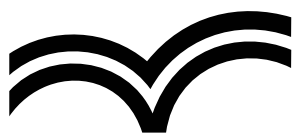


MAIÊUTICA  
JURÍDICA



**UNIASSELVI**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO LEONARDO DA VINCI**

Rodovia BR 470, Km 71, nº 1.040, Bairro Benedito

89084-405 - INDAIAL/SC

www.uniassevi.com.br

## **REVISTA MAIÊUTICA**

Jurídica

UNIASSELVI 2020

**Presidente do Grupo UNIASSELVI**

Prof. Pedro Jorge Guterres Quintans Graça

**Reitor da UNIASSELVI**

Prof. Hermínio Kloch

**Pró-Reitora de Ensino de Graduação Presencial**

Prof. Antônio Roberto Rodrigues Abatepaulo

**Pró-Reitora de Ensino de Graduação a Distância**

Prof.<sup>a</sup> Francieli Stano Torres

**Pró-Reitor Operacional de Graduação a Distância**

Prof. Érico Coelho Ribeiro

**Diretor de Educação Continuada**

Prof. Carlos Fabiano Fistarol

**Editor da Revista Maiêutica**

Prof. Luis Augusto Ebert

**Comissão Científica**

Claudia Sueli Weiss

Estela Maris Bogo Lorenzi

Jackeline Maria Beber Possamai

Luana Ewald

Luciana Fiamoncini

**Comitê Editorial**

Ana Paula Tabosa dos Santos Sanches

Caroline Bresolin Maia Cadore

Clarice Klann

Ivone Fernandes Morcilo Lixa

Lili de Souza

Gabriela Wolff

Geórgia Carneiro da Fontoura

Paula Dittrich Correa

Vera Lúcia Hoffmann Pieritz

**Editoração e Diagramação**

Equipe Produção de Materiais

**Revisão Final**

Equipe Produção de Materiais

**Publicação *On-line***

**Propriedade do Centro Universitário Leonardo da Vinci**

# Apresentação

---

É com grande honra e satisfação que apresentamos a primeira edição da Revista Maiêutica da área jurídica. Esta publicação corresponde à materialização de um trabalho árduo, porém muito gratificante, que a equipe docente dos cursos relacionados à área jurídica vem desempenhando nos últimos anos.

Trata-se de uma produção colaborativa dos docentes e discentes dos diversos cursos da área, que oportuniza a expansão dos caminhos que abrem portas ao diálogo, promovendo a proliferação do saber e da ciência sobre a temática do direito. Temos a convicção de que os artigos publicados podem contribuir para a ampliação do debate e do pensamento crítico e científico da área, tornando-se, em breve, um expoente e uma referência para pesquisa acadêmica.

Agradecemos a todos os colaboradores desta edição pelo zelo e pelas significativas contribuições que marcarão o início de uma valiosa empreitada acadêmica para a UNIASSELVI. Aproveitamos, também, para convidar os possíveis interessados em contribuir com as edições futuras, abrilhantando ainda mais esta revista com os seus trabalhos. Estamos certos do sucesso desta publicação, por conter uma série de artigos relevantes ao momento que vivenciamos. Ainda nos enche de orgulho e entusiasmo saber que esta revista é uma forma de a UNIASSELVI presentear toda a comunidade acadêmica e a sociedade em geral com um material de qualidade e que reflete o compromisso ético e social da nossa instituição.

Nesta edição, os autores exploram uma série de conteúdos pertinentes ao profissional da área jurídica, perpassando pelas áreas ambiental, de direito médico, de publicidade de alimentos e de tráfico de animais silvestres, além de temáticas sobre a responsabilidade civil, o estado de direito garantista e o estudo da história do direito.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

**Prof.<sup>a</sup> Ana Paula Tabosa dos Santos Sanches**

**Prof.<sup>a</sup> Vera Lúcia Hoffmann Pieritz**





## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	5
<b>A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DESLOCADOS AMBIENTAIS: EM BUSCA DE RECONHECIMENTO INTERNACIONAL</b>	
<b>The legal protection of environmental displaced people: seeking for international protection</b>	
Daniel Ricardo Starke .....	7
<b>A RESPONSABILIDADE CIVIL NA COMPRA E VENDA DE VEÍCULOS USADOS</b>	
<b>A responsibility for buying and selling used vehicles</b>	
Adriano Leite	
Roger Mendes Cecchetto .....	19
<b>ESTUDO DO TEMPO MÉDIO DE TRAMITAÇÃO DO PROCESSO POR ERRO MÉDICO, QUE FOI JULGADO NO PERÍODO DE 2016 A 2018 NO ESTADO DE SANTA CATARINA</b>	
<b>STUDY OF THE AVERAGE TIME FOR PROCESSING THE PROCESS BY MEDICAL ERROR, THAT WERE JUDGED IN THE PERIOD FROM 2016 TO 2018 IN THE STATE OF SANTA CATARINA</b>	
Msc. Vera Lúcia Hoffmann Pieritz.....	35
<b>O BRASIL COMO UM ESTADO DE DIREITO GARANTISTA</b>	
<b>Brazil as a guarantor rule of law</b>	
Rodrigo Fernando Novelli .....	51
<b>O DIREITO À PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL NO BRASIL</b>	
<b>The food advertising rights for child audience in Brazil</b>	
Clarice Klan	
Ana Paula Pianezzer Tank .....	61
<b>O SENTIDO DO ESTUDO DA HISTÓRIA DO DIREITO DESDE A CRÍTICA À COLONIALIDADE</b>	
<b>The meaning of the study of the history of law from criticism to coloniality</b>	
Ivone Fernandes Morcilo Lixa	
Jéssica Thaís de Souza Fernandes.....	75
<b>TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES E A (IN)EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO À FAUNA BRASILEIRA</b>	
<b>TRAFFICKING IN WILD ANIMALS AND THE (IN)EFFECTIVENESS OF PROTECTION TO BRAZILIAN FAUNA</b>	
Milena Hack	
Alexandre Alberto Kleine .....	83

