela OMC e caso não houvesse uma mudança necessário, a organização tomaria medidas em retaliação às exportações brasileiras por parte dos países considerados prejudicados.

A consequência disso foi uma alteração na legislação com efeitos desde 01 de abril de 2020, estabelecendo que não há mais redução de IPI na saída do produto e que tal incentivo fiscal fica condicionado de forma proporcional aos investimentos em PD&I feitos antecipadamente, dando opção às empresas de compensar os tributos federais (IPI, II, PIS, CONFINS, CSLL e Imposto de Renda) ou obter o ressarcimento em espécie (ROSA E SILVA, 2023), conforme previsto no art. 11 da Lei de Informática.

Art. 11. Farão jus ao crédito financeiro de que trata o art. 4º desta Lei as pessoas jurídicas beneficiárias que investirem anualmente, no País, em atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação referentes ao setor de tecnologias da informação e comunicação, no mínimo 5% (cinco por cento) da base de cálculo formada pelo faturamento bruto no mercado interno, decorrente da comercialização de bens de tecnologias da informação e comunicação definidos no art. 16-A, e que cumprirem o processo produtivo básico.

§ 1º No mínimo dois vírgula três por cento do faturamento bruto mencionado no caput deste artigo deverão ser aplicados como segue:

I - mediante convênio com Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICTs), bem como com instituições de pesquisa ou instituições de ensino superior mantidas pelo poder público, credenciadas pelo comitê de que trata o § 19 deste artigo, e, neste caso, será aplicado percentual igual ou superior a 1% (um por cento);

II - mediante convênio com ICTs, bem como com instituições de pesquisa ou instituições de ensino superior mantidas pelo poder público, com sede ou estabelecimento principal situado nas regiões de influência da Sudam, da Sudene e da região Centro-Oeste, excetuada a Zona Franca de Manaus, credenciadas pelo comitê de que trata o § 19 deste artigo, e, neste caso, será aplicado percentual igual ou superior a 0,8% (oito décimos por cento);

III - sob a forma de recursos financeiros, depositados trimestralmente no Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT), criado pelo Decreto-Lei nº 719, de 31 de julho de 1969, e restabelecido pela Lei nº 8.172, de 18 de janeiro de 1991, e, neste caso, deverá ser aplicado percentual igual ou superior a 0,5% (cinco décimos por cento); e

IV - sob a forma de aplicação em programas e projetos de interesse nacional nas

áreas de tecnologias da informação e comunicação considerados prioritários pelo comitê de que trata o § 19 deste artigo, conforme regulamento a ser editado pelo Ministro de Estado da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e ouvido o referido comitê, podendo essa aplicação substituir os percentuais previstos nos incisos I, II e III deste parágrafo.

§ 2º Os recursos de que trata o inciso III do § 1º deste artigo destinam-se, exclusivamente, à promoção de projetos estratégicos de pesquisa e desenvolvimento em tecnologias da informação e comunicação, inclusive em segurança da informação

§ 3º Será destinado percentual não inferior a 50% (cinquenta por cento) dos recursos referidos no inciso II do § 1º deste artigo às ICTs criadas e mantidas pelo poder público, bem como às instituições de pesquisa ou instituições de ensino superior mantidas pelo poder público, com sede ou estabelecimento principal na região a que o recurso se destina.

Assim, a Lei de Informática (Leis nº. 8.241/91 e nº 8.387/91, e suas respectivas alterações por meio do Decreto 5.906/06, Lei nº 10.176/01, Lei nº 13.674/18 e Lei nº 13.969/19) além de incentivar a inovação na produção de bens de valor e a geração de empregos na região da Amazônia Ocidental, a Lei de Informática também fomenta a criação de startups de inovação e tecnologia, uma vez que elas se beneficiam desses recursos.

Para que as empresas se classifiquem como P&D é necessário que a prática de pesquisa de base seja fundamental com a finalidade de conseguir novos conhecimentos da área da empresa e colocar em prática o conteúdo desenvolvido e obtido por meio das pesquisas. A empresa também implementar pesquisas de desenvolvimento com a finalidade de produzir novos dispositivos, materiais, métodos, produtos etc. e a empresa deve buscar inovação tecnológica por meio de pesquisas que buscam métodos mais eficientes de produção, devendo as metas ser práticas com temas afunilados.

E é dentro desse contexto de desenvolvimento da indústria 4.0 na Zona Franca de Manaus, que se destaca a Portaria MDIC nº 2.091, de 17 de dezembro de 2018 que traça disposições sobre a política de investimento em indústria 4.0 como instrumento de aplicação da Lei de informática, o que tornou o Brasil um dos pioneiros, entre os países em desenvolvimento, a criar uma política pública voltada para o setor de informática.

3 ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A PORTARIA MDIC 2.091/2018

A portaria MDIC 2.091/2018 regulamentou a metodologia a ser adotada nos investimentos de PD&I voltados para a indústria 4.0 na Zona Franca de Manaus e criou o selo da Indústria 4.0 com a finalidade de otimizar a implementação dos recursos, a fim de impor que as empresas beneficiadas por esses investimentos entreguem o produto proposto ou se responsabilizem em restituir os recursos caso o objetivo não seja alcançado.

No contexto de inovação na indústria 4.0, as normas figuram como um instrumento de promoção de políticas públicas que fomentam a disseminação da Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (PD&I) e a Portaria MDIC 2.091/2018 complementa o

arcabouço normativo uma vez que dá aplicabilidade à essa política pública de incentivo à inovação.

3.1 Os objetivos da Metodologia de Investimentos em PD&I

O primeiro aspecto relevante da Portaria MDIC 2.091/2018 que podemos citar são os objetivos da Metodologia de Investimentos em PD&I que estão disposto no art. 3º da referida portaria. Tais objetivos norteiam a política pública dos investimentos de PD&I em prol da transformação digital no contexto da Zona Franca de Manaus.

Art. 3º A metodologia de investimentos em PD&I prevista nesta Portaria tem por objetivo:

I – elevar o nível de investimento em projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação voltados para a incorporação de elementos da indústria 4.0 nos processos produtivos;

II – aumentar a eficiência, a produtividade e a agilidade das empresas;

III – elevar os padrões de qualidade de produtos e serviços;

IV – aumentar a flexibilidade e a adaptabilidade das plantas fabris;

V – customizar produtos em escala massiva;

VI – reduzir custos de operação; e

VII – estimular a inovação.

Os referidos objetivos evidenciam o comprometimento da política instituída pela Lei de Informática com o desenvolvimento tecnológico do país, bem como a necessidade de incentivar a destinação de investimentos em pesquisa, desenvolvimento e inovação no âmbito da ZFM, culminando na implantação de um ecossistema de tecnologia e inovação.

3.2 Dever de Observar Etapas para cálculo de valor a ser investido

Mais um aspecto relevante é que portaria impõe o dever de observar 3 (três) etapas para o cálculo do valor a ser apropriado pelas ICTs, são elas: **1ª etapa: identificação do estágio de maturidade inicial e do estágio de maturidade desejado com o projeto de indústria 4.0, seguindo o disposto no art. 5º e nos Anexo I e V; 2ª etapa: quantificação do incentivo do projeto (fator de impulso), seguindo o disposto no art. 7º; e 3ª etapa: prestação de contas.**

A primeira etapa destaca a necessidade de identificação do estágio de maturidade inicial e seguindo o que leciona Zaoui e Souissi (2020), a análise prévia é imprescindível para a definição das estratégias de implementação da transformação digital inerente à indústria 4.0, pois somente dessa forma que será identificado o aporte necessário rumo

à inovação, verificando a necessidade de capital, de recursos humanos e de tempo até a conclusão do projeto Portaria MDIC 2.091/2018 identifica-se como o diagnóstico de maturidade. Desse modo, Zaoui e Souissi (2020, p. 438) afirmam:

The assessment exercise is a prerequisite for any evolving process that a company may launch. The one interesting us consists of the DT, which requires a multidimensional appraisal of the company, namely the ICT dimension.

It is precisely the purpose of this section, to identify the ICT maturity level through an ICT evaluation grid. The ICT maturity level is considered the first 'input' feeding the reflection on the company's DT strategy that must be completed by the other 'inputs' resulting from the evaluation of the other dimensions.

Os autores destacam a necessidade de um estudo prévio para conceber a transformação digital nas ICTs. Esse estudo deve abranger uma perspectiva multidimensional¹ da transformação, pois a avaliação desse aspecto é considerada um pré-requisito essencial para a formulação de estratégias eficazes em direção à inovação da indústria 4.0.

3.3 Estágios de Maturidade conforme modelo da ACATECH

Para compreender a metodologia adotada pela ACATECH acerca dos estágios de maturidade no contexto da indústria 4.0, válido trazer duas metodologias citadas por Lima, Santiago e Oliveira Júnior (2022). A primeira é com base em Schumacher e Schuh que desenvolveram um modelo de maturidade que avalia cinco dimensões cruciais para a administração das operações empresariais. Estas dimensões abrangem pessoas, processos de manufatura, produtos, tecnologias habilitadoras e modelo de negócio.

Com base no trabalho daqueles autores, o enfoque principal do modelo de maturidade concentra-se na gestão operacional, partindo da premissa de que é essencial organizar-se operacionalmente antes de embarcar na digitalização. Dessa forma, o modelo proposto é estruturado em estágios distintos de preparação e de indústria 4.0.

Outro modelo de relevância, estudado é o PIMM 4.0, metodologia adotada pelos centros industriais do Brasil, incluindo a ZFM. Desenvolvido pelo Instituto de Desenvolvimento Tecnológico (INDT) por meio do projeto *Advanced Manufacturing Assessment* (AMa). Tal modelo traz a visão multinível e multidimensional e promoveu os melhores resultados, sendo o único método brasileiro com bases matemáticas com enfoque na realidade brasileira.

Segundo Lima, Santiago e Oliveira Júnior (2022) a premissa do modelo PIMM 4.0 é conduzir projetos e implantações de manufatura avançada, ligando a outras áreas de forma interdisciplinar mostrando relação entre Tecnologia da Automação e Tecnologia da

1 Dimensão estrutural, Dimensão ambiental, Dimensão de Segurança, Dimensão de Qualidade, Dimensão Financeira, Dimensão Cultural, Dimensão da Inovação e Dimensão Participativa (ZAOUI E SOUISSI, 2020).

Informação com evidências de características da indústria 4.0, assim os referidos autores afirmam:

O PIMM 4.0 contribui para que as mais diversas empresas possam estabelecer a transição para a Indústria 4.0, com base na medição do grau de maturidade e prontidão da indústria 4.0. Além disso, a plataforma, através da metodologia técnico-científica, traz o diagnóstico preciso das oportunidades de melhorias nas empresas.

Portanto a maturidade é uma ferramenta para as empresas conceituarem e medirem o status dos processos de desenvolvimento e dos níveis em relação à indústria 4.0. Nesse sentido, a Portaria MDIC nº 2.091, adotou a metodologia da Academia Alemã de Ciência e Engenharia (ACATECH) que estabelece 6 (seis) estágios de maturidade: 1) Computadorização, 2) Conectividade, 3) Visibilidade, 4) Transparência, 5) Capacidade Preditiva e 6) Adaptabilidade.

O primeiro e o segundo estágio fazem parte da digitalização do projeto, a computadorização e conectividade. No primeiro estágio, a ICT elimina o material físico, como papel e planilhas, transferindo os dados para um formato digital padrão. De acordo com o Anexo I da Portaria, esses dados são encaminhados para uma área específica, onde são analisados por Inteligência Artificial. Isso resulta na geração de informações detalhadas sobre a evolução do processo de transformação, com capacidade para identificar ações de causa-efeito. Essa análise possibilita a auto manutenção dos equipamentos, associada a um sistema de inspeção de qualidade na saída. Adicionalmente, a IA pode acionar o sistema de auto correção e/ou auto otimização do subprocesso, importando que tal sistema faça seu *compliance*.

O segundo estágio de Conectividade é a possibilidade que os dados digitalizados no estágio anterior sejam extraídos diretamente de instrumentos automatizados por meio da Inteligência Artificial, com ênfase no tratamento e saída desses dados com o objetivo de dar qualidade ao conjunto produzido corrigindo possíveis defeitos. Tal integração e autocorreção deverá ser realizada de forma contínua ao longo de todo o processo, disponibilizando esses dados para as tomadas de decisão.

O parágrafo único do art. 5º da Portaria estudada dispõe que:

Só farão jus aos recursos de pesquisa, desenvolvimento e inovação as empresas beneficiárias que busquem um estágio de maturidade em indústria 4.0 desejado superior a 3 nos seus processos ou subprocessos.

Ou seja, como base nesse dispositivo, somente quando a ICT estiver no estágio de conectividade, traçando estratégias para o alcance de maturidade terceiro estágio que ela poderá começar a receber os recursos destinados à PD&I.

A partir do terceiro estágio, a ICT entra na etapa de otimização, e a Visibilidade que representa esse terceiro nível, é quando utiliza-se as informações, dados e conhecimentos obtidos ao longo do processo e dos subprocessos para criar, realimentar e dar robustez ao projeto digital-virtual, permitindo a execução de simulações computacionais e criação de cenários que alimentam e contribuem para a autocorreção e auto otimização, contribuindo para a redução do tempo para novos desenvolvimentos, uma vez que as variáveis já não são mais indeterminadas.

A Transparência é o quarto estágio dessa metodologia, que é quando os indicadores são utilizados para demonstrar os impactos e a evolução dos processos, transformando ao mesmo que integra a cadeia de suprimentos que fornece os subsídios para essas análises com intuito de corrigir, otimizar e prever a produção futuras dos referidos insumos.

A capacidade preditiva é o quinto estágio que como o nome já expressa é a possibilidade de criar cenários por meio do uso da inteligência artificial e assim analisar e compreender as variações de demanda, promovendo autocorreção e auto otimização já compatíveis com os conceitos da indústria 4.0.