**A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO FRENTE AO DIREITO  
REGULATÓRIO NAS DEMANDAS DE SAÚDE**

**The performance of the federal public defender in the face of health regulation cases**

Kaline Gabriela Maciel da Silva Gebra

Daiane Zappe Viana Veronese ..... 95

# A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DESLOCADOS AMBIENTAIS: EM BUSCA DE RECONHECIMENTO INTERNACIONAL

**The legal protection of environmental displaced people: seeking for international protection**

Daniel Ricardo Starke <sup>1</sup>

**Resumo:** O reconhecimento jurídico dos refugiados é um tema que possui bastante relevância atualmente, pois eles são considerados vítimas do aquecimento global. Diante do reconhecimento internacional, quanto a sua existência, é fato que os deslocados ambientais não possuem um estatuto internacional que lhes dê acolhimento – um exemplo disso seria o que ocorre com os refugiados tradicionalmente concebidos na Convenção de Genebra. Tal situação opera em nítido detrimento dessas pessoas, deixando-as em um limbo jurídico e aos auspícios das autoridades locais, onde o acolhimento é solicitado. Este artigo abordará as principais problemáticas que envolvem o reconhecimento jurídico dessas pessoas, bem como abordará alguns dos direitos humanos expressos em convenções internacionais e que se aplicam às primeiras vítimas do descompasso ambiental.

Palavras-chave: Refugiados. Deslocados Ambientais. Direito Internacional. Direito Ambiental. Direitos Humanos.

**Abstract:** The legal recognition of environmental displaced people is a topic that is gaining prominence today, since they are reputed as victims of global warming. Despite international recognition of their existence, it is a fact that environmental displaced people don't have an international status that gives them shelter and welcome - as is the case with refugees traditionally conceived in the Geneva Convention on Refugees. This situation operates to the detriment of these people, leaving them in legal limbo and the auspices of the local authorities where the reception is requested. In this tuning fork, this work will discuss the main issues involving the legal recognition of these people, as well as addressing some of the human rights expressed in international conventions and which apply to the first victims of environmental mismatch worldwide.

Keywords: Refugees. Environmental Displacements. International Right. Environmental Law. Human Rights.

## Introdução

A efetivação dos direitos dos refugiados é um tema muito relevante nos dias atuais, sendo alvo de diversos estudos que buscam lapidar a melhor forma de conferir proteção jurídica para aqueles que se deslocam em busca da preservação da vida. Desde o primeiro reconhecimento legal quanto ao status de refugiados, com a Convenção de Genebra de 1951 – e o seguinte Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de Nova York, datado em 1967 – é possível reconhecer os esforços das entidades internacionais que procuram atribuir a verdadeira proteção aos refugiados, a exemplo do princípio do *beneficio da dúvida*<sup>2</sup> ou do princípio *non-refoulement*.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Centro Universitário Leonardo da Vinci – UNIASSELVI. Rodovia BR 470 – Km 71 – nº 1.040 – Bairro Benedito – Caixa Postal 191 – 89130-000 – Indaial/SC. Fone (47) 3281-9000 – Fax (47) 3281-9090 – Site: www.uniasselvi.com.br.

<sup>2</sup> Conforme sedimentado junto ao acórdão nº 11750/14 do Tribunal Central Administrativo Sul de Portugal, “O princípio do “benefício da dúvida” refere-se ao estabelecimento e prova dos fatos ante a autoridade nacional, como que suavizando o normal ônus da prova”.

<sup>3</sup> De aceção moderna, o princípio *non-refoulement* detém força de norma internacional *ius cogens*, e serve como garantia de que o refugiado não será forçado a retornar ao local onde os seus direitos são violados. O princípio encontra-se consagrado primordialmente junto ao artigo 33, primeira parte, da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, cuja transcrição é feita a seguir: “Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas”. Também encontra expressa previsão junto ao artigo 47 da lei portuguesa nº 27/2008, que trata da concessão de asilo, e na lei brasileira nº 13.445/2017, perante os artigos 26, §10 e 49, §4º.

---

Entretanto, apesar dos avanços jurídico-políticos levados a cabo, é fato que o número de pessoas expostas ao deslocamento forçado vem crescendo cada vez mais, tornando claro e evidente que os problemas daí decorrentes não respeitam as fronteiras tradicionalmente concebidas pelo homem e a clássica noção de soberania westfaliana. Tal crescimento não decorre apenas de conflitos armados ou políticos, mas também dos efeitos decorrentes das alterações climáticas cada vez mais evidenciadas nos dias atuais. Fenômenos climáticos, como a elevação do nível do mar, desertificação, enchentes, terremotos, entre outros, atuam drasticamente no modo de viver das pessoas, sendo determinantes para o movimento migratório em uma marcha que envolve toda a comunidade internacional.

De qualquer sorte, é fato que as pessoas que se deslocam além da fronteira de seu país em decorrência de desastres ou alterações climáticas e ambientais não são reconhecidas como *refugiadas*, uma vez que não são contempladas nos tratados internacionais referenciados. Deixadas à própria sorte, com as autoridades do local onde o acolhimento é solicitado, este fato detém o condão de prejudicar a já fragilizada situação em que se encontram, resultando em um verdadeiro detrimento de direitos e garantias inerentes à pessoa humana.

Em sobreposição a isso e, de acordo com informações disponíveis junto ao ACNUR<sup>4</sup>, atualmente, no mundo, setenta milhões e oitocentos mil pessoas encontram-se forçadas a se deslocar<sup>5</sup>. Na mesma toada, segundo informações recolhidas do relatório GAR<sup>6</sup> para o ano de 2019 na última década, os desastres naturais deslocaram em média vinte e quatro milhões de pessoas a cada ano, afetando cerca de oitenta e oito milhões de pessoas no período que compreende os anos de 1997 e 2017.

De forma coincidente ou não, as conclusões científicas recentes revelam que as alterações climáticas e os conflitos violentos guardam estrita relação<sup>7</sup>, visto que: de um lado a escassez de recursos naturais leva a uma disputa (nem sempre amigável) pelos recursos disponíveis; de outro, os conflitos civis acabam por vulnerar ainda mais o ambiente envolvido nas disputas, culminando em um maior processo de degradação ambiental<sup>8</sup>. Não por acaso, em termos históricos, corroborando tal assertiva, um dos primeiros embriões da efetiva proteção ambiental em âmbito internacional foi a *Convenção sobre a Proibição do Uso Militar ou Hostil de Técnicas de Modificação Ambiental*, assinada em 1976<sup>9</sup>.

Há, pois, verdadeira e preocupante aproximação entre os conflitos violentos que assolam os povos e nações menos desenvolvidas e o fenômeno das alterações climáticas que culminam em desastres ambientais.

De tais constatações, parece adequado afirmar que, embora não contempladas no conceito de *refugiado* (expresso na convenção de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados), as pessoas forçadas – ou que optam a migrar por conta de causas ambientais – merecem o devido respaldo jurídico, a fim de preservar-lhes os direitos humanos que lhe são inerentes em tal escala, ou, ao menos, em equiparação – àqueles que sofrem perseguição política, religiosa, orientação sexual, dentre outros temas consignados na referenciada Convenção Sobre os Refugiados de 1951.

Afinal, seria prudente equiparar os deslocados ambientais aos refugiados, integrando-os ao conceito tradicionalmente concebido no direito internacional clássico?

A temática em tela rende extensas ponderações e envolve diversas opiniões doutrinárias acerca dos efeitos práticos de tal reconhecimento, as quais serão esmiuçadas com olhos atentos

---

<sup>4</sup> Agência da ONU para Refugiados.

<sup>5</sup> ACNUR. Dados sobre refúgio. Disponível em: <http://bit.ly/2XNE0g8>. Acesso em: 28 set. 2020.

<sup>6</sup> UNITED NATIONS OFFICE FOR DISASTER RISK REDUCTION. Global Assessment Report on Disaster Risk Reduction. Disponível em: <https://bit.ly/3682KED>. Acesso em: 28 set. 2020.

<sup>7</sup> MCMICHAEL, A. *et al.* In: MCADAM, J. *Climate Change and displacement: Multidisciplinary Perspectives*, Ed. Hart Publishing, Oregon, 2010.

<sup>8</sup> UNHCR, *The Environment & Climate Change*. Updated Version, October 2015. p. 5. Disponível em: <http://bit.ly/3oWTbzs>. Acesso em: 28 set. 2020.

<sup>9</sup> Disponível como anexo ao decreto brasileiro nº 225/1991, em: <https://bit.ly/2NeUEmW>. Acesso em: 28 set. 2020.



---

para a busca da efetiva proteção daquele número crescente de pessoas que anseiam pelo reconhecimento dos direitos que lhe são devidos, bem como do necessário equilíbrio que deve estar presente em diplomas internacionais que tocam aos auspícios da soberania dos Estados signatários.

### Da conceituação e abrangência do termo refugiado

Uma primeira análise foi feita quanto à proteção jurídica conferida aos refugiados. Parte do conceito já foi estatuído nos primeiros artigos da mencionada Convenção de Genebra, assinada em 1951, após os horrores da Segunda Guerra Mundial – nomeadamente, a perseguição realizada em detrimento de grupos minoritários. Estatui o número 2<sup>10</sup> do Art. 1º que o termo *refugiado* será aplicado para qualquer pessoa que “temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele” (CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS, 1951, p. 2).<sup>11</sup>

A simples leitura do texto positivado torna clara a problemática aqui esmiuçada, qual seja: a falta de enquadramento das pessoas cuja causa de deslocamento tenha sido climática ou ambiental.

Em mesmo diapasão, ainda importa salutar que diante da falta de correspondência fática entre aqueles *refugiados* delimitados na convenção citada e aqueles que se deslocam em decorrência de desastres naturais ou semelhantes é que vale referenciar a discussão acerca da nomenclatura adequada a essa categoria de pessoas. Fala-se em migrantes ambientais<sup>12</sup>, refugiados ambientais<sup>13</sup>, deslocados ambientais<sup>14</sup>, dentre outros. Para efeitos deste trabalho e corroborando a ideia exposta na obra de Michel Prieur<sup>15</sup>, adotaremos a expressão *deslocados ambientais*, relativa à expressão bem delineada do fenômeno estudado, bem como não colide com os conceitos de *refugiado* já consolidados no Direito moderno.

De qualquer sorte, independentemente da terminologia adotada, é notória a falta de enquadramento técnico quanto ao conceito exposto. Por um lado, não se encontra delimitada a causa ambiental ou climática entre os fatores que levam ao deslocamento. Ainda, para o reconhecimento da condição de “refugiado”, a convenção exige que o solicitante se mova para *fora do país no qual tinha sua residência habitual*, revelando um critério fronteiriço<sup>16</sup> enquanto boa parte dos migrantes do clima o fazem para dentro de sua própria nação, considerando fatores culturais, linguísticos, dentre outros.

---

<sup>10</sup> A parte inicial do texto positivado no tratado foi propositalmente omitido em razão das modificações comentadas na referência a seguir. O texto original e objeto de recorte segue transcrito: “Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 [...]”.

<sup>11</sup> Como já referenciado, a convenção em tela foi aprimorada no ano de 1967 com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de Nova York. Antes do aludido tratado o conceito estipulado na convenção originária abrangia apenas as vítimas que sofreram as violações em período anterior ao ano de publicação da Convenção de Genebra. Com efeito, o protocolo adicional estendeu o conceito aos casos ocorridos após o ano de 1951, qual seja, a todos os casos, também futuros, de violação dos direitos versados em seu texto.

<sup>12</sup> Consoante expressão utilizada no artigo de autoria de Aziz Tuffi Saliba e Mariana Ferolla Vallandro do Valle intitulado *A proteção internacional dos migrantes ambientais*, disponível em: <https://bit.ly/3bQOIAi>. Acesso em: 28 set. 2020.

<sup>13</sup> A expressão é tradução literal do termo *environmental refugees* que ganhou notoriedade com o pioneirismo do professor egípcio Essam El-Hinnawi, em sua obra “*Environmental refugees*. Nairobi: UNEP, 1985”.

<sup>14</sup> A expressão é utilizada pelo professor Michel Prieur, em sua obra “*Droit de l’environnement, droit durable*”, *Op. Cit.* PRIEUR, M. *Droit de l’environnement, droit durable*. Bruxelles: Bruylant, 2015. p. 996.