O último estágio é o nível de Adaptabilidade onde as ações de auto correção são mais rápidas, chegando até a prevenir falhas de eficiência, uma vez que promove a integração de toda a estrutura organizacional da empresa com os níveis anteriores e permite que a gestão da empresa e do negócio sejam baseados em inteligência artificial desde o nível local até o mundial, incluindo a cadeia produtiva.

3.4 Cálculo do Percentual Aplicável aos Recursos Investidos e Fatores de Impulso

Outro aspecto relevante da Portaria MDIC 2.091/2018 é a estabelecimento de cálculo de percentual de investimentos financeiros voltados para elevação da aptidão fabril da empresa beneficiária para a indústria 4.0 a serem considerados como atividades de PD&I, conforme disposto no caput do art. 6º da referida Portaria.

De acordo com o que consta no anexo II da Portaria MDIC 2.091/2018, o cálculo é representado pela fórmula abaixo, onde PA se refere ao Percentual Aplicável aos Recursos Investidos, PB que quer dizer Percentuais de Base Aplicáveis aos Recursos Investidos e FI significa Fator de Impulso.

$$PA = \prod_{n=1}^{11} PB * (FI_n)$$

Também no anexo II da Portaria MDIC 2.091/2018 é possível encontrar a tabela de percentuais de base aplicáveis aos Recursos Investido, conforme o que segue:

Estágio de maturidade em indústria 4.0 atual (processo / subprocesso)	6					
	5					66%
	4				59%	69%
	3			52%	62%	72%
	2		45%	55%	65%	75%
	1		48%	58%	68%	78%
		1	2	3	4	5
Estágio de maturidade em indústria 4.0 desejado (processo / subprocesso)						

O que se pode perceber é que quanto mais evoluída esteja a empresa de PD&I no estágio de maturidade, maior será o percentual de aporte dos investimentos, uma vez que quanto maior o estágio de maturidade, maior a certeza de sucesso da pesquisa desenvolvida.

3.5 Elaboração de Relatórios por Auditoria Independente credenciada pela CVM

Outro aspecto relevante é a necessidade de certificação dos estágios de maturidade em indústria por meio de relatório consolidado e parecer conclusivo elaborados por auditoria independente credenciada na Comissão de Valores Mobiliários – CVM e cadastrada no Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, com emissão de relatório de comprovação da existência e da veracidade das evidências em relação ao escopo do projeto, como determina o *caput* do art. 8º da Portaria MDIC 2.091/2018.

No art. 9º, a portaria estabelece o que é considerado para fins de evidência de auditoria:

Art. 9º Serão consideradas como evidências de auditoria:

I - evidências físicas: meios de produção substituídos pelos novos, em plena operação, conforme especificação inicial, ou no estágio que se encontra o projeto de transformação;

II - evidências documentais:

a) relatórios, desenhos, esquemas, fluxos, da concepção e do planejamento do projeto de pesquisa, desenvolvimento e inovação de indústria 4.0;

b) projeto e detalhamento da transformação do processo ou subprocesso, notas fiscais da compra de serviços;

c) detalhamento do progresso, da construção e da execução, notas fiscais de

compra de serviços;

d) relatórios de testes de integração e de teste de todos os sistemas em operação;

e) relatórios de execução das fases de produção em velocidade de produção e integrado aos outros processos produtivos;

f) documentos, relatórios e notas fiscais que comprovem o grau de maturidade da solução adotada;

g) relatórios oficiais que comprovem os novos conhecimentos adquiridos e que passem a fazer parte do acervo intelectual da empresa;

h) registro documental das patentes submetidas ou em processo de submissão;

i) contratos assinados com universidades e instituições científicas, tecnológicas e de inovação para execução do projeto em questão, assim como os relatórios comprobatórios das atividades em andamento;

c) as despesas de pesquisa e desenvolvimento não sejam inferiores a cinco por cento da receita bruta, sendo excluídas dessas despesas os valores direcionados à formação de ativo imobilizado; ou

j) contratos assinados com empresas de base tecnológica para execução do projeto em questão, assim como os relatórios comprobatórios das atividades em andamento, ou ainda os processos documentais da criação empresas nascentes de base tecnológica a partir do projeto em execução; e

d) execute por meio de sócios ou empregados diretos, profissionais técnicos de nível superior, atividades de desenvolvimento de software, engenharia, pesquisa e desenvolvimento tecnológico e de mercado.

k) contratos assinados com fornecedores que participem das atividades do projeto na forma de parceria ou compra de serviços especializados.

VIII - Fatores de Impulso: aqueles identificados como geradores de impacto positivo tanto para a empresa quanto para o país, podendo dizer respeito a: origem da tecnologia, conhecimento pré-existente, novos conhecimentos gerados, capacidade de transbordamento tanto do conhecimento como das tecnologias desenvolvidas e do legado para a sociedade local, entre outros.

III - evidências testemunhais: entrevista com gestores oficiais designados pela empresa, e responsáveis pelo processo produtivo em questão.

Tal disposição traz segurança aos investimentos destinados, estabelecendo uma relação de responsabilidade pelas empresas beneficiárias desses recursos de PD&I para que se comprometam na devida implementação dos investimentos com maior garantia de resultados.

Essa conclusão se comprova com o previsto no art. 11 (caput e parágrafo único) da portaria que determina caso não se atinja o estágio de maturidade desejado ao final do projeto, será calculado o descumprimento da obrigação de investimento em PD&I para cada ano desde o início do projeto, esse percentual de descumprimento é obtido pela diferença entre o percentual aplicável calculado com o estágio de maturidade desejado e o percentual aplicado ao alcançado efetivamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interseção entre a ZFM e a Indústria 4.0 revela não apenas a capacidade de adaptação das políticas públicas, mas também a sinergia entre desenvolvimento regional e inovação tecnológica. O caminho trilhado pela ZFM, desde sua criação até sua integração à era da Indústria 4.0, representa um exemplo de sucesso na busca por equidade e crescimento econômico nas regiões mais desafiadoras do Brasil.

No presente trabalho, explanamos sobre a interseção crucial entre Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (PD&I) e a Indústria 4.0 com enfoque especial na Lei de Informática da Zona Franca de Manaus (ZFM) e os aspectos relevantes da Portaria MDIC 2.091/2018 como instrumentos-chave para impulsionar a inovação tecnológica.

Reitera-se que a Lei de Informática na ZFM se tornou uma peça fundamental para incentivar investimentos em PD&I. Através dessa política, houve estímulo à pesquisa tecnológica, ao desenvolvimento de produtos e à implementação de soluções inovadoras, contribuindo para a inserção competitiva no contexto local, nacional e global.

A análise detalhada da Portaria MDIC 2.091/2018 destacou seus aspectos relevantes, bem como seu papel crucial na definição de diretrizes e parâmetros para a aplicação dos recursos incentivados pela Lei de Informática.

Por meio dessa Portaria é garantido um ambiente mais seguro e transparente para o investimento e execução de projetos de inovação, consolidando a eficácia da política pública na promoção de atividades de PD&I em consonância com as demandas da Indústria 4.0.

Nesse panorama, fica evidente que a ZFM, por meio da Lei de Informática e da Portaria MDIC 2.091/2018 e outros dispositivos correlatados, desempenham um papel significativo na potencialização da capacidade inovadora do setor industrial.

Tal iniciativa demonstrou o comprometimento do estado brasileiro com o desenvolvimento tecnológico do país, bem como a necessidade de incentivar a destinação de investimentos em pesquisa, desenvolvimento e inovação no setor, culminando na implantação de um ecossistema de tecnologia da informação e comunicação na Região Amazônica ao longo desses 30 anos.

Entretanto, ressalta-se a importância de revisões regulares e adaptações às políticas vigentes, de forma a garantir que estas permaneçam alinhadas com as dinâmicas da Indústria 4.0 e continuem a impulsionar o desenvolvimento tecnológico no cenário nacional.

Por fim, é imperativo reconhecer que a busca pela maior eficiência em PD&I na Indústria 4.0 é um esforço contínuo e colaborativo. A compreensão aprofundada das nuances presentes na interseção entre a Lei de Informática da ZFM, a Portaria MDIC 2.091/2018 e os demais instrumentos servem como base sólida para a formulação de

estratégias futuras, visando promover a inovação, competitividade e sustentabilidade na indústria brasileira neste cenário dinâmico e desafiador.

REFERÊNCIAS

ACATECH, Conselho Consultivo de Pesquisa da National Academy of Science and Engineering. **Themenfelder Industrie 4.0**. Munique, 2019. Disponível em: <https://www.acatech.de/publikation/themenfelder-industrie-4-0/>. Acesso em 18 de nov 2023.

Associação Polo Digital de Manaus. **30 anos da Lei de Informática da Zona Franca de Manaus: importância para a região, impactos e externalidades deste marco legal**. Associação Polo Digital de Manaus. Manaus/ EDUA, 2022. ISBN: 978-65-5839-085-5.

BRASIL. **Decreto nº 10.521, de 15 de dezembro de 2020**. Regulamenta o §6º do art. 7º do Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, e o art. 2º da Lei nº 8.387, de 30 de novembro de 1991, que tratam do benefício fiscal concedidos às empresas que produzem bens e serviços do setor de tecnologia da informação e comunicação da Zona Franca de Manaus e que investem em atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação na Amazônia Ocidental ou no Estado do Amapá. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10521.htm Acesso em 20 de nov 2023.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. **Portaria MDIC nº 2.091, de 17.12.2018**. Brasília, 2018. Disponível em: https://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/legislacao/portarias/Portaria_MDIC_n_2091_de_17122018.html. Acesso 20 set 2023.

BRASIL. **Portaria ME/SUFRAMA nº 9.835, de 17 de novembro de 2022**. Dispõe sobre o Plano de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação – PD&I; a apresentação e julgamento dos projetos de PD&I; e os procedimentos para o acompanhamento e a fiscalização das obrigações previstas no art. 5º do Decreto nº 10.521, de 15.10.2020. Disponível em: https://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/legislacao/portarias/Portaria_ME_SUFRAMA_n_9835_de_17112022.html. Acesso em 20 de nov 2023.

CGEE - Centro de Gestão de Estudos Estratégicos. **Indústria 4.0: arcabouço normativo para a implementação da Indústria 4.0 no Brasil**. Brasília, DF: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos 2021. ISBN: 978-65-5775-027-8.

FGV EESP. **Zona Franca de Manaus: Impactos, efetividade e oportunidades**. Disponível em: https://www.google.com/l?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi_8vWj2eaCAxVxCLKGHYjPDjcQFnoECBIQAQ&url=https%3A%2F%2Feesp.fgv.br%2Fsites%2Feesp.fgv.br%2Ffiles%2Festudos_fgv_zonafranca_manaus_abril_2019v2.pdf&usq=AOvVaw07PIbwaOUv7rolfIDG13rR&opi=89978449. Acesso 20 set 2023.

FREITAS, Zenon Ricardo. **A importância da Zona Franca de Manaus no Contexto Socioeconômico**. Revista Foco Curitiba (PR), v. 16, n. 9, 2023, p 01-14. DOI: 10.54751/revistafoco.v16n9-126. Disponível em: <https://ojs.focopublicacoes.com.br/foco/article/view/2901/2035>. Acesso em 21 de nov 2023.

HATCHHUELL, Raquel Lunière. **A Lei de Informática como Fomento à Interação Universidade-Empresa: Um estudo sobre a relação da universidade do estado do Amazonas e o polo industrial de Manaus**. Viçosa, MG, 2022. Locus Repositório institucional da UFV. Disponível em: <https://locus.ufv.br/handle/123456789/30429>. Acesso em 20 set 2023.

ITIKAWA, Maurício. **Diagnóstico da maturidade de empresa do Polo Industrial de Manaus sob métricas da indústria 4.0: estudo de caso comparativo sob a perspectiva da Lei de Informática**. Manaus, AM, 2022. Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da Universidade Federal do Amazonas. Disponível em: <https://tede.ufam.edu.br/handle/tede/9082>. Acesso em 20 set 2023.

LIMA, Graziela de Souza, SANTIAGO, Sandro Breval e OLIVEIRA JÚNIOR, Manoel Carlos de. **Análise da Maturidade na Indústria 4.0: Um Estudo de Caso no Polo Industrial de Manaus utilizando o sistema PIMM 4.0.** XXII Congresso Brasileiro de Engenharia de Produção, Paraná, 2022. Disponível em: https://aprepro.org.br/conbrepro/anais/arquivos/09282022_120933_63346f29b8e32.pdf. Acesso em 18 de nov 2023.

MONTENEGRO JÚNIOR, Leopoldo Augusto Melo *et al.* **Desenvolvimento da Indústria 4.0 no Polo Industrial de Manaus a partir dos Programas Prioritários.** XLI Encontro Nacional de Engenharia de Produção: Contribuições da Engenharia de Produção para a Gestão de Operações Energéticas Sustentáveis. Foz do Iguaçu, PR, 2021. Disponível em https://www.abepro.org.br/biblioteca/TN_STO_359_1855_41771.pdf. Acesso em 20 de nov 2023.

NUNES, Guilherme Bitencourt. **Análise de maturidade 4.0 do núcleo de tecnologias tridimensionais do CTI Renato Archer.** X Seminário em TI do PCO/CTI, 2020. Disponível em: https://www1.cti.gov.br/sites/default/files/seminario-2020_paper_25.pdf. Acesso em 21 de nov 2023.

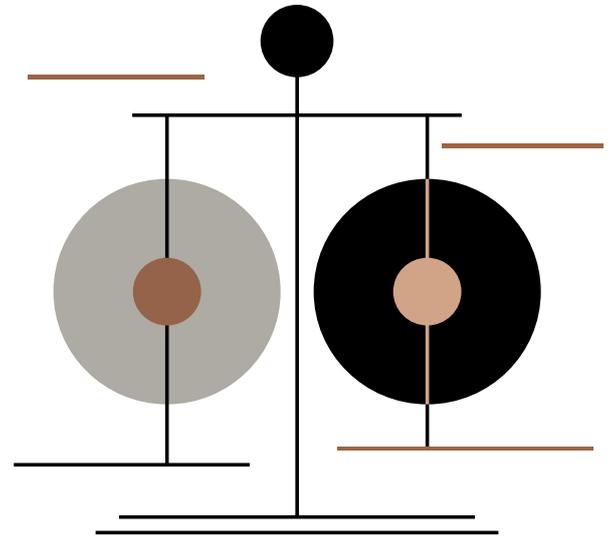
ROSA E SILVA, Túlio Macedo. **Os Benefícios da Lei de Informática e o Aprimoramento das Tecnologias da Comunicação.** DOI: 10.29327/5212778.1-4 Direito, Tecnologia e Inovação na Amazônia. Amazônia Et. Al, 2023, p 61-71. ISBN 978-85-5722-905-1.

SOUZA JÚNIOR, Albefredo Melo de. **Os programas prioritários do CAPDA como formas de financiamento de PD&I e de incentivos às startups localizadas na Amazônia Ocidental e Amapá.** DOI: 10.29327/5212778.1-1. Direito, Tecnologia e Inovação na Amazônia. Amazônia Et. Al, 2023, p. 06-28. ISBN 978-85-5722-905-1.

ZAOU, Fadwa. SOUISSI, Nissrine. **A Triaxial Model for the Digital Maturity Diagnosis.** International Journal of Advanced Trends in Computer Science and Engineering, Vol. 9, nº 1, Jan-Fev 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.30534/ijatcse/2020/60912020>. Acesso em 21 de nov 2023.

SOUZA, Carolina Gonçalves de e SANTOS, Luciano Balbino. Um Estudo do avanço da indústria 4.0 e os desafios logísticos do Polo Industrial de Manaus. DOI: 10.54751/revistafoco.v15n4-005. Revista Foco Curitiba (PR), v. 15, n. 4le0468l, p 01-17, 2022. Disponível em: <https://ojs.focopublicacoes.com.br/foco/article/view/468/418>. Acesso em 21 de nov 2023.

11.



A DISPOSIÇÃO DO CORPO NO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS: UMA CRÍTICA MORAL E JURÍDICA À PROIBIÇÃO DE COMERCIALIZIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

INTRODUÇÃO

As estatísticas mostram que a atual política pública de transplantes de órgãos tem se mostrado falha para atender aos que esperam por um transplante de órgãos e tecidos no Brasil. Este fato configura uma violação do direito à saúde das pessoas em tal situação, em decorrência do descumprimento de um dever constitucional pelo Estado brasileiro.

A Constituição Federal traçou um objetivo para a política pública de transplantes que é a proibição de qualquer forma de comercialização. Com isso, o Estado deve entregar uma política pública de transplantes por meio do altruísmo daqueles que voluntariamente aceitam os riscos em vida, tal como do altruísmo das famílias em caso de morte.

Desse modo, a heteronomia é o fundamento da relação com o corpo no transplante de órgãos e tecido, com clara inspiração moral na sacralidade do corpo como padrão cultural e histórico da sociedade brasileira de maioria cristã. Dada a falha deste modelo, por que não promover mudanças? O problema a se enfrentar neste artigo reside justamente na possibilidade ou não de superação do paradigma da heteronomia para o da autonomia como modelo para o transplante de órgãos e tecidos, assim sintetizado: há fundamentos morais e jurídicos para consubstanciar a autonomia corporal em um mercado de órgãos?

A tensão entre autonomia e heteronomia é sempre um tema presente no Estado de Direito, o qual tem por regra o estado de liberdade das pessoas. Se não garantida a autonomia, terceiros ditariam as regras dos atributos existenciais da pessoa, poderiam intervir em tais atributos sem autorização e poderiam impedir a pessoa de desenvolver e expressar sua identidade singular. Por outro lado, é claro que a heteronomia deve se fazer presente em situações nas quais os particulares podem afetar negativamente outros membros da sociedade em sua existência ou patrimônio.

Logo, o objetivo deste artigo é demonstrar as falhas do altruísmo forçado na política pública de transplante de órgãos e tecidos, assim como demonstrar as bases morais e jurídicas para que o mercado possa ser agregado a tal política. Como objetivos específicos, a presente pesquisa investigará os limites ao poder de autorregulação do indivíduo e os limites do poder estatal de regular os atributos da personalidade dos seus cidadãos, assim como apresentar uma proposta de mercado ético e regulado.

O procedimento metodológico será a pesquisa bibliográfica e terá o método dedutivo quanto aos fins, pois se buscará demonstrar a pertinência das premissas críticas contra o modelo de proibição de comercialização de órgãos e tecidos. Também se fará uso do método jurídico-propositivo, já que será apresentada uma proposta de mercado ético e regulado como possível solução para contornar as falhas da atual política de transplante.

O artigo está dividido em três capítulos. No primeiro capítulo se abordará os fundamentos morais e jurídicos da autonomia na disposição do corpo. No segundo capítulo será analisado o princípio da dignidade como fundamento da heteronomia na proibição de

comercialização de órgãos e tecidos. Já no terceiro capítulo serão demonstradas as falhas do altruísmo forçado na política de transplantes, bem como será apresentada e analisada uma proposta de mercado de órgãos.

1. AUTONOMIA E DIREITO AO CORPO

A redação do artigo 11 do Código Civil¹ leva a uma errônea conclusão que os direitos da personalidade são indisponíveis, porém, a interpretação literal deverá ceder espaço a uma interpretação conforme a constituição, de modo a garantir a autonomia (art. 5.º, inciso II, Constituição Federal)² da pessoa no controle de suas características relacionadas à sua integridade física e psicológica.

Os direitos da personalidade dizem respeito à proteção de características existenciais da pessoa, ou melhor, almejam garantir a incolumidade do corpo e da mente da pessoa como atributos indispensáveis para uma existência digna. Porém, o ordenamento jurídico não tem por fim apenas a incolumidade de tais atributos, mas também de garantir o livre desenvolvimento e expressão da personalidade, os quais permitem que a pessoa estabeleça perante a si e perante a sociedade sua identidade, pois, conforme Stancioli sobre os valores constitutivos da personalidade, a complexidade da pessoa:

“Envolve ações carregadas de significado, como rezar em um templo, ter liberdade de se expressar em público, ou não ter a vida privada exposta. Esses valores são mais que meros reflexos ou projeções da pessoa humana; são constitutivos da personalidade.”³

*É por meio dos atributos da personalidade que a pessoa se individualiza,*⁴ seja por meio de seus atributos físicos ou morais como a imagem, nome, honra e privacidade, de modo que se pode afirmar que “como a pessoa dispõe de suas características pessoais é uma expressão da sua singularidade, de como projetou o seu corpo e mente para a sua existência”.⁵

Especificamente quanto ao uso do corpo, as expressões corporais são as mais diversas em todos os cantos do planeta, estando o tratamento do corpo intimamente ligado à cultura, a poder, inclusive, identificar uma cultura pela manipulação de partes do corpo.

1 Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

2 Art. 5º [...], II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

3 STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. 2017, p. 122.

4 ALBUQUERQUE, Ricardo Tavares de. **Autonomia privada, sujeito coletivo e afirmação do direito ao corpo dos povos indígenas**. 2023. 169 f. Tese (Doutorado em Direito e Justiça). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023. P. 63.

5 ALBUQUERQUE, Ricardo Tavares de. **Autonomia privada, sujeito coletivo e afirmação do direito ao corpo dos povos indígenas**. 2023. 169 f. Tese (Doutorado em Direito e Justiça). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023. P. 63.

Por outro lado, além de estar ligado a componentes culturais, o uso do corpo também está relacionado aos padrões morais de determinada cultura.

Ainda que o positivismo tenha legado a compreensão de uma pretensa neutralidade das normas jurídicas, tais padrões morais se refletem nas normas jurídicas estatais e que, inevitavelmente, estarão presentes nos conflitos entre autonomia e heteronomia no uso do corpo, o qual pode ser resumido em dois questionamentos: qual o limite pessoal no uso do corpo? E, qual o limite da atividade legislativa na limitação do uso do corpo? O que agrava tais questionamentos é que eles vêm arraigados de juízos morais, fato este que inevitavelmente pode findar por ser um instrumento da maioria sujeitar a minoria a padrões morais convencionais em relação ao uso do corpo.

Sá e Oliveira elucidam a compreensão que:

“Os positivistas buscaram explicar o direito em sua separação absoluta da moral. Assim, nenhum defeito moral seria capaz de invalidar uma norma vigente. No chamado pós-positivismo, essa relação se mostra menos cristalina. O esforço reside em encontrar o *locus* normativo e argumentativo da moral no discurso jurídico.”⁶

Não há dúvida que o Direito proveniente do Estado não é moralmente neutro e uma consequência deste fato é que os cidadãos têm o direito de questionar as justificativas morais das regras estatais que regulam a conduta particular quanto aos seus atributos, porém, ao contrário, o Estado e a sociedade não têm, *a priori*, o direito de exigir do particular a justificativa moral da autorregulação de seus atributos.

Refletir sobre os limites do uso do corpo não é apenas uma questão de perspectiva interna da pessoa, mas, principalmente, até onde a sociedade permite-lhe ir, o que demonstra que não há como dissociar e pensar os limites da pessoa sem pensar o limite estatal.

Deve haver um crivo pelos cidadãos do exercício do poder estatal sobre o indivíduo no uso de um bem personalíssimo seu, pois a vida privada é justamente um âmbito no qual a sociedade não adentra, nem pode contornar tal proibição por meio de normas estatais – inspiradas em um juízo de reprovabilidade moral, com fins de proibir uma conduta privada.

Não se pode impedir que os indivíduos de uma sociedade reprovem moralmente a conduta de outros, mas há como impedir que o juízo moral de uma maioria se torne norma jurídica e sujeite uma minoria a seus interesses privados, como por exemplo, influenciar a atividade legislativa para impor a moral religiosa da maioria da população – como historicamente foi o caso do divórcio no Brasil ou como ainda é o caso do aborto.

A sociedade busca no Estado a proteção contra condutas moralmente inconventionais ou não compartilhadas pela maioria, pois somente por meio do direito alguém pode ser forçado a se adequar a uma conduta e é neste ponto que reside a sujeição de indivíduos ao julgamento moral de outros, uma vez que:

6 Sá, Maria Oliveira de; OLIVEIRA, Lucas Costa de. Mercado regulado de órgãos: uma possibilidade contra o tráfico? *Quaestio Juris*, vol. 10, n. 01, Rio de Janeiro, 2017. [on-line]. <Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/22052>>. Acesso em 02 de outubro de 2020, p. 435.

“Legislar envolve determinar, usando da força estatal, que as pessoas ajam ou deixem de agir conforme determinada maneira. Consequentemente, todo um espectro de possibilidades de ação humana originalmente possíveis diante daquela situação torna-se obstaculizado. Desta forma, nossas opções de ação tornam-se cada vez mais homogêneas por imposição estatal, como consequência inescapável da expansão legislativa.”⁷

Não sendo a heteronomia uma força neutra, há ideologias por trás de atos do poder público que buscam a homogeneidade de padrões de conduta, especialmente de comportamentos tidos como moralmente indesejados. Monteiro explica que a “defesa de valores religiosos pelo Estado, ainda que dominantes, desequilibra cidadãos e igrejas e submete coercitivamente a todos, de forma universalista, a preceitos com os quais não se comunga.”⁸

Por isso não é apenas possível, mas é indispensável que indivíduo e sociedade devam questionar os fundamentos da heteronomia no que concerne a regulação da vida privada, e, assim, possa ser exigido do Estado o fundamento moral de sua atividade legislativa, com o objetivo de evitar que determinados grupos majoritários submetam outros a uma condição de objeto de controle – e aqui especificamente o controle do corpo – por meio da legislação estatal.

Por outro lado, pode o Estado ou a sociedade exigir do indivíduo justificativa de como dispõe do seu corpo em sua vida privada?

O Estado e seus agentes não podem ter a presunção de que sabem o que é melhor para pessoas capazes de se autorregular e que têm o direito de não ser tratado como incapazes de exercer seus próprios julgamentos. Tal presunção não deixa de ser uma menoridade forçada, pois:

“[...] A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem. Tal menoridade é por culpa própria, se a sua causa não residir na carência de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem em se servir de si mesmo, sem a guia de outrem. [...]”⁹

Tem-se, portanto, a tutela de adultos autônomos como consequência da heteronomia e a homogeneização da conduta dos “tutelados”. A autonomia, por sua vez, é a consolidação da maioridade, o poder de autorregulação na qual o indivíduo cria seu espaço de vida privada, nele exerce suas escolhas morais e desenvolve as suas características que o tornarão único, entre elas, como dispor do seu corpo, sendo que o indivíduo não deve justificativas à sociedade de como dispõe de sua integridade corporal. Neste ponto, Lara expõe que:

7 PRETE, Esther Kulkamp. Por que surgiu a legística? Antecedentes históricos de seu surgimento. In: SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Kulkamp Eyng (orgs.). **O que é legística**, 2019, p. 32.

8 MONTEIRO, Dáfni. **A influência da bancada evangélica no ordenamento jurídico brasileiro: do processo legislativo ao projeto de poder religioso**. 2019, p. 139.

9 KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta: “o que é iluminismo?”**. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf>. Acesso em 03/10/2020, p. 1.

“[...] a princípio, qualquer modificação corporal deve ser permitida até que surja uma razão forte o suficiente para limitar essa liberdade. A pessoa que quer manipular seu corpo livremente não tem que provar que isso é bom ou possível. Em verdade, aquele que quer limitar a liberdade individual de alguém é que tem que demonstrar que esse exercício traz um dano sério à sociedade e aos demais e que esse dano é real e presente, e não futuro e especulativo.”¹⁰

Manipular o corpo é uma conduta da vida privada e, como tal, inacessível à sociedade se a conduta não escapa deste âmbito para atingir concretamente outra pessoa. Este, inclusive, é o entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos para declarar inconstitucional lei do Texas que criminalizava o aborto, no famoso caso *Roe versus Wade*, pois violaria o devido processo legal previsto na 14.^a emenda constitucional, o qual protege o direito à privacidade do cidadão contra ações estatais indevidas, estando o direito da mulher de abortar incluído no direito à privacidade.¹¹

Não há autonomia onde não há vida privada – um espaço onde a pessoa se determina sem agentes externos. Se autonomia é insujeição, a vida privada é o espaço onde se exerce a insujeição. Tanto o direito quanto a moral, enquanto normas de controle social, partem da autonomia como fundamento de todo comportamento humano e, assim, não há como amparar a autonomia e esperar homogeneidade no “agir” e no “ser” humano.