<sup>16</sup> Ainda, segundo consta no julgamento *Ioane Teitiota vs New Zealand* (referenciada em tópico próprio e mais adiante neste trabalho) fala-se na necessidade de que a pessoa solicitante comprove estar sofrendo perseguição em seu país de origem.

---

Sobre o problema aqui em voga é oportuno destacar um dos primeiros trabalhos detidos sobre o tema, desenvolvido em 1985 pela UNEP<sup>17</sup>, do qual sobreveio uma das primeiras conceituações sobre os *refugiados ambientais*, na concepção teórica de Essam El-Hinnawi (1985), segundo o qual refugiados ambientais são aquelas pessoas obrigadas a deixar o seu habitat natural, temporária ou permanentemente, devido a uma determinada ruptura ambiental (natural ou causada pelo homem), que ameaçou sua existência ou afetou gravemente sua condição de vida.<sup>18</sup>

Em tempos mais atuais e ao debruçar sobre a possível falta de proteção jurídica aos deslocados ambientais, em decorrência da falta de enquadramento da causa ambiental ou climática no conceito de *refugiado*, importa afirmar que há efetiva preocupação na comunidade jurídica especializada que se dedica ao problema, da qual preponderam múltiplas possibilidades como tentativa de solução do problema, dentre as quais: a tentativa de equiparação entre os conceitos consubstanciada na modificação dos tratados internacionais que já vigoram a nível internacional<sup>19</sup>; e a criação de um tratado novo, autônomo, específico para o caso em pauta e que regule a questão em tela.

A exemplo desta última, cita-se o projeto cujo embrião se deu na Universidade de Limoges, na França, de maestria do professor Michel Prieur (2015) e outros nomes de peso no cenário internacional, intitulado “*Projet de Convencion Relative au Statut International des “Desplacés Environnementaux”*”<sup>20</sup> e que, consoante o Artigo 1 do aludido diploma, busca garantir proteção jurídica efetiva aos deslocados ambientais quanto ao seu acolhimento de emergência em outros países e eventual retorno, em aplicação do princípio da *solidariedade*, que está consignado no texto do projeto.<sup>21</sup>

Em mesma linha, ele traz uma completa definição sobre o conceito de *deslocados ambientais*, qualificando-os como os indivíduos, famílias e populações que encaram uma alteração brutal ou insidiosa em seu ambiente, danificando de forma inevitável as suas condições de vida e forçando-os a deixar, de forma abrupta ou a longo prazo, seus locais de vida e comportamentos habituais, dirigindo-os ao reassentamento e realocação.

O projeto em questão traz pioneiras considerações sobre a proteção jurídica destinada aos deslocados ambientais e, tem como principais inovações: o direito conferido ao deslocado de livre escolha quanto ao país ou região de acolhimento; a proteção integral familiar ou grupo populacional; dentre outras.<sup>22</sup> Ademais, segundo os apontamentos do próprio autor, tal assertiva corrobora a proteção garantida por outros tratados internacionais, a exemplo do direito à liberdade e livre circulação vertido no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.<sup>23</sup>

Entretanto, em que pese o acertado grau de prudência com que foi criada a proposta acima descrita, a problemática encontrada na adoção de um novo tratado para a causa dos deslocados ambientais esbarra no possível *tempo* em que tal diploma pode levar para ser ratificado e efetivamente posto em prática a nível global. Não obstante, enquanto o mundo discute pormenores políticos e anseios de soberania interna, é fato que as pessoas deslocadas e fragilizadas pelas questões ambientais urgem pela solução jurídica adequada, ou, ao menos, uma solução que tente dar alento à dura realidade enfrentada.

---

<sup>17</sup> A sigla em inglês representa o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente.

<sup>18</sup> HINNAWI, E. El. *Enviromental refugees*. Nairobi: UNEP, 1985, *apud* MELO SILVA, T. F. de M., J. da S. OLIVEIRA, T. F. D. de. *A proteção dos refugiados ambientais a partir do alargamento do Regime Internacional de Proteção dos Refugiados*. In: *Conjuntura Internacional*, Belo Horizonte, 2018. p. 128.

<sup>19</sup> PRIEUR, Michel. *Op. Cit.* p. 996 e seguintes.

<sup>20</sup> A íntegra do projeto (em língua francesa) está disponível em: <http://bit.ly/3oX86tp>. Acesso em: 28 set. 2020.

<sup>21</sup> Tradução livre do Artigo 2 (definições) do referido projeto. O texto original encontra-se disponível junto à nota de rodapé anteriormente referida.

<sup>22</sup> PRIEUR, Michel. *Op. Cit.* p. 1005.

<sup>23</sup> PRIEUR, Michel. *Op. Cit.* p. 1005.

---

Em outro diapasão e a propósito da primeira “solução” comentada, a inclusão da causa ambiental junto ao conceito de refugiado estabelecido nos tratados internacionais vigentes, cite-se com primazia a proposta idealizada pelas Maldivas,<sup>24</sup> do ano de 2006, que inclina pela adoção de um Protocolo que visa à extensão do conceito de refugiado estabelecido na Convenção de Genebra de 1951 para a inclusão da causa ambiental, além de uma reformulação do conceito de *perseguição*.

Sobre tal vertente e o intento promovido na proposta das Maldivas, importa realizar algumas considerações. Como visto, a conceituação dos deslocados ambientais como um instituto não representa tantas dificuldades quanto aquelas encontradas no caso concreto de sua identificação e caracterização. Em que pese representar um problema evidente nos dias atuais, o deslocamento de pessoas e famílias por causas ambientais é acompanhado de perto por grupos de pessoas que buscam penetrar as fronteiras de outros países em decorrência de causas não tão emergentes, a exemplo daquelas que migram por melhores condições de vida (os chamados migrantes econômicos).

Ademais, o problema se instala quando verificada a intrínseca relação entre ambas as causas, vez que os fenômenos de degradação ambiental causam diversos problemas de ordem econômica.<sup>25</sup>

Existe uma problemática da equiparação entre o conceito de deslocado ambiental e o conceito de refugiado estabelecido na Convenção de Genebra. O enfrentamento do problema relativo à falta de reconhecimento jurídico internacional não se restringe ao aspecto conceitual ou dogmático, mas envolve discussões acaloradas quanto aos reflexos de eventual equiparação.