Ao se entender que a disposição dos direitos da personalidade é uma forma de autonomia existencial, o dever da coletividade de se abster em interferir nos direitos da personalidade das pessoas se torna também um direito de tolerar os motivos, ainda que moralmente inconvenientes. Se a sociedade não adentra a vida privada, são irrelevantes os motivos do indivíduo na regulação do seu corpo.

Quando a autonomia é a base da autorregulação do corpo, outros valores serão buscados pelo indivíduo em seu projeto de vida boa e não apenas o sagrado. A autonomia permitiria que, por exemplo, pessoas que não julgam ser imoral dar um valor econômico ao corpo, serem potenciais vendedores em um mercado regulado de órgãos, dando-se como irrelevante para o direito a justificativa moral de sua ação e aceitando-a em seu conteúdo externo de viabilizar um órgão ou tecido para transplante.

2. MEU CORPO, REGRAS ESTATAIS: A HETERONOMIA NO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS

É comum que se use a dignidade da pessoa humana como limite ao corpo, como é o caso da doação de órgãos:

“[...] o Estado se encontra autorizado e obrigado a intervir em face de atos de pessoas que, mesmo voluntariamente, atentem contra sua própria dignidade, o

10 LARA, Mariana. **O direito à liberdade de uso e (auto)manipulação do corpo**. 2014, p. 118.

11 ROE V. WADE. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1971/70-18>>. Acesso em 03 de outubro de 2020.

que decorre justamente do já referido cunho irrenunciável da dignidade pessoal. Se uma renúncia à dignidade e ao conteúdo em dignidade dos direitos é, em princípio, vedada pela ordem jurídica, não há como deixar de reconhecer a possibilidade de uma série de situações concretas onde se verifica pelo menos uma autolimitação de determinados direitos inerentes à personalidade, bastando aqui recordar o exemplo das transplantações de órgãos ou mesmo da interrupção da gravidez nas hipóteses autorizadas pelo legislador, dentre as inúmeras hipóteses que poderiam ser colacionadas.”¹²

O problema deste posicionamento é que não há uma definição do que é dignidade e o porquê de ela ser limite prévio e genérico ao exercício dos direitos da personalidade. A autonomia, como visto em Kant, é fundamento da dignidade, então, por que haveria conflito entre o exercício da autonomia existencial e a dignidade da pessoa humana no mercado de órgãos?

A proibição de comercialização de órgãos e tecidos é uma determinação constitucional,¹³ mas não se trata de uma simples proibição e sim de uma norma-objetivo, onde, de acordo com Graus: “os textos normativos passam a ser dinamizados como instrumentos de governo. O direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas”.¹⁴

Considerando que tal proibição ocorre em um contexto de política pública de saúde, perante a qual o Estado tem um dever fundamental,¹⁵ é objetivo da norma constitucional que o Estado concretize a política de transplantes de órgãos, tecidos e substâncias humanas sem permitir qualquer comercialização.

Aqui comercialização assume uma conotação pejorativa, imoral, pois iria contra a sacralidade do corpo, um valor e padrão de conduta moral em relação ao corpo, o qual, no caso da sociedade brasileira, tem clara origem cristã.¹⁶ Não se pode perder de vista que a “doação de órgãos e tecidos para transplante está diretamente relacionada aos valores morais, éticos e religiosos das pessoas”,¹⁷ sendo que tais valores não se referem apenas ao doador, mas também influenciam a atividade do legislador, dada sua vivência em um

12 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2004, p. 113.

13 Art. 199, §4.ª, CF: A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

14 GRAUS, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2009, p. 19.

15 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

16 De acordo com a tradição cristã, primeiro livro de Coríntios na Bíblia, capítulo 6, versículos 19-20, o corpo humano é o santuário do Espírito Santo. Disponível em <https://www.bibliaon.com/versiculo/1_corintios_6_19-20/>. Acesso em 03 de outubro de 2020.

17 ROZA, Bartira De Aguiar; GARCIA, Valter Duro; FARIA, BARBOSA, Sayonara de Fátima Faria; MENDES, Karina Dal Sasso; SCHIRMER, Janine Schirmer. Doação de órgãos e tecidos: relação com o corpo em nossa sociedade. **Revista Acta Paulista de Enfermagem**, volume 23, n. 3, maio-junho de 2010. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002010000300017&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em 03 de outubro de 2020, p. 418.

contexto histórico-cultural cristão.

A compensação do vendedor de órgãos tida como indigna e que influenciará o Estado a proibi-la, vem de um conceito de dignidade de uma religião específica, o que vai contra não só a laicidade estatal, mas sujeita os nacionais de determinado Estado a uma homogeneidade contrária à diversidade humana. A questão que se põe é que, na verdade, a dignidade humana não pode ser forçada sob determinada visão particular, mas buscada dentro dos valores de cada um, com respeito à diversidade humana de formas de expressões e modos de criar, fazer e viver:¹⁸

“[...] já que não busca assentar a noção de dignidade humana sob um conjunto de *valores* que reflete apenas uma visão particular de mundo – mais exatamente a tradição judaico-cristã. Ao se abrir a porta para uma fundamentação normativa própria do direito, participantes de outras concepções podem tomar assento nessa prática comunicativa, sentindo-se igualmente coautores das normas a que se submetem.”¹⁹

No direito privado, a dignidade ganha uma dimensão subjetiva de o indivíduo ter o direito de buscar uma vida digna dentro de seus padrões morais, sejam convencionais ou não. É na vida privada onde o indivíduo autorregula sua existência, a começar por seus atributos existenciais, pois, como defende Kant:²⁰ “Autonomia é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”.

Logo, a autonomia é um fundamento da dignidade por permitir que a pessoa persiga seus fins particulares sem se sujeitar aos demais membros da sociedade. É da insujeição que surgem as diversas formas de disposição da integridade corporal. Aqui cabe citar Holtman explicando a autonomia e dignidade no reino dos fins proposto por Kant:

“A dignidade de cada pessoa se torna o direito de não ser tratado como sujeito, mas sempre como um cidadão possuidor de igual autoridade legisladora e devida igualdade legal. A autonomia de cada um se torna independência civil, o direito de ser tratado como capaz de exercer suas capacidades de julgamento e comprometimento que são integrantes de sermos cidadãos auto-determinados e legisladores, em oposição a alguém que é sujeito a ou controlado de acordo com os julgamentos de outros.”²¹

O respeito primeiro à autonomia é também uma forma de impedir que, por vias

18 Constituição Federal: Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

19 PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre as concepções de personalidade e de dignidade humana: as teses de Robert Spaemann e de Ronald Dworkin. In: QUEIROZ, Mônica et al (org.). **Direito Civil em debate: reflexões críticas sobre temas atuais**, 2016, p. 50.

20 KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 2007, p. 79.

21 SARAH, Holtman. Autonomia e o reino dos fins. **Studia Kantiana**, v. 13, n. 19, p. 105-126, dezembro de 2015, tradução de Rafael Rodrigues Pereira. [on-line]. Disponível em: <<http://www.sociedadekant.org/studiakantiana/index.php/sk/article/view/223>>. Acesso em 02 de outubro de 2020, p. 122.

heterônomas, o indivíduo tenha sua conduta regulada de modo a ser um meio para fins particulares travestidos de “interesse público”. Ou seja, a autonomia evita que indivíduos sejam tratados como objeto de interesses particulares da maioria, como defende Kant em sua fórmula da humanidade: *Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.*²²

É de se refletir, dada a falência do modelo atual de transplantes de órgãos, se proibir a comercialização é de interesse público e se realmente é indigno que alguém assim disponha do seu corpo. A heteronomia aqui debatida, além de fundada em um conceito indefinido de dignidade, dá a entender que só é digno fazer parte da política pública de transplante se for um ato de altruísmo. Será esse o único meio de respeitar a dignidade do indivíduo, sendo doador? A dignidade está na imposição estatal ou nos indivíduos buscando-a?

Dignidade, além de um valor intrínseco do ser humano, é poder estabelecer um projeto de vida (egoístico ou altruístico). Indivíduos autônomos vivem sob a fórmula da humanidade construindo sua vida boa ao mesmo tempo em que respeitam a dignidade do outro de “buscar sua autorrealização”, como esclarece Stancioli *et al.*:

“Pode-se dizer que o cerne do ordenamento jurídico está na proteção do projeto de vida digna de cada pessoa. Nesse sentido, o corpo deve ser espaço de autoapropriação e servir para a concepção de vida boa. Isso porque a dignidade não é algo “dado” (pelo Estado, pela ciência etc.); ao contrário, é uma *busca de autorrealização*. Assim, não se deve buscar normas que imponham aos indivíduos uma dignidade pré-estatuída.”²³

A dignidade pré-estatuída é uma dignidade forçada que, além da homogeneização, gera a segregação dos que não se amoldam aos padrões estabelecidos, e, no caso aqui estudado, impede que outras formas de disposição do corpo se agreguem à política de transplantes de órgãos.

Logo, o princípio da dignidade não pode ser usado como limite prévio e genérico dado ao Estado para limitar comportamentos dos particulares, pois, forçar a dignidade é submeter as pessoas a uma condição de meio e não lhes dar o devido tratamento como sujeitos. Diversidade é essência da humanidade e a dignidade enquanto respeito absoluto pela condição humana não pode prescindir de acolher a diversidade.

Por outro lado, a dignidade não é apenas um valor intrínseco da humanidade, mas também, viver dignamente é poder perseguir uma vida boa e estabelecer fins para si mesmo, dentro da expressão da diversidade humana. Não há “uma” dignidade, e, se a dignidade é um conceito plural, qual das dos conceitos de dignidades será parâmetro para os limites da manipulação do corpo?

É claro que não é possível responder à pergunta acima sem que uns tornem os

22 KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 2007, p. 69.

23 STANCIOLI, Brunello Stancioli; CARVALHO, Nara Pereira Carvalho, RIBEIRO, Daniel Mendes; LARA, Mariana Alves. O Sistema Nacional de Transplantes: saúde e autonomia em discussão. **Revista De Direito Sanitário**, volume 11, n. 3, 2011. [on-line]. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13225>>. Acesso em 1.º de outubro de 2020, p. 127.

outros objetos da sua crença moral. Então, os limites da disposição do corpo estão na própria pessoa:

“Há certo modo de ser humano que é o *meu* modo. Sou convocado a viver deste modo, e não imitando o de outro alguém. Mas isso confere uma nova importância a ser verdadeiro para si mesmo. Se não sou, eu perco o propósito da minha vida, perco o que é ser humano para *mim*.”²⁴

Comercializar partes do seu corpo para transplante pode ser uma conduta digna para alguém em seu modo de ser e que não lhe diminui a humanidade, então, por que a pessoa não pode estabelecer regras econômicas para a disposição do seu corpo?

3. A FALHA DO ALTRUÍSMO FORÇADO NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS: AUTONOMIA E MERCADO REGULADO COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO

Em relação ao particular, o objetivo da norma constitucional é que ele participe da política pública de transplante de uma forma altruística. Aqui há dois fundamentos morais: além do altruísmo em relação ao corpo, há também o dever estatal de não permitir que o receptor do transplante use alguém como mero objeto de sua necessidade e não como um sujeito, o que coaduna com a fórmula da humanidade de Kant.

Não se duvida que “é correto pensar que a prática recairia sobretudo sobre as pessoas de baixa renda, ocasionando uma situação de exploração.”²⁵ Porém, e aqui não se afasta a preocupação com a exploração do vendedor, em especial pessoas pobres, mas não se pode fazer este juízo apenas direcionado ao receptor, deve-se também incluir como possível explorador o Estado e fazer o seguinte questionamento: obrigar o particular, ainda que voluntariamente, a dispor gratuitamente de seus órgãos para o que o Estado cumpra a política de saúde de transplantes de órgãos e tecidos, também não é uma forma de exploração?

A resposta é positiva, pois configura-se sim uma forma de intervir indevidamente no corpo alheio, já que o Estado se vale do corpo do doador sem qualquer compensação para este. Espera-se que as pessoas diminuam sua integridade corporal apenas com o senso de altruísmo por ajudar o próximo, contudo, Estado e sociedade não deixam de ter contrapartidas, pois o Estado cumpre com seu dever fundamental de prover saúde e a sociedade se protege de comportamentos moralmente tidos como reprováveis, tudo à custa de um ato de autolesão altruísta do doador.

Entretanto, o objetivo constitucional de prover transplantes de órgãos sem qualquer comercialização tem falhado. Segundo relatório da Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos, há (no primeiro trimestre de 2020) 37.818 pacientes ativos em lista de espera

24 TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**. 2011, p. 37.

25 SÁ, Maria Oliveira de; OLIVEIRA, Lucas Costa de. Mercado regulado de órgãos: uma possibilidade contra o tráfico? **Quaestio Juris**, vol. 10, n. 01, Rio de Janeiro, 2017. [on-line]. <Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/22052>>. Acesso em 02 de outubro de 2020, p. 441.

e,²⁶ no gráfico da página 13, encontra-se a recusa como principal das “Causas da não concretização da doação de órgãos de potenciais doadores notificados nos estados brasileiros, entre janeiro e março de 2020”.

Mesmo que se esteja diante de alguém em risco de vida por necessitar de transplante, “Pesquisas apontam como problema grave, que impede o maior crescimento dos transplantes, a recusa dos familiares de potenciais doadores para a doação de órgãos e tecidos”.²⁷ Ou seja, condutas egoístas fazem parte da rotina dos transplantes, posto que, conforme o citado Registro Brasileiro de Transplantes, a taxa nacional de recusa familiar está em 36%.²⁸

Não há como negar que a negativa em doar, seja por parte de um doador vivo, ou da família do falecido, tem vários motivos social e culturalmente relevantes, mas, no fim, todos partem do “ego” e não do “alter”. E por que negar a doação, dada a diversidade de conceitos morais da humanidade, “se há quem assuma os riscos de doar um órgão tendo em vista os benefícios esperados (altruísticos ou egoísticos)”?²⁹ A questão posta não busca uma tensão entre uma conduta ética baseada em interesses egoístas ou altruístas, mas demonstrar que, os dois modelos – com ou sem compensação – possam ser agregados ao Sistema Nacional de Transplantes.

É claro que para “haver o entendimento do público e a aceitação do transplante e da doação de órgãos pela comunidade, é importante salientar que muitas mudanças socioculturais são necessárias”³⁰, sendo que a principal mudança deve vir do padrão de conduta altruística exigida na norma e se permitir compreender que é do interesse público que, para a efetividade da política de transplante, sejam aceitas outras formas de relação com o corpo no transplante de órgãos e tecidos, afora da doação:

“De fato, a fundamentação dos direitos da personalidade será reconduzida para a ética da autonomia. Nela, pessoas dotadas de historicidade, produzem, voluntariamente, normas de direito positivo, que, por sua vez, também serão dotadas de historicidade (vinculadas a espaço e tempo), e compartilhadas por sujeitos de direito capazes de

26 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS. Dados Numéricos da doação de órgãos e transplantes realizados por estado e instituição no período: JANEIRO/MARÇO de 2020. **Registro Brasileiro de Transplantes**, ano XXVI, n. 1. Disponível em <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2020/RBT-2020-1trim-leitura.pdf>>. Acesso em 4 de outubro de 2020, p. 15.

27 DALBEM, Giana Garcia; CAREGNATO, Rita Catalina. Doação de órgãos e tecidos para transplante: recusa das famílias. *Texto e Contexto Enfermagem*, vol. 19, n.4, Florianópolis, Oct./Dec. de 2010. [on-line]. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/tce/v19n4/16.pdf>>. Acesso em 02 de outubro de 2020, p. 729.

28 Inclusive, no editorial do relatório há a informação de que é a primeira vez que a não autorização familiar está abaixo dos 40%.

29 STANCIOLI, Brunello Stancioli; CARVALHO, Nara Pereira Carvalho, RIBEIRO, Daniel Mendes; LARA, Mariana Alves. O Sistema Nacional de Transplantes: saúde e autonomia em discussão. **Revista De Direito Sanitário**, volume 11, n. 3, 2011. [on-line]. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13225>>. Acesso em 1.º de outubro de 2020, p. 147.

30 ROZA, Bartira De Aguiar; GARCIA, Valter Duro; FARIA, BARBOSA, Sayonara de Fátima Faria; MENDES, Karina Dal Sasso; SCHIRMER, Janine Schirmer. Doação de órgãos e tecidos: relação com o corpo em nossa sociedade. **Revista Acta Paulista de Enfermagem**, volume 23, n. 3, maio-junho de 2010. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002010000300017&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em 03 de outubro de 2020, p. 418.

Dentre as possibilidades jurídicas de normas produzidas na autorregulação dos direitos da personalidade, no atual momento histórico de escassez e recusa de doadores, seria a possibilidade de o indivíduo estabelecer regras econômicas para o seu corpo. Não é estranho ao ordenamento jurídico tal situação, como reconhecido pelo Superior Tribunal no Habeas Corpus n. 211.888/TO:

[...]

3. A figura típica em apreço relaciona-se com uma atividade que padece de inegável componente moral relacionado aos “bons costumes”, o que já reclama uma releitura do tema, mercê da mutação desses costumes na sociedade hodierna e da necessária separação entre a Moral e o Direito.

4. Não se pode negar proteção jurídica àquelas (e àqueles) que oferecem serviços de cunho sexual em troca de remuneração, desde que, evidentemente, essa troca de interesses não envolva incapazes, menores de 18 anos e pessoas de algum modo vulneráveis e desde que o ato sexual seja decorrente de livre disposição da vontade dos participantes e não implique violência (não consentida) ou grave ameaça.”³²

Não se pode ceder à hipocrisia de separar o direito e a moral no caso de serviços sexuais, pelos quais entendeu o STJ ser possível a remuneração pela disposição do corpo, com fins de amparar juridicamente os indivíduos que se prostituem, e negar amparo jurídico a uma relação que busca salvar a saúde e vida de alguém, por meio de transplante de órgãos e tecidos, somente pelo fato de haver uma compensação.

Sandels coloca uma importante reflexão sobre certos bens serem transformados em mercadoria:

“Algumas coisas boas da vida são corrompidas ou degradadas quando transformadas em mercadoria. Desse modo, para decidir em que circunstâncias o mercado faz sentido e quais aquelas em que deveria ser mantido a distância, temos de decidir que valor atribuir aos bens em questão – saúde, educação, vida familiar, natureza, arte, deveres cívicos e assim por diante.”³³

É certo que a sociedade deve enfrentar o tema, mas erra Sandels em pensar soluções únicas, homogêneas. Certos bens da vida não podem ter valores diversos conforme as normas morais de cada um? Há pessoas que entendem que o mercado

31 STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira. Da integridade física ao livre uso do corpo: releitura de um Direito da Personalidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Teoria Geral de Direito Civil**. 2011, p. 267.

32 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas corpus n. 211.888/TO. Impetrante: VALDEON BATISTA PITALUGA - DEFENSOR PÚBLICO. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE TOCANTINS. PACIENTE: J. D. DE S. Ministro relator: Rogério Schietti Cruz. Data do julgamento: 17 de maio de 2015. Data da publicação: 07 de junho de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101529522&dt_publicacao=07/06/2016>. Acesso em 04 de outubro de 2020.

33 SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. 2008, p. 16.

corrompe tais bens, como o corpo, da mesma forma que há pessoas que entendem não haver corrupção. Uns podem entender que o corpo é sagrado, outros não.

Se o Estado adota a diversidade de normas morais de seus cidadãos ao invés de impor uma solução moral por via legislativa, bem como se o Estado passa a se preocupar com o ato externo de viabilizar órgãos e tecidos e não com o conteúdo interno (se pelo egoísmo da remuneração ou pelo simples altruísmo de salvar alguém), não se precisará responder a seguinte pergunta: *O corpo é sagrado ou sagrado é fazer o que quiser com o próprio corpo?*³⁴ Não importa, tanto quem entende pela sacralidade quanto quem não é partícipe de tal ideologia poderão ser potenciais doadores ou vendedores.

O direito não tem a finalidade messiânica de impor conteúdo moral aos cidadãos, ou seja, o direito não pode ser usado para impor virtudes a comportamentos privados. Sobre a imposição da cláusula de bons costumes, Castro defende que:

“O problema reside, contudo, nos atos de autonomia corporal de eficácia interpessoal ou social, nos quais o exercício da situação subjetiva produz lesão ou ameaça de lesão à esfera jurídica de terceiros concretamente identificados ou de um número indefinido de pessoas. É sobre essa situação que a incidência da cláusula de bons costumes pode se fazer necessária, limitando a autonomia corporal a fim de garantir o gozo recíproco dos espaços de liberdade.”³⁵

Se o ato de comercializar partes do corpo corrompe este bem da vida, como defende Sandes, o direito não tem como evitar que alguém, que por sua ideologia não vê óbice na mercantilização do corpo, cause esta corrupção a si mesmo. Um mercado de órgãos regulado não serviria para impor virtudes ou bons costumes, mas para não permitir que os polos causem danos ao outro, deixando que cada parte tenha autonomia de decidir o que é virtuoso/bom ou vício/mau para si mesmo.

Um dos principais objetivos da proposta de um mercado regulado seria corrigir uma das principais falhas geradas pelo modelo de altruísmo forçado – o mercado ilegal de órgãos:

“A escassez aliada à proibição de qualquer tipo de mercantilização de órgãos são fatores primordiais para o aumento do tráfico. Ora, se não há órgãos disponíveis para todos, duas opções surgem: 1) optar pela legalidade, adequando-se ao sistema de transplante vigente; 2) optar pela ilegalidade, buscando meios escusos para a obtenção de enxertos.”³⁶

Em um mercado regulado o apelo da opção por meios escusos diminuiria

34 SÁ, Maria Oliveira de; OLIVEIRA, Lucas Costa de. Mercado regulado de órgãos: uma possibilidade contra o tráfico? **Quaestio Juris**, vol. 10, n. 01, Rio de Janeiro, 2017. [on-line]. <Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/22052>>. Acesso em 02 de outubro de 2020, p. 441.

35 CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros. **Bons costumes no Direito Civil Brasileiro**. 2017, p. 211.

36 SÁ, Maria Oliveira de; OLIVEIRA, Lucas Costa de. Mercado regulado de órgãos: uma possibilidade contra o tráfico? **Quaestio Juris**, vol. 10, n. 01, Rio de Janeiro, 2017. [on-line]. <Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/22052>>. Acesso em 02 de outubro de 2020, p. 434-435.

consideravelmente, uma vez que a mesma opção existiria na legalidade, a qual teria ainda as vantagens de não ter de se submeter a um ato ilícito, a segurança nas informações para um consentimento livre e esclarecido, procedimentos com responsabilidade civil, ética e técnica pela equipe de transplante, além de, como afirmam Erin e Harris, “qualquer esquema comercial tem de ser construído com salvaguardas contra exploração injusta e mostrar preocupação pelo vulnerável [...]”.³⁷

Entre as possíveis injustiças está a vulnerabilidade de pessoas pobres serem exploradas. A preocupação é justa, contudo, nas palavras de Savulesco, a pobreza não deve ser um empecilho para que a pessoa participe de um mercado regulado de órgãos, pois seria “uma dupla injustiça dizer a uma pessoa pobre: “você não pode ter o que a maioria das pessoas têm e nós não vamos deixar que você faça o que você quiser para ter estas coisas.”³⁸

A existência de vulnerabilidades não deve gerar normas que proíbam por completo a sua participação em um mercado regulado, mas sim construir salvaguardas por meio de rígidos parâmetros éticos, como a proposta de mercado ético de órgãos humanos feita por Erin e Harris:³⁹ a) um único comprador (um intermediador, como um órgão estatal) para não haver contato direto entre vendedor e receptor com fins de evitar a exploração, bem como para a distribuição equitativa dos órgãos e tecidos; b) o mercado estaria confinado a residentes de determinada região geopolítica – também uma regra para evitar a exploração de pessoas em nações pobres; c) Testes, controles e proveniência segura dos órgãos; d) Valores altos para compensar a diminuição da integridade física do vendedor. As restrições são importantes porque as mudanças socioculturais não ocorrem velozmente e, no presente momento histórico, *a proposta é restrita para dar uma maior chance de sucesso político*.⁴⁰

O conteúdo ético de tal proposta certamente busca evitar que as vulnerabilidades do receptor e vendedor não sejam objeto de exploração injusta, conteúdo este já presente na atual legislação (lei 9.434/97) em relação aos limites da manipulação do corpo do doador e da necessária e indispensável terapia para o receptor, os quais em nada mudariam em um mercado regulado:

“Art. 9º [...]

[...]

§ 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça

37 ERIN, Charles A.; HARRIS, John. An ethical market in human organs. **Jornal of Medical Ethics**, volume 29, n. 3, 2003. [on-line]. Disponível em: <<https://jme.bmj.com/content/medethics/29/3/137.full.pdf>>. Acesso em 03 de outubro de 2020, p. 137. (Tradução nossa).

38 SAVELASCU, J. Is the sale of body parts wrong. **Jornal of Medical Ethics**, volume 29, n. 3, 2003. [on-line]. Disponível em: <<https://jme.bmj.com/content/medethics/29/3/137.full.pdf>>. Acesso em 03 de outubro de 2020, p. 139. (Tradução nossa).

39 ERIN, Charles A.; HARRIS, John. An ethical market in human organs. **Jornal of Medical Ethics**, volume 29, n. 3, 2003. [on-line]. Disponível em: <<https://jme.bmj.com/content/medethics/29/3/137.full.pdf>>. Acesso em 03 de outubro de 2020, p. 137. (Tradução nossa).

40 RICHARDS, J, RADCLIFFE. An ethical market in human organs. **Jornal of Medical Ethics**, volume 29, n. 3, 2003. [on-line]. Disponível em: <<https://jme.bmj.com/content/medethics/29/3/137.full.pdf>>. Acesso em 03 de outubro de 2020, p. 140. (Tradução nossa).

o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.”⁴¹

Contudo, a proposta analisada não compreende se a pessoa não puder arcar com a compensação do vendedor. O modelo do Irã de comércio de rins pode ser usado como paradigma em nosso ordenamento, no qual “os receptores pobres, incapazes de pagar os custos médicos (o órgão, em si, é pago pelo Estado), têm as despesas subsidiadas, e são igualmente elegíveis para receber um transplante”⁴², já que a prestação da saúde é um direito de todos e dever fundamental do Estado por meio do Sistema Único de Saúde, com acesso universal e igualitário.

Vê-se que é possível superar a escassez de órgãos por meio de um mercado regulado de forma ética. A doação altruística, além de ser insuficiente, não é a única matriz ética que se pode buscar para dar consecução à política de transplantes. O mercado devidamente regulado para proteger a vulnerabilidade de quem vende partes do seu corpo e da vulnerabilidade de quem necessita de um transplante, pode e deve ser encarado como um instrumento a serviço da saúde das pessoas e não o contrário, como pessoas sendo objeto de exploração econômica.