Como visto, o conceito de *deslocado* ou *refugiado ambiental* concebido pela doutrina difere do clássico conceito de *refugiado* estabelecido na Convenção de Genebra, a qual serve como pedra angular e apta a inaugurar os efeitos jurídicos àquele que pretende ser abarcado pelo manto protetor do direito internacional. Em suma, trata-se de distinção entre as causas que levaram a pessoa (ou grupo delas) ao deslocamento.

Ainda, de um lado, têm-se o aspecto de uma *conquista histórica dos refugiados*, proveniente dos horrores prospectados da Segunda Guerra Mundial e as consequências que decorreram na lapidação dos Direitos Humanos. De outro, busca-se o reconhecimento do *direito a ter direitos*<sup>26</sup> para aqueles que são considerados como as primeiras vítimas do aquecimento global.<sup>27</sup> Não é difícil imaginar o conflito de ideais que exsurge de tal celeuma, principalmente em uma comunidade internacional que ainda discute se a atividade antrópica é (ou não) a real causadora das alterações climáticas vivenciadas nos últimos tempos.<sup>28</sup>

E, em tal diapasão, importa asseverar que uma tentativa de equiparação das pessoas que sofrem com os impactos das mudanças climáticas aos *refugiados* encontra séria resistência em

---

<sup>24</sup> REPUBLIC OF MALDIVES (Ministry of Environment, Energy and Water). First Meeting on Protocol on Environmental Refugees: recognition of Environmental Refugees in the 1951 Convention and 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, Male, 14-15 August, 2006, citado em RAMOS, É. P. *Refugiados Ambientais: Em busca de reconhecimento pelo direito Internacional*. Tese de Doutorado. São Paulo. 2011. p 113.

<sup>25</sup> ANDRADE, D. C.; ROMEIRO, A. R. Degradação Ambiental e Teoria Econômica: Algumas Reflexões sobre uma “Economia dos Ecossistemas”. Revista Economia. Brasília, p. 4, 2011.

<sup>26</sup> A acepção utilizada é referência à obra *Il diritto di avere diritti* de Stefano Rodotà (Laterza, Ed. 10, 2012) cuja reflexão é derradeiramente apropriada em âmbito da falta de proteção aqui vertida.

<sup>27</sup> A assertiva é feita em alusão à obra “*Refugiados ambientais: as primeiras vítimas do aquecimento global*” de Eduardo Araia. (Editora Planeta, São Paulo 2009).

<sup>28</sup> Sobre os fenômenos antrópicos em relação as alterações climáticas: ARAGÃO, A. *Princípio da Precaução: manual de instruções*. Revista Cedoua. Coimbra University Press. 2008. De mais a mais, o trabalho aqui idealizado não adentrará aos auspícios de tal discussão, eis que destoa do contexto de análise jurídica aqui delineado.

---

nível internacional. Fala-se em possível enfraquecimento<sup>29</sup> da proteção jurídica já alcançada atualmente, levando em conta fatores como o incremento significativo de pessoas, que seriam abarcadas pelo instituto do refúgio. Essa posição toma especial relevo quando observada doutrina de relevantes cientistas da área, a exemplo de Sumudu Atapattu<sup>30</sup> e Michel Prieur<sup>31</sup>, bem como o posicionamento adotado pelo Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados.<sup>32</sup>

De qualquer modo, ainda há que se indicar a existência de estatutos regionais de posição mais progressista, como é o caso da Convenção de Kampala, em âmbito da África, e a Declaração de Cartagena, em âmbito das Américas.

Nesse sentido e, em referência aos conceitos estabelecidos na Convenção de Genebra, o Protocolo seguinte tem lugar a Declaração de Cartagena, datada em 1984. Aludida convenção tratou de lapidar o conceito de refugiado e recomendou a expansão para que os Estados signatários considerem “também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.” (DECLARAÇÃO DE CARTAGENA, 1984, p. 3).

Leia-se, por oportuno, que a Declaração de Cartagena atua em simbiose com a legislação brasileira, nomeadamente a nova Lei de Migração de 2017, a qual possibilita a obtenção de *visto temporário para acolhida humanitária* para aqueles solicitantes que provenham de qualquer país que tenha sofrido desastre ambiental<sup>34</sup>. Não se trata de refúgio, contudo, é evidente resultado positivo da concepção adotada, estendendo a acolhida legal àquelas pessoas vítimas de desastres ambientais.

De outro norte, a Convenção de Kampala<sup>35</sup> vigora em âmbito do continente africano e abrange diretamente as pessoas deslocadas em decorrência de causas naturais.<sup>36</sup> Diga-se, contudo, que a convenção restringe aplicação aos deslocados internos, qual seja, aqueles que se movem “dentro da fronteira de um Estado reconhecido internacionalmente”<sup>37</sup> excluindo a abrangência de suas disposições aos deslocamentos transfronteiriços em âmbito da comunidade internacional.

---

<sup>29</sup> BREITWISSER, L. G. *Refugiados ambientais: breves notas sobre sua proteção jurídica internacional*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, ano 14, n. 56, p. 142-166, out./dez. 2009 *apud* MONT’ALVERNE, T. C. F.; PEREIRA, A. C. B. *Refugiados ambientais e tutela jurídica internacional: algumas considerações*, in: Revista De Direito Internacional, UniCEUB, volume 9, n.3, 2012. p.50.

<sup>30</sup> ATAPATTU, Sumudu. *Human Rights Approaches to Climate Change: Challenges and Opportunities*. Routledge. London and New York. 2018. p. 172.

<sup>31</sup> PRIEUR, Michel. *Op. Cit.* p. 1.002.

<sup>32</sup> PRIEUR, Michel. *Op. Cit.* p. 1.000.

<sup>33</sup> O texto em análise consta das conclusões expostas junto ao item III, terceira, da Declaração.

<sup>34</sup> A disposição está inscrita no §3º do artigo 14 da lei nº 13.445/17 (Lei de Migração), *in verbis*: “O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento”.

<sup>35</sup> Datada em outubro do ano de 2009, a convenção também denominada Convenção da União Africana Sobre a Proteção e Assistência às Pessoas Deslocadas Internamente em África.