Quanto à perda da virtude do altruísmo, defendem Erin e Harris que:

“Os vendedores de órgãos saberiam que salvaram uma vida e seriam razoavelmente compensados por seu risco, tempo e altruísmo, o qual não seria diminuído pela venda. Afinal, nós não desconsideramos a medicina como uma profissão de cuidados porque doutores são pagos.”⁴³

Desconsiderar o altruísmo de quem se submete voluntariamente aos riscos de um transplante de órgãos não é apenas uma falha do modelo legal, mas uma falha de percepção cultural do conceito de alteridade. Todos dentro da cadeia de transplantes são remunerados e o único não compensado é quem viabiliza salvar a vida e saúde do receptor. Não há nada de moralmente reprovável naquele que se responsabiliza por outro sem deixar de pensar também em si.

Enfim, permanecer no erro é desprezar o sofrimento e a saúde de quem necessita de um transplante quando um mercado regulado e ético poderia ser somado à política estatal, sem hipocrisias de uma sociedade que pretende que o Estado seja um tutor moral de seus membros. Tal mercado deve ser cobrado como uma possível solução, principalmente

41 BRASIL. Lei 9.434/97. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em 03 de outubro de 2020.

42 STANCIOLI, Brunello Stancioli; CARVALHO, Nara Pereira Carvalho, RIBEIRO, Daniel Mendes; LARA, Mariana Alves. O Sistema Nacional de Transplantes: saúde e autonomia em discussão. **Revista De Direito Sanitário**, volume 11, n. 3, 2011. [on-line]. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13225>>. Acesso em 1.º de outubro de 2020, p. 148.

43 ERIN, Charles A.; HARRIS, John. An ethical market in human organs. **Jornal of Medical Ethics**, volume 29, n. 3, 2003. [on-line]. Disponível em: <<https://jme.bmj.com/content/medethics/29/3/137.full.pdf>>. Acesso em 03 de outubro de 2020, p. 137. (Tradução nossa).

devido ao atual modelo ser, intrinsecamente, violador do direito constitucional à saúde de quem está na lista de transplantes, pois, em razão de uma norma estatal, depende da bondade de terceiros para sua cura ou terapia.

CONCLUSÃO

O corpo é um bem personalíssimo e seu titular não deve satisfações à sociedade de como exerce sua integridade corporal. Cabe apenas à sociedade tolerar as regras impostas pela pessoa na autorregulação dos atributos da sua personalidade como o corpo, sendo irrelevantes os motivos de sua autonomia existencial quando não há prejuízo concreto a bens de terceiros.

Não há como estabelecer limites prévios ao poder de autorregulação do corpo quando a conduta se limita ao âmbito existencial ou patrimonial de seu titular. Contudo, é possível estabelecer limites prévios ao poder de regulação estatal. Um desses limites é a abstenção de impor padrões morais quando não há justificativa concreta e de ordem pública para afastar a autonomia na vida privada.

Interesse público não se confunde com interesse privado da maioria da população, fato este que impede o Estado de avocar tais interesses e transformá-los em normas jurídicas e, com isso, submeter minorias ao controle moral de majorias com poder material para influenciar a produção de leis.

O Estado também não deve usar o princípio da dignidade como limite prévio e genérico da autorregulação do corpo. A dignidade é um valor da humanidade, inerente a todos os seres humanos. Ela não é imposta, mas buscada por cada um em seu projeto de vida.

A dignidade forçada pelo Estado direciona a autorrealização das pessoas em um âmbito da vida na qual a sociedade e Estado não adentram: o direito de buscar uma vida boa, conforme sua legislação moral, sem se sujeitar a conceitos alheios do que é virtuoso ou viciado. O atual modelo de proibição de qualquer forma de comercialização de órgãos e tecidos deriva desta noção de que a dignidade é imposta pelo Estado, porém é um modelo falho, o qual limita que pessoas de outras concepções morais sobre o corpo possam participar da política pública de transplantes. Também não deixa de ser um modelo explorador do particular ao fazer uso do corpo alheio, com riscos para a vida e integridade física dos cidadãos sem qualquer compensação, para que o Estado possa alcançar um dever seu de prover saúde.

O Estado deve afastar-se de figurar como tutor moral dos indivíduos, pois tal modelo de tutela, um claro paternalismo estatal de adultos autônomos e legisladores morais, é comprovadamente nocivo para o cumprimento de um objetivo constitucional do Estado, que é prestar saúde para os que necessitam de transplante.

Por outro lado, a autonomia como geradora de condutas heterogêneas pode contribuir para superar a escassez de órgãos e tecidos ao permitir que tanto quem considera o corpo sagrado, como quem acredita que a comercialização de partes do corpo não corrompe este bem da vida, possam ser potenciais doadores ou vendedores.

O modelo de mercado de órgãos proposto por Erin e Harris é um modelo ético porque enfrenta as questões morais e jurídicas da exploração. É também restrito devido aos limites de um único comprador e distribuidor, limitações geográficas e controle dos órgãos, para que a sociedade possa aceitar a proposta de alteração do paradigma histórico e cultural da sacralidade do corpo, para um paradigma da autonomia na criação de regras econômicas para o corpo.

Qualquer modelo proposto terá limitações e não estará a salvo de críticas, mas é essencial que se construa o debate público visando a criação de um novo objetivo constitucional quanto à possibilidade de comercialização de órgãos.

O atual modelo de heteronomia fundada na dignidade e altruísmo forçados tem se demonstrado falho como comprovam as estatísticas sobre a lista de espera e potenciais doadores. Permanecer nele é dar carta branca ao Estado brasileiro para violar o seu dever de prover uma política eficaz para quem necessita de um transplante de órgão e colocar a culpa da falha em seus cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ricardo Tavares de. **Autonomia privada, sujeito coletivo e afirmação do direito ao corpo dos povos indígenas**. 2023. 169 f. Tese (Doutorado em Direito e Justiça). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS. Dados Numéricos da doação de órgãos e transplantes realizados por estado e instituição no período: JANEIRO/MARÇO de 2020. **Registro Brasileiro de Transplantes**, ano XXVI, n. 1. Disponível em <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2020/RBT-2020-1trim-leitura.pdf>>. Acesso em 4 de outubro de 2020.

BÍBLIA SAGRADA ONLINE. **Novo testamento**. Disponível em: <https://www.bibliaon.com/versiculo/1_corintios_6_19-20/>. Acesso em 03 de outubro de 2020.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 03 de outubro de 2020.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03 de outubro de 2020.

BRASIL. Lei 9.434/97. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em 03 de outubro de 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas corpus n. 211.888/TO. Impetrante: VALDEON BATISTA PITALUGA - DEFENSOR PÚBLICO. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE TOCANTINS. PACIENTE: J. D. DE S. Ministro relator: Rogério Schietti Cruz. Data do julgamento: 17 de maio de 2015. Data da publicação: 07 de junho de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101529522&dt_publicacao=07/06/2016>. Acesso em 04 de outubro de 2020.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros. **Bons costumes no Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017.

DALBEM, Giana Garcia; CAREGNATO, Rita Catalina. Doação de órgãos e tecidos para transplante: recusa das famílias. **Texto e Contexto Enfermagem**, vol. 19, n.4, Florianópolis, Oct./Dec. de 2010, p. 728-735. [on-line]. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/tce/v19n4/16.pdf>>. Acesso em 02 de outubro de 2020.

ERIN, Charles A.; HARRIS, John. An ethical market in human organs. *Jornal of Medical Ethics*, volume 29, n. 3, 2003a, p. 137–138. [on-line]. Disponível em: <<https://jme.bmj.com/content/medethics/29/3/137.full.pdf>>. Acesso em 03 de outubro de 2020.

GRAUS, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

LARA, Mariana. **O direito à liberdade de uso e (auto)manipulação do corpo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

MONTEIRO, Dáfini. **A influência da bancada evangélica no ordenamento jurídico brasileiro: do processo legislativo ao projeto de poder religioso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre as concepções de personalidade e de dignidade humana: as teses de Robert Spaemann e de Ronald Dworkin. In: QUEIROZ, Mônica et al (org.). **Direito Civil em debate: reflexões críticas sobre temas atuais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

PRETE, Esther Kùlkamp. Por que surgiu a legística? Antecedentes históricos de seu surgimento. In: SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Kùlkamp Eyng (orgs.). **O que é legística**. Florianópolis: Tribo Ilha, 2019, p. 32.

RICHARDS, J, RADCLIFFE. An ethical market in human organs. **Jornal of Medical Ethics**, volume 29, n. 3, 2003, p. 139–140. [on-line]. Disponível em: <<https://jme.bmj.com/content/medethics/29/3/137.full.pdf>>. Acesso em 03 de outubro de 2020.

ROE V. WADE. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1971/70-18>>. Acesso em 03 de outubro de 2020.

ROZA, Bartira De Aguiar; GARCIA, Valter Duro; FARIA, BARBOSA, Sayonara de Fátima Faria; MENDES, Karina Dal Sasso; SCHIRMER, Janine Schirmer. Doação de órgãos e tecidos: relação com o corpo em nossa sociedade. **Revista Acta Paulista de Enfermagem**, volume 23, n. 3, maio-junho de 2010, p. 418-422. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002010000300017&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em 03 de outubro de 2020.

SÁ, Maria Oliveira de; OLIVEIRA, Lucas Costa de. Mercado regulado de órgãos: uma possibilidade contra o tráfico? **Quaestio Juris**, vol. 10, nº. 01, Rio de Janeiro, 2017, p. 434-453. [on-line]. <Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/>>

article/view/22052>. Acesso em 02 de outubro de 2020.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. 10.^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

SARAH, Holtman. Autonomia e o reino dos fins. **Studia Kantiana**, v. 13, n. 19, p. 105-126, dezembro de 2015, tradução de Rafael Rodrigues Pereira. [on-line]. Disponível em: <<http://www.sociedadekant.org/studiakantiana/index.php/sk/article/view/223>>. Acesso em 02 de outubro de 2020.

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

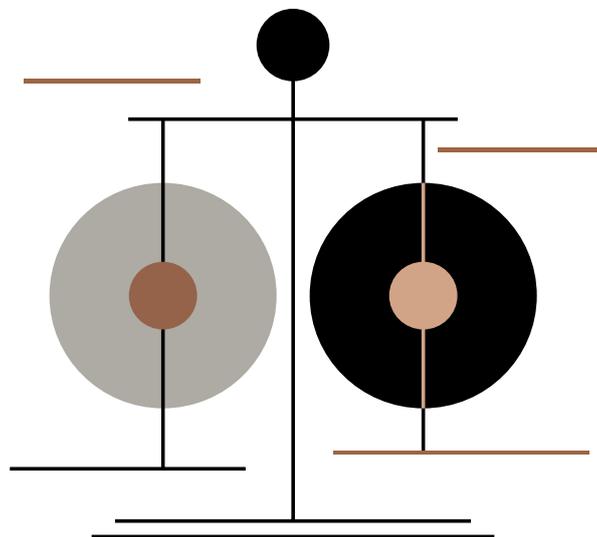
SAVELASCU, J. Is the sale of body parts wrong. **Jornal of Medical Ethics**, volume 29, n. 3, 2003, p. 138–139. [on-line]. Disponível em: <<https://jme.bmj.com/content/medethics/29/3/137.full.pdf>>. Acesso em 03 de outubro de 2020.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira. Da integridade física ao livre uso do corpo: releitura de um Direito da Personalidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Teoria Geral de Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

STANCIOLI, Brunello Stancioli; CARVALHO, Nara Pereira Carvalho, RIBEIRO, Daniel Mendes; LARA, Mariana Alves. O Sistema Nacional de Transplantes: saúde e autonomia em discussão. **Revista De Direito Sanitário**, volume 11, n. 3, 2011, 123-154. [on-line]. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13225>>. Acesso em 1.^o de outubro de 2020.

12.



ABANDONO AFETIVO E DANO MORAL: UMA ANÁLISE SOBRE OS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO PATERNO-FILIAL

INTRODUÇÃO

O conceito de família sofreu significativa mutação ao longo da história da humanidade. Desde os primórdios do Direito Romano com a figura do *pater familias*, que atuava como possuidor de todos os membros da família independentemente de idade ou estado civil, passando pelas modificações trazidas pelo Direito Canônico, que conferiu valor de destaque para o casamento, entre as inúmeras alterações ocorridas ao longo do tempo buscando acompanhar a realidade social vigente.

No prisma do direito brasileiro, o Código Civil de 1916 trouxe em seu bojo o conceito de família atrelado ao casamento formal e à consanguinidade. Tendo em vista as mudanças sociais e a latente realidade nacional de 12,7 milhões de famílias monoparentais¹, mostrou-se indispensável a alteração deste conceito.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) trouxe como inovação a adição do conceito de união estável inserindo-o no ideal de família. Assim o vocábulo “família” passou a abranger todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. A doutrina e a jurisprudência brasileira tendem a ampliar cada vez mais o conceito de família, a fim de que seja possível abranger as situações não trazidas pelo Código Civil e pela CRFB/1988.

As relações familiares na atualidade passaram a ser conceituadas em torno da afetividade, de modo que o abandono afetivo pode ser identificado quando há uma omissão materna ou paterna no dever legal da guarda, educação e sustento, mas para além disso quando a presença emocional essencial torna-se ausente acarretando danos imateriais à formação dos indivíduos.

O direito à convivência familiar é essencial para a garantia do desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes, de modo que estas estejam aptas a usufruir de forma plena dos demais direitos assegurados em lei como, por exemplo, o direito à vida, à saúde, à educação, entre outros.

A CRFB/188 afirma em seu art. 226 que a “família é a base da sociedade” e que compete a ela, ao Estado, à sociedade em geral e às comunidades “assegurar à criança e ao adolescente o exercício de seus direitos fundamentais”.

Portanto, se faz preciso lançar olhar de atenção sobre as crianças e adolescentes envolvidas nesta realidade, garantindo iniciativas em busca da convivência saudável em família, não apenas da filiação para com os pais, mas sim a inserção destes em todo

¹ Para cada família monoparental com filhos chefiada por homem, há 6 chefiadas por mulheres. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/para-cada-familia-monoparental-com-filhos-chefiada-por-homem-ha-6-chefiadas-por-mulheres/>>. Acesso em: 17 fev. 2024.

o contexto familiar, de certo que o amor não pode ser imposto pelo regime legal mas o cuidado, do contrário, é obrigação.

Neste estudo, será adotado o método bibliográfico-documental como abordagem de pesquisa para a obtenção de dados. A redação do artigo será fundamentada em fontes como livros, artigos, websites e textos, os quais servirão como base para a pesquisa e fornecerão informações relevantes, visando atingir o objetivo central mencionado anteriormente.

1. CONCEITO DE INSTITUIÇÃO FAMILIAR

É premissa básica, que ao receber o “dom da vida”, todos os indivíduos, estão ligados à família de diferentes formas. Além de laços sanguíneos, os laços emocionais estabelecidos ao longo de toda a vida desempenham um papel imprescindível na construção do que definimos como família.

Seja pelo caráter de perpetuação da espécie ou pela aversão à solidão, o ser humano naturalmente agrupou-se visando o alcance dos objetivos citados. O fato é que a definição do que é considerado família perpassa as meras conceituações estáticas, haja vista a sua concepção tem acompanhado as constantes transformações que permeiam a sociedade.

É certo que, sob a ótica jurídica, é possível inferir que o Estado se utiliza do direito a fim de regular as relações interpessoais, tendo como limite o respeito à dignidade humana, o direito à liberdade, e à igualdade de todos e de cada um.

O Direito de Família, nas palavras de Maria Berenice Dias², “não tem o dom de aprisionar e conter os desejos, as angústias e as emoções, as realidades e as inquietações do ser humano (...)” e é neste cenário que o legislador criou institutos que apenas descrevem valores, tendo como norte o uso dos direitos humanos.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³ ensinam que a família é, sem sombra de dúvida, o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo, é na sua ambiência em que vivenciamos as nossas maiores angústias, frustrações, traumas e medos.

Assim temos que o conceito de família mudou demasiadamente ao longo dos anos, acompanhando a evolução da sociedade, e assim também fez o Direito, restaurando conceitos e definições com rapidez e prontidão, na intenção de se adequar às novas demandas, uma vez que este deve servir a humanidade e não o contrário.

1.1. Evolução do conceito de família no ordenamento jurídico

Conforme citado anteriormente tornou-se inviável estabelecer um modelo familiar uniforme, sendo necessário traduzi-lo de acordo com as modificações trazidas pelo tempo. Assim, cada doutrinador, cada legislador deu ao conceito de família o peso e o significado

2 DIAS, Maria Berenice. “Manual de Direito das Famílias”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.31.

3 GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA, Rodolfo. “Novo Curso de Direito Civil 6: Direito de Família”. Saraiva Educação S.A., 2015, p.38.

de acordo com a realidade social em que estava inserido.

O antigo Código Civil, de 1916, tinha uma visão extremamente conservadora e limitada, reduzindo a família ao casamento, além de impedir a sua dissolução, fazer distinção entre os seus membros e lançar olhar discriminatório sobre as relações estabelecidas sem o matrimônio e aos filhos frutos dessas relações.

Como expoente da mudança legislativa há de se destacar a CRFB/1988, que trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro o ideal de igualdade entre o homem e a mulher, abrangendo de forma semelhante todos os membros a fim de garantir-lhes igual proteção⁴.

Assim firmou conceitos imprescindíveis na atualidade como a “união estável”, “família monoparental”, além de preceituar a igualdade entre os filhos, havidos ou não na constância do casamento. À vista disto, Luiz Edson Fachin⁵ endossa que o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do Direito de Família após a CRFB/1988.

As atualizações trazidas pelo Código Civil de 2002, na seara do Direito de Família, não foram impactantes, serviram apenas para a alteração de expressões e conceitos que não compactuavam mais com a ordem jurídica⁶. Destaca-se a Emenda Constitucional nº 66/2010 que extinguiu o conceito de separação e instituiu o divórcio como a única maneira de dar fim ao casamento.

A EC nº 66/2010, deu nova redação ao art. 226, §6º da CRFB/1988, eliminou o requisito temporal para requerer o divórcio, seja ele consensual ou litigioso, e determinou o fim da necessidade de prévia separação judicial para o divórcio, firmando o entendimento de que o divórcio é um direito potestativo bastando que apenas um dos cônjuges manifeste seu desejo para que seja decretado.⁷

Consoante ao disposto nesta Emenda, o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou, em recente decisão, que a exigência de separação judicial não é um requisito para o divórcio. No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1167478 prevaleceu o entendimento do relator, ministro Luiz Fux, no sentido de que a alteração constitucional simplificou o rompimento do vínculo matrimonial e eliminou as condicionantes.

Ao longo dos anos, o Direito de Família sofreu adaptações e alguns avanços foram alcançados, como melhorias significativas de ordem conceitual e classificatória, a fim de se manter sempre próximo à realidade social. No entanto, ainda há muito a ser feito a fim de sanar os problemas que assolam grande parte das famílias atuais.

4 Artigo 5º da CRFB/1988: 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.

5 FACHIN, Luiz Edson. “Da paternidade: relação biológica e afetiva”. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.83.

6 DIAS, Maria Berenice. “Manual de Direito das Famílias”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.37.

7 Silva, Regina. “Culpados e Inocentes: Culpa deve ser decretada na separação e divórcio”. São Paulo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-mai-05/pos-ec-662010-culpa-decretada-separacao-divorcio/>>, 2011.

2. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À CONVIVÊNCIA EM FAMÍLIA

A CRFB/1988 traz em seu art. 226 que a “família é a base da sociedade” e que compete a ela, ao Estado, à sociedade em geral e às comunidades “assegurar à criança e ao adolescente o exercício de seus direitos fundamentais”.

A doutrina tem adotado a tendência de designar princípios constitucionais para nortear o Direito de Família, segundo Paulo Lôbo⁸ destacam-se como tais fundamentos os princípios basilares da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, juntamente com os princípios gerais da igualdade, da liberdade, da afetividade, da convivência familiar e o melhor interesse da criança e do adolescente. É imperativo ressaltar, ainda, o princípio da paternidade responsável, que emerge como um alicerce de importância crucial para a proteção integral do infante.

Destacaremos aqui os princípios da afetividade, da paternidade responsável e sobretudo o princípio da convivência familiar. A CRFB/1988 no art. 226, §7º, versa sobre a necessidade de haver a responsabilização do homem e da mulher que decidem procriar. É dever destes priorizar o bem estar físico, psíquico e espiritual da criança que irá nascer, assim fundamenta o planejamento familiar para que o infante seja inserido em um meio saudável e propício para a sua criação, capaz de garantir todos os direitos inerentes à criança e ao adolescente.

Deste modo, a responsabilidade dos pais para com a sua prole atual ou a que ainda está por vir se mostra vitalícia, vinculando-os a todas as situações jurídicas existenciais e patrimoniais relacionadas aos seus filhos.

Não se pode perder de vista o princípio da afetividade, um dos mais importantes princípios constitucionalizados no Direito de Família, sendo este o responsável por dar primazia às relações socioafetivas, está implicitamente presente na CRFB/1988, derivando diretamente dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana⁹ e da solidariedade¹⁰, bem como dos princípios que regem a convivência familiar e a igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos.

Neste cenário, lançamos luz ao princípio da convivência familiar e comunitária que para além de um princípio constitucional, está também postulada no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Este princípio busca alcançar mais do que apenas a inserção dentro de um leito familiar, mas salvaguarda o direito a um desenvolvimento saudável durante a fase de crescimento em que está sendo moldada a habilidades psicológicas e sociais dos infantes.

Consoante a estas disposições, Viviane Girardi afirma que “a convivência em família

8 LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Famílias. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 24, jun/jul 2004, p.155.

9 Art. 1º, III da CRFB/1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana (...).”

10 Art. 3º, I da CRFB/1988: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária (...).”

permite à criança a percepção de que é amada, de que alguém dela se ocupa e com ela se preocupa”¹¹, portanto este direito envolve não apenas a possibilidade de ter uma família, mas sim a prerrogativa de receber destes atenção, cuidados e carinho.

A CRFB/1988 trouxe inovações conceituais e principiológicas ao Direito de Família, conferindo sobretudo maior proteção aos interesses dos infantes, prezando pela ampla convivência destes com sua família para o estabelecimento de laços afetivos entre os entes que compõem o seio familiar.

Foi então que, a partir da nova ordem Constitucional, o Direito da Família passou a ser Direito das Famílias, como refere Jones Figueirêdo Alves, apenas uma consoante a mais é capaz de sintetizar a magnitude das famílias em suas multifacetadas formações¹², “assim a expressão direito das famílias é a que melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção as famílias, todas elas, sem discriminação, tenha a formação que tiver.”¹³

3. O IMPACTO DO ABANDONO AFETIVO NA PROTEÇÃO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

A família quando compreendida como entidade tende a buscar o desenvolvimento de seus entes, trazendo consigo uma nova feição fundada na solidariedade e no afeto.

No que interesse para o presente estudo, no entanto, o afeto será analisado a partir da perspectiva da ausência parental, isto porque “a missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos infantes, não se limita a vertentes patrimoniais”.¹⁴

O abandono afetivo “pode ser configurado quando há um comportamento omissivo, contraditório ou de ausência de quem deveria exercer a função afetiva na vida da criança ou do adolescente”¹⁵. A CRFB/1988 prevê em seu texto que cabe aos pais o dever de assegurar aos seus filhos o direito à dignidade e à convivência familiar¹⁶, obrigação essa replicada nos Arts. 4º e 19º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

11 GIRARDI, Viviane. Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 107-108.

12 ALVES, Jones Figueirêdo. “Abuso de direito no direito de família”. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 481-506.

13 DIAS, Maria Berenice. “Manual de Direito das Famílias”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.34.

14 DIAS, Maria Berenice. “Manual de Direito das Famílias”. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.65-66.

15 BASTOS, Eliene Ferreira. A Responsabilidade Civil pelo Vazio do Abandono. In. _____: BASTOS, Eliene Ferreira. LUZ, Antônio Fernandes da. (Coord.) *Família e Jurisdição II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 70. v.II.

16 Art. 229 da CRFB/1988: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”.

Art. 19º. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Neste sentido, é possível concluir que criar e cuidar são ações que se completam, sendo que a primeira refere-se à forma como se conduzirá o processo de formação dos filhos, enquanto a segunda versa sobre a garantia de que este processo ocorrerá da maneira mais adequada possível. Uma vez que os genitores se mostram incapazes de cumprir com esse dever o Estado passará a ser o responsável, tomando as medidas cabíveis em lei a fim de assegurar o bem estar do infante¹⁷.

As marcas e impactos deixados pelo abandono afetivo parental muitas vezes são invisíveis, mas causam danos severos para a formação do indivíduo, não somente na esfera familiar mas sendo capazes de impactar as relações como um todo, acarretando “baixa autoestima, sintomas de rejeição, rendimento escolar insuficiente e outras consequências que podem perdurar durante o resto da vida, afetando sua trajetória social e profissional”.¹⁸

No entendimento de Canezin, “a família, sendo o primeiro núcleo social do ser humano, fornece as experiências humanas, valores e critérios de conduta que servirão de referência ao desenvolvimento saudável do indivíduo, bem como a falta dessa referência é prejudicial para o resto da vida, pois desestrutura os filhos, tornando-os pessoas inseguras e infelizes”.¹⁹

3.1. Abandono afetivo e a possibilidade de indenização por dano moral

Demandas envolvendo o abandono afetivo não são novidade no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, até o presente momento não há na doutrina e jurisprudência, entendimento pacífico quanto à responsabilidade civil por abandono afetivo. Este tópico ainda muito sensível é enfrentado com extrema cautela pela comunidade jurídica.

3.1.1. O Dano

Nesse sentido, cumpre esclarecer, desde o início, que a configuração da responsabilidade civil por abandono afetivo exige a demonstração de um dano concreto e comprovado ao menor, sendo este, em regra, de natureza moral.

Na seara dos bens extrapatrimoniais, tão presentes no Direito das Famílias, a extensão do dano é de difícil percepção, isto porque, normalmente são de natureza imaterial. Conforme ensina Maria Celina Bodin de Moraes, o dano moral corresponde à “lesão a algum

17 MACHADO, Gabriela. “Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: repercussão na relação paterno-filial”. Recife (PE), 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23437/dos-principios-constitucionais-e-infraconstitucionais-aplicaveis-ao-direito-de-familia-repercussao-na-relacao-paterno-filial>>. Acesso em 2 fev. 2024.

18 LIBERATO, Thiago: “Dano moral por abandono afetivo de menores e sua ressarcibilidade”. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/365413/dano-moral-por-abandono-afetivo-de-menores-e-sua-ressarcibilidade>>. Acesso em: 8 maio. 2024.

19 CANEZIN, Claudete Carvalho. Da Reparação do Dano Existencial ao Filho Decorrente do Abandono Paterno-Filial. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v.8, n.36, jun/jul, 2006, ISSN 1519, 1869.

desses aspectos ou substratos que compõem, ou formam, a dignidade humana, isto é, a violação à liberdade, à igualdade, à solidariedade ou à integridade psicofísica de uma pessoa humana.”²⁰

Assim, proteger os entes da família significa proteger a dignidade da pessoa humana, e é sob esta égide, que crianças e adolescentes recebem proteção qualificada contra prejuízos de natureza extrapatrimonial, assim qualquer violação aos direitos da personalidade, conforme previsto nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002, caracteriza, em regra, dano moral. Esta conclusão decorre do entendimento contemporâneo, segundo o qual o dano à personalidade humana é, em muitas situações, configurado como *in re ipsa*²¹, sendo sua comprovação dispensada, dado que a lesão resulta diretamente do ato ilícito praticado pelo ofensor.

Em recente julgamento²², Desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) afirmaram que o abandono afetivo configura lesão a direitos da personalidade do descendente, especialmente à luz da Constituição Federal de 1988, que consagrou a dignidade da pessoa humana, a paternidade responsável e a proteção integral ao interesse da criança como pilares fundamentais do ordenamento jurídico.