<sup>36</sup> De acordo com a dicção da alínea “k” do Artigo 1 da referenciada convenção, para efeitos da convenção são consideradas pessoas deslocadas internamente aquelas “pessoas ou grupos de pessoas que tenham sido forçadas ou obrigadas a fugir ou a abandonar as suas habitações ou locais de residência habitual, em particular como resultado ou como forma de evitar os efeitos dos conflitos armados, situações de violência generalizada, as violações dos direitos humanos ou calamidades naturais provocadas pelo próprio homem e que não tenham atravessado a fronteira de um Estado internacionalmente reconhecido”.

<sup>37</sup> O texto em questão é replicado da alínea “f” do Artigo 1 da Convenção.

---

A abrangência regional do tratado revela que a celeuma aqui estudada persiste em âmbito internacional. De qualquer forma, apesar do âmbito restrito de aplicação do tratado, é *mister* reconhecer a notória evolução envolta em seus moldes, principalmente quando do reconhecimento da causa ambiental a título de proteção legal humanitária. Fala-se em proteção dos deslocados ambientais em equiparação aos conflitos políticos e violências geralmente provocadas por grupos armados, o que de fato eleva a preocupação depositada sobre a causa ambiental e contribui para a lapidação de um instrumento jurídico que seja efetivo na proteção dos deslocados ambientais.

### **Da proteção jurídica que independe de reconhecimento formal**

A delimitação de um conceito específico e adequado à proteção dos deslocados ambientais é fator que poderia auxiliar consideravelmente na guarida internacional. Entretanto, é certo que o deslocamento de pessoas em decorrência das questões climáticas é uma realidade atual e que exige tratamento urgente.

A emergência vivenciada pelos deslocados revela que embora não haja reconhecimento atinente ao seu enquadramento jurídico como *refugiado* nos tratados internacionais, há que se referenciar uma série de direitos postos em seu favor e que decorrem dos diplomas internacionais que já estão em vigor. Afinal, a simples condição de pessoa é requisito suficiente para inaugurar uma série de direitos especiais inerentes a tal qualidade, nomeadamente aqueles previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), dentre outros.<sup>38</sup> Ainda, ultrapassada a ideia consubstanciada *pirâmide jurídica* de Kelsen, é necessário observar que os tratados internacionais detêm forte influência no direito contemporâneo, fortalecidos pela noção moderna de integração das normas jurídicas.<sup>39</sup>

É notável que a dignidade da pessoa humana está intrinsecamente ligada ao meio ambiente em que a vida se desenvolve, revelando que a proteção e as causas decorrentes de sua degradação significam condição *sine qua non* para o efetivo asseguramento dos diplomas internacionais vigentes e que fazem referência a tal apelo humanitário. Nesse sentido, o Art. 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos enfatiza que deve ser dispensada a devida providência ao ser humano no caso de “[...] perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”<sup>40</sup> e que vem bem a calhar em um modelo de Estado social.<sup>41</sup>

No mesmo norte o princípio nº 1 da Declaração de Estocolmo (1972) determina que “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar [...]”.<sup>42</sup>

Ainda, há que se referenciar a existência do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o qual, em seu Art. 6, exclama que “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”.

Nesse diapasão, ainda poderiam ser citadas diversas outras convenções de índole internacional, as quais enfatizam a responsabilidade dos Estados soberanos em proteger o ser humano das alterações

---

<sup>38</sup> PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 204.

<sup>39</sup> VEIGA, P. *A Convenção Europeia de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Português de Direitos Humanos*, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2018, p. 555-556. No mesmo sentido consta o raciocínio de Gomes Canotilho. In: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra. Almedina, 2002, p. 369.

<sup>40</sup> Cuja íntegra segue transcrita: Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e a sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

<sup>41</sup> MORAIS, C. B. de. *Curso de Direito Constitucional*. T.2: Teoria da constituição em tempo de crise do estado social. Coimbra. Almedina. 2014. p. 110.

<sup>42</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano. 1972.

---

climáticas que colocam em risco o ambiente em que coabita. Todavia, o que se pretende observar é que a convergência havida entre os diplomas internacionais mencionados termina em uma conclusão lógica: se o ambiente em que se desenvolve a vida está degradado de forma a tolher condições básicas de sobrevivência – tal como a manutenção de empregabilidade, o acesso à água ou condições sanitárias adequadas – não há que se falar em cumprimento ou respeito do direito à vida. E, por corolário lógico, se os países signatários se comprometem em não tomar atitudes de modo a infringir o *direito à vida* alhures referido, não deveriam deportar os deslocados ambientais de volta ao seu calvário.

Ademais, parece adequado afirmar: uma vez comprovado que a condição ambiental do país de origem represente degradação tal ao ponto de pôr em risco a vida digna dos deslocados ambientais, restaria consubstanciado o dever de acolhimento, de modo a evitar a deportação que coloque em risco a dignidade da pessoa humana daquele que solicita refúgio.

De forma perspicaz e caminhando nesse sentido, a máxima aqui expressada encontra respaldo técnico na fundamentação da decisão do caso *Ioane Teitiota vs. Nova Zelândia*, junto ao comitê de Direitos Humanos da ONU, que será devidamente analisado a seguir.

### **Análise do caso Ioane Teitiota vs. Nova Zelândia**

A evolução conceitual manufaturada pelos cientistas dedicados às questões climáticas – aliadas ao esforço empreendido pelos projetos que se dedicam à causa ambiental, a exemplo da Iniciativa Nansen<sup>43</sup>, comungam para o aperfeiçoamento das tutelas jurídicas adequadas às pessoas que anseiam proteção em razão das alterações climáticas. Seguindo o mesmo empenho, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas fez radiar um ponto de luz em meio à escuridão, quando, em uma decisão pioneira e histórica<sup>44</sup>, inovou quando da análise de um comunicado submetido aos seus auspícios.

O caso posto em análise tem origem em um pedido de reconhecimento do *status* de refugiado realizado por Ioane Teitiota, em 2012, na Nova Zelândia, sob o argumento de que a sua vida corria risco no seu país de origem – a República do Kiribati<sup>45</sup>. O pedido baseou-se em questões ambientais – nomeadamente os efeitos causados pelo aumento do nível do mar que estariam forçando os habitantes das ilhas que compõem o território do país a deixá-lo de modo a preservar as suas vidas.