Ressaltaram que, embora o planejamento familiar constitua um direito subjetivo do cidadão, o dever objetivo de cuidado com os filhos, no mínimo até a maioridade, é uma obrigação inafastável.

Os julgadores concluíram que o objetivo da condenação nestes casos não é impor aos pais o dever de amar seus filhos, mas sim atenuar a falta de cuidado daqueles que possuem o dever jurídico de prestá-lo.

3.1.2. A culpa

Para além da comprovação do dano à dignidade humana do menor, é necessário que seja estabelecida conjuntamente a causa e o nexo de causalidade, elementos estes indispensáveis para que seja possível exigir reparação pelo dano sofrido.

Para que seja possível requerer judicialmente a responsabilização do genitor é indispensável a demonstração de culpa, isto porque esta não se encontra prevista no Código Civil de 2002, nos artigos que tratam da responsabilidade objetiva. Além de também não estar respaldada pela “Cláusula Geral de Risco”, art. 927 do CC, segunda a qual não haveria necessidade de comprovação de culpa para exigir a reparação do dano.²³

Portanto, o enquadramento do abandono afetivo no regime de responsabilidade subjetiva exige, necessariamente, que o agente causador do dano seja infrator de alguma

20 MORAES, Maria Celina Bodin de. “Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil”. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.8.

21 presumido; da natureza da própria coisa

22 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão nº 1162196, Processo nº 20160610153899APC. Relator Designado: Des. Diaulas Costa Ribeiro. 8ª Turma Cível. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2019/informativo-de-jurisprudencia-n-390/abandono-afetivo-2013-dano-moral-in-re-ipsa>>. Acesso em abril 2024.

23 LIBERATO. Thiago: “Dano moral por abandono afetivo de menores e sua ressarcibilidade”. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/365413/dano-moral-por-abandono-afetivo-de-menores-e-sua-ressarcibilidade>>. Acesso em: 8 maio. 2024.

norma de conduta exigível. Nesse contexto, deve haver a violação de um dever jurídico de cuidado, em sentido amplo, ou de um padrão comportamental objetivo, configurado por ato culposo.

Segundo Cavalieri Filho: “a vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que se conformar com sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo”.²⁴

Entretanto, como anteriormente citado não há ainda um entendimento pacífico jurisprudencial tão pouco doutrinário quanto a possibilidade de indenização por abandono afetivo, a controvérsia central reside, justamente, na existência de ilicitude e de culpa imputável ao genitor que abandona sua prole.

Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias manifestam entendimento contrário à responsabilização civil do pai em casos de abandono afetivo em relação ao filho. Em suas obras, sustentam que o ordenamento jurídico brasileiro não atribui ao afeto a natureza de um dever legal.

Por conseguinte, ainda que o abandono possa gerar sofrimento ao filho, a inexistência de um dos pressupostos fundamentais da responsabilidade civil, como a ilicitude e a culpa, impossibilitaria o reconhecimento de danos morais. De acordo com essa corrente, o afeto não se qualifica como um dever jurídico passível de imposição ao genitor, mostrando-se, por conseguinte, inexigível.

Em oposição a esta corrente está a maioria dos doutrinadores que entendem que o afeto transcende a condição de mero estado emocional ou sentimento humano, tradicionalmente considerado inexigível pelo ordenamento jurídico em razão de sua natureza intrinsecamente espontânea.

Com o advento da nova ordem constitucional, a família foi redefinida como um núcleo fundamental para a realização pessoal do indivíduo, no qual os laços biológicos e sanguíneos deixaram de ocupar posição de primazia absoluta, não servindo mais como fundamento exclusivo de sua legitimidade ou relevância.

Consoante ao entendimento supracitado, o magistrado Mário Romano Maggioni, em um trecho da sentença do processo n.º 1.030.012.032-0, de agosto de 2003, protocolada junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que condenou um pai a pagar uma indenização de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais), equivalente a 200 salários mínimos, na ocasião, por abandonar a filha afetivamente, afirma:

Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança.²⁵

Por fim, não obstante os posicionamentos em sentido contrário, conforme todo o

24 CAVALIERI FILHO, Sergio. “Programa de responsabilidade civil”. São Paulo (SP): Atlas, 2014.

25 BRASIL. Segunda Vara de Capão da Canoa do Tribunal do Rio Grande do Sul. Processo nº 1.030.012.032-0. Juiz Mário Romano Maggioni. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/afeto-na-relacao-familiarindenizacao-por-abandono-afetivo/>>. Acesso em 4 fev. 2024.

exposto, o entendimento que melhor se ajusta à realidade contemporânea dos institutos analisados neste estudo, e que se encontra em maior consonância com os princípios consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro, é o de que a condenação paterna a título de danos morais é plenamente cabível nos casos em que restar configurado o abandono afetivo de filhos.

Pensar de modo diverso resultaria na inadmissível irreparabilidade de um grave prejuízo sofrido por aqueles que o Direito busca proteger de forma mais diligente: as crianças e os adolescentes.

3.1.3. O nexo de causalidade

A responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo está fundamentada na ideia de culpa, o que torna sua configuração mais complexa. Contudo, uma grande barreira para a análise dessa hipótese não reside exclusivamente na comprovação da culpa, mas sim na determinação do nexo de causalidade.

De fato, ainda que seja demonstrada a culpa do genitor por conduta omissiva que resulte em abandono afetivo, e que o estudo psicossocial²⁶ consiga identificar e esclarecer os danos sofridos pela prole, bem como sua extensão, a tarefa de estabelecer o nexo causal entre o abandono e o prejuízo experimentado pela vítima revela-se significativamente mais desafiadora.

Nesse contexto, destaca-se a relevância da perícia técnica, não apenas para comprovar a existência do dano, mas também para identificar sua causa específica. Torna-se indispensável, assim, a determinação retrospectiva do momento em que os sintomas do dano começaram a se manifestar.

Um dos primeiros casos de posicionamento das Cortes Superiores acerca do abandono afetivo foi o julgamento do Recurso Especial nº 1.1591242-SP²⁷ pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em que houve a negativa de concessão da indenização de danos morais, em primeira instância.

Somente em sede de Apelação, foram providos os danos morais, com base na fundamentação que atribuía conduta culposa ao réu pelo “abandono moral grave” e ao padecimento da autora, sua filha, restando evidenciado o nexo causal entre a conduta ilícita e o dano moral indenizável.

A Ministra Nancy Andrighi em seu relatório e voto, menciona a importância do cumprimento dos deveres legais e afetivos dos pais em relação aos filhos:

(...) indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos (...), destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o

26 O estudo psicossocial realiza-se com o objetivo principal de assessorar os magistrados, fornecendo-lhes um relatório com informações que possam propiciar um entendimento mais amplo da situação na qual os menores estão envolvidos.

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.1591242-SP. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora Min. Nancy Andrighi. 10 de maio de 2012.

É importante ressaltar que o entendimento permanece. Foi julgado em 2021 o Recurso Especial nº 1887697 pelo Superior Tribunal de Justiça, em que “genitor abdicou de seu papel na educação, criação e desenvolvimento da filha, apesar de dispor de várias oportunidades para corrigir sua conduta”. Na redação de seu voto, a Ministra afirmou que através de uma perícia foi possível concluir a correlação entre o fato danoso e o abandono paterno.

“Sublinhe-se que sequer se trata de hipótese de dano presumido, mas, ao revés, de dano psicológico concreto e realmente experimentado pela recorrente, que, exclusivamente em razão das ações e omissões do recorrido, desenvolveu um trauma psíquico, inclusive com repercussões físicas, que evidentemente modificou a sua personalidade e, por consequência, a sua própria história de vida”

Conforme salientado no julgamento, “existem as figuras do ex-marido e do ex-convivente, mas não existem as figuras do ex-pai e do ex-filho.”²⁸ Assim, também reconhecidos o dano, o nexos de causalidade e a conduta culposa e ilícita do genitor, o Recurso Especial nº 1.887.697/RJ foi julgado procedente, resultando na condenação do pai ao pagamento de R\$30.000,00 (trinta mil reais) a título de indenização por danos morais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do exposto pelo presente estudo constatou-se que a estrutura familiar foi submetida a um extenso processo de transformações ao longo da história, buscando adequar-se às demandas e exigências impostas pela evolução da sociedade contemporânea.

A família, como instituição basilar do ordenamento jurídico e social, assumiu diferentes conformações para refletir as novas realidades. É no seio do ambiente familiar que o indivíduo se forma enquanto sujeito ético, adquirindo princípios, valores e fundamentos de moralidade que norteiam sua interação com a coletividade.

Nessa perspectiva, o reconhecimento da centralidade do afeto nas relações familiares, aliado à consagração de diversos princípios no patamar constitucional, impôs uma necessária adaptação na interpretação das normas que regulam o Direito de Família, sobretudo no tocante aos deveres paternos e às repercussões jurídicas decorrentes de sua inobservância.

Ademais, mediante a análise do instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que, em razão do caráter geral das normas que disciplinam a configuração da obrigação de indenizar, inexistente impedimento jurídico para a aplicação dessas disposições no âmbito das relações familiares e afetivas.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1887697-RJ. Relatora Min. Nancy Andrighi. 23 de setembro de 2021. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/>>

Reafirma-se que a responsabilidade civil por abandono afetivo, apesar de enfrentar alguma resistência tanto na doutrina quanto na jurisprudência, encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. A exigência da comprovação do nexo de causalidade, além da presença de culpa e ilicitude, constitui ponto central para a reparação dos danos morais sofridos pelos filhos. No entanto, a dificuldade de demonstrar tais elementos, especialmente o vínculo causal entre o abandono e os danos psicológicos, tem se mostrado um obstáculo significativo à responsabilização.

Para aquilo que importa no âmbito em que este estudo se insere, à luz da nova ordem constitucional e da evolução da compreensão sobre o papel do afeto nas relações familiares, defende-se que há viabilidade de indenização nos casos em que o abandono afetivo impacta gravemente a dignidade humana do menor.

Ao considerar o afeto como um dever moral e jurídico, este estudo conclui que a reparação por abandono afetivo é não apenas cabível, mas também necessária para preservar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, os quais merecem a mais elevada tutela jurídica.

Nas palavras de Maria Helena Rizzi “não existem mães e pais ideais, só existem mães e pais presentes e ou ausentes e, certamente, sempre é melhor que estejam presentes na vida de seus filhos.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Eliene Ferreira. A Responsabilidade Civil pelo Vazio do Abandono. In. _____:

BASTOS, Eliane Ferreira. LUZ, Antônio Fernandes da. (Coord.) *Família e Jurisdição II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 70. v.II.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Congresso Nacional, Brasília, 1988.

BRASIL, Estatuto da criança e do adolescente, Brasília, 1991.

BRASIL, Código Civil Brasileiro, Brasília, 2002.

BRASIL, Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@CNOT=%27018175%27>. Acesso em: 2 fev. 2024.

BRASIL, Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/C?seq=136048530&tipo=5&nreg=201902906798&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20210923&formato=PDF&salvar=f>

alse>. Acesso em: 2 fev. 2024

BRASIL, Informativo de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/A?seq=1067604&tipo=0&nreg=200901937019&SeqCgrmaSessao&CodOrgaoJgdr&dt=20120510&formato=HTML&salvar=false>>. Acesso em 2 de fev. 2024.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da Reparação do Dano Existencial ao Filho Decorrente do Abandono Paterno-Filial. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: SÍNTESE, IBDFAM, v.8, n.36, jun/jul, 2006, ISSN 1519, 1869.

CAVALIERI FILHO, SERGIO. Programa de responsabilidade civil. São Paulo (SP): Atlas, 2014.

CRISTIANO; ROSENVALD, N. Direito das famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FERREIRA, R. Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. Saraiva Educação S.A., 2022.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FLÓRIDO, Fernando de Albuquerque. Abandono Afetivo No Direito Brasileiro: Diálogos entre Responsabilidade Civil e Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

GIRARDI, Viviane. Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 107-108.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Direito das Famílias..São Paulo, SP: Saraiva Jur, 2019.

IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/ibdfam-na-midia/18931/E%3A+Guarda+compartilhada+ap%C3%B3s+separar%C3%A7%C3%A3o+aumenta%3B+guarda+s%C3%B3+de+m%C3%A3e+cai>>. Acesso em: 2 fev. 2024.

LAGRASTA NETO, Caetano. Parentes: guardar e alienar. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre (RS), 2009. _____

LIBERATO, Thiago: “Dano moral por abandono afetivo de menores e sua ressarcibilidade”. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/365413/dano-moral-por-abandono-afetivo-de-menores-e-sua-ressarcibilidade>>. Acesso em: 8 maio. 2024.

LÔBO, Paulo, Famílias Contemporâneas e as Dimensões da Responsabilidade. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister, Belo Horizonte: IBDFAM, 2009.

MACHADO, Gabriela. Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: repercussão na relação paterno-filial. Recife (PE), 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23437/dos-principios-constitucionais-e-infraconstitucionais-aplicaveis-ao-direito-de-familia-repercussao-na-relacao-paterno-filial>>. Acesso em 2 fev. 2024.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PAMPLONA, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo. Novo Curso de Direito Civil 6 Direito de Família. Saraiva Educação S.A., 2015.

PINHEIRO, Vicente. A Carta Magna e o Instituto da Guarda Compartilhada, Após as Leis de Regência da Matérias, e a Necessária Igualdade de Direitos e Deveres entre Homens e Mulheres. Disponível em:

<<https://www.tjam.jus.br/index.php/esmam-artigos/38649-a-carta-magna-e-o-instituto-da-guarda-compartilhada-apos-as-leis-de-regencia-da-materia-e-a-necessaria-igualdade-de-direitos-e-deveres-entre-homens-e-mulheres/file>>. Acesso em: 2 fev. 2024.

RIZZI, Maria Helena. Guarda Compartilhada (Sob o Prisma Psicológico). Disponível em: <<https://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/266>>. Acesso em 2 fev. 2024.

WALD, Arnoldo. O novo direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 9.