Em suma, o pedido restou denegado pelas autoridades locais, decisão que restou judicializada perante a justiça competente. Os argumentos lançados pelo autor quanto os recursos, em âmbito interno da Nova Zelândia e, na perspectiva de obter o *status* legal de refugiado, inclinavam pela necessidade de extensão do conceito estabelecido no Art. 1º da Convenção de Genebra às vítimas das mudanças climáticas e seus efeitos. Relacionou, ainda, dentre outros argumentos, que o aumento do nível do mar – causa direta do problema enfrentado nos autos – é resultado decorrente dos gases de efeito estufa e responsabilidade de todas as nações do globo.

Outrossim, dentre outras ameaças resultantes das alterações climáticas pesam contra a qualidade de vida do requerente e sua família: o (i) crescimento populacional que acarreta a indisponibi-

---

<sup>43</sup> A Iniciativa Nansen (cujo nome original é *The Nansen Initiative*) foi criada em meados do ano de 2012 e trabalha em uma agenda global de proteção e reconhecimento dos deslocados ambientais. Sua origem remonta a dois países europeus, Noruega e Suíça, e atualmente conta com diversos países na direção de suas atividades. Note-se, por obséquio, que a iniciativa não coaduna com o termo “refugiado climático” usualmente empreendido nos mecanismos midiáticos, ponderando pela necessidade de uma conceituação própria e apta ao enquadramento legal necessário. Mais informações disponíveis em <http://bit.ly/3iqtyEE>.

<sup>44</sup> A decisão foi comentada pela agência ACNUR, cuja íntegra encontra-se disponível em: <http://bit.ly/3bQgtmQ>. Acesso em: 28 set. 2020.

<sup>45</sup> O Kiribati é formado por uma série de ilhas, no Pacífico, e é drasticamente assolado por desastres ambientais decorrentes dos efeitos do aquecimento global. Estudos recentes apontam que o deslocamento de pessoas naquele país já é uma realidade, e que algumas regiões do país poderão submergir completamente em decorrência do aumento do nível do mar (CORCORAN, J. *Implications of Climate Change for the Livelihoods of Urban Dwellers in Kiribati*. 2016. p. 22-23).

---

lidade de locais apropriados ao assentamento das pessoas, especialmente com condições sanitárias adequadas; (ii) a contaminação dos lençóis freáticos pela água salgada, tornando-a imprópria para o consumo humano; (iii) a escassez de solo em que é possível o cultivo de alimentos e o (iv) consequente aumento nas disputas por estas terras; (v) as tempestades cada vez mais recorrentes; o (vi) aumento do nível do mar que literalmente submerge elevadas porções de terra do Kiribati.

Na ocasião do julgamento dos primeiros recursos (estes denegatórios do pedido de refúgio), o Tribunal neozelandês considerou que embora haja reconhecimento no que toca a situação climática vivenciada no país de origem do reclamante, concluiu que não é possível estender o conceito de *refugiado* estabelecido na Convenção de Genebra ao caso em apelo<sup>46</sup>. Ainda, considerou que o requerente não comprovou o receio de sofrer *perseguição* em caso de retorno a sua terra natal, este requisito essencial ao reconhecimento pretendido, ponderando que os fenômenos climáticos experimentados não seriam capazes de colocar sua vida e de sua família em risco abarcável pelas convenções internacionais aplicáveis ao caso concreto.<sup>47</sup>

Em derradeiro e após a denegação dos recursos opostos perante aquele país, restou consignada a obrigação de retorno do recorrente e sua família ao Kiribati, os quais foram efetivamente deportados no ano de 2015.

Após tal desiderato, Teitiota demandou perante o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, sob o principal fundamento de que – ao deportá-lo de volta ao seu país e, considerando a situação ambiental lá vivenciada, a Nova Zelândia teria violado o seu direito à vida consignado no Art. 6 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Em detida análise do caso o Comitê acabou por acatar parcialmente os argumentos lançados na queixa, sedimentando que de acordo com a exegese dos artigos 6 e 7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, os Estados membros não podem deportar indivíduos os quais foram deslocados em razão de condições climáticas que coloquem em risco a sua vida. Mais do que isso, reforçou a ideia de aplicabilidade do princípio *non-refoulement* aos deslocados ambientais, enfatizando a responsabilidade de países emissores quanto ao acolhimento dos nacionais provenientes de Estados receptores afetados.

De mais a mais, oportuno salutar que não houve qualquer condenação da Nova Zelândia, ou ordem que revertesse a derradeira situação fática vivenciada pelo denunciante. Segundo a concepção exarada na fundamentação em exame, o Comitê considerou que o Estado neozelandês realizou a devida análise de todos os fatos opostos no pedido de proteção, acatando-os como possivelmente válidos e passíveis de fundamentar uma real procedência ao pedido.<sup>48</sup>

Entretanto, de tal decisão do Comitê de Direitos Humanos se prospecta um sentido positivo para o futuro da discussão aqui em pauta, pois resta consubstanciado o reconhecimento de que as questões ambientais tal como as relatadas no Kiribati são aptas a ensejar a proteção requerida.

---

<sup>46</sup> Direto ao ponto, o juiz Priestley J assim pronunciou: “*Humanitarian concerns and the issues of economic and environmental migrants or refugees are topics which individual states in the international community generally have to consider. But the Refugee Convention is not an available avenue for such migrants and refugees. Certainly it is not available to this applicant and his family*”. (HIGH COURT OF NEW ZEALAND AUCKLAND REGISTRY – TEITIOTA, I. V. The chief executive of the Ministry of Business Innovation and Employment. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/38SoLc4>. Acesso em: 28 set. 2020.).

<sup>47</sup> As análises jurídicas opostas pelo Tribunal quando do julgamento do caso consideraram diversos diplomas jurídicos internacionais, a exemplo da Convenção de Genebra para a proteção dos refugiados nos artigos e termos já referenciados neste artigo, bem como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, nomeadamente o direito de proteção à vida consubstanciado na exegese do artigo 6.

<sup>48</sup> No entanto, é *mister* observar, no entanto, que houve dois votos dissidentes (de autoria dos juízes Vasilka Sancin e Duncan Laki Muhumuza) os quais concluíam pela condenação do Estado membro.

---

O aspecto teórico da constatação levada a cabo parece evidente a expressão vertida na fundamentação e que alçou a causa ambiental como base para o refúgio em âmbito internacional.

A autópsia da decisão torna claro que as nações alvo de um pedido de acolhimento por conta de causas ambientais devem esmiuçar o caso prático, apresentado e buscando contextualizar a real ameaça sofrida pelo demandante, seja ela abarcada ou não pelo conceito de refugiado estabelecido nos diplomas clássicos.

### **Metodologia**

A metodologia utilizada na confecção deste artigo baseia-se na técnica teórico-dogmática, com a dissecação de obras doutrinárias, jurisprudenciais, ampla gama legislativa de âmbito interno (portuguesa e brasileira) e os tratados internacionais.

Como óbvio na ciência jurídica, trata o tema de forma transdisciplinar, dentre as quais se destacam as searas do Direito Constitucional, Direito Ambiental, Direito Internacional e os Direitos Humanos e econômicos. Busca-se compreender a problemática envolta no reconhecimento dos deslocados ambientais através da atividade jurídico-cognitiva internacionalmente concebida, tudo com olhos atentos aos aspectos políticos e econômicos envoltos na questão *sub judice*.

### **Resultados e discussão**

À luz de todo o exposto, parece elementar a constatação de uma verdadeira lacuna de proteção jurídica, que no limbo em que reinam as incertezas conceituais acaba por vulnerar as pessoas vítimas das mudanças climáticas. De outra baila, denota-se que a comunidade jurídica internacional vem empreendendo efetivos esforços na busca da melhor solução para o enquadramento e designação de um instituto que seja capaz de salvaguardar os interesses dos deslocados ambientais, esforços estes que são temperados à guisa das questões políticas internacionais.

Em que pese haver notável falta de enquadramento da causa ambiental no conceito de refugiado estabelecido na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, é fato que tal situação não tem o condão de afastar a proteção jurídica devida em respeito aos direitos inerentes à pessoa humana das vítimas deslocadas. São postos à baila diversos diplomas internacionais que tratam de assegurar os direitos inerentes à pessoa humana, os quais devem ser observados à vista da responsabilidade dos Estados signatários.

Em tal desiderato, diante de questões de cunho humanitário ambiental é imperiosa a aplicação do princípio *non-refoulement*, norma reconhecida como *ius cogens*, alicerce de vários diplomas internacionais que visam à guarida de pessoas prejudicadas pelo descompasso da vida quotidiana.

### **Considerações finais**

Com olhos atentos ao narrado, o pioneirismo da recente decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre o caso *Ioante Teitiota x Nova Zelândia* inclina para o fortalecimento dos direitos daqueles que são reputados como as primeiras vítimas do aquecimento global, ainda que pouco contundente defronte tantas as críticas lançadas sobre a causa aqui esboçada. Encaminha-se para a consagração de que a garantia da dignidade da pessoa humana passa invariavelmente pela proteção do meio ambiente em que vive o indivíduo, do qual é corolário lógico a responsabilidade dos entes estatais, quando lhes é solicitado auxílio para a proteção de pessoas deslocadas por conta de catástrofes ou demais causas ambientais.

Enquanto isso, é prudente relembrar que o deslocamento forçado – seja ele por causas ambientais, políticas, dentre outras – é uma realidade perene, passível de ocorrência com todas as nações do planeta. Não é demais lembrar, nas palavras do sociólogo polonês Zygmunt Bauman na animação *On the Fear of Refugees*: “os refugiados simbolizam, personificam nossos medos.



---

Ontem, eram pessoas poderosas em seus países. Felizes. Como nós somos aqui, hoje. Veja o que aconteceu hoje. Eles perderam suas casas, perderam seus trabalhos” (BAUMAN, 2017, on-line).

### Referências

ACNUR. **Convenção relativa ao estatuto dos refugiados**. 1951. Disponível em: <http://bit.ly/38W1LJ6>. Acesso em: 28 set. 2020.

ACNUR. **Declaração de cartagena**. 1984. Disponível em: <http://bit.ly/39GX0Td>. Acesso em: 28 set. 2020.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL. **Direito dos refugiados, princípio do “benefício da dúvida”, princípio do “non-refoulement”**. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2Kq6FEV>. Acesso em: 28 set. 2020.

ATAPATTU, S. **Human Rights Approaches to Climate Change: Challenges and Opportunities**. London; New York: Routledge, 2018.

BAUMAN, Z. **Estranhos à nossa porta**. São Paulo: Zahar, 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <https://bit.ly/2XQuOaN>. Acesso em: 16 mar. 2020.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. **Lei nº 27/2008, de 30 de junho**. Estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou protecção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de protecção subsidiária, transpondo para a ordem jurídica interna as Directivas nº 2004/83/CE, do Conselho, de 29 de abril, e nº 2005/85/CE, do Conselho, de 1 de dezembro. Disponível em: <https://bit.ly/35PYfyd>. Acesso em: 25 mar. 2020.

CORCORAN, J. **Implications of Climate Change for the Livelihoods of Urban Dwellers in Kiribati**. 2016. (Thesis, Doctor of Philosophy (PhD) – University of Waikato, Hamilton. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10289/10442>.

EL-HINNAWI, E. **Environmental Refugees**. Nairobi: United Nations Environment Programme (UNEP), 1985.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. 1972. Disponível em: <https://bit.ly/3bP5dat>. Acesso em: 28 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. 1948. Disponível em: <https://bit.ly/3qtYYgn>. Acesso em: 28 set. 2020.

PEACE AND SECURITY COUNCIL. **African union convention for the protection and assistance of internally displaced persons in africa (Kampala convention)**. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3nYNpvY>. Acesso em: 28 set. 2020.

PRIEUR, M. *Droit de l'environnement, droit durable*. Bruxelles: Bruylant, 2015.

---

TEITIOTA, I. V. **The chief executive of the Ministry of Business Innovation and Employment**. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/38SoLc4>. Acesso em: 28 set. 2020.

THE NANSEN INITIATIVE. **Towards a protection agenda for people displaced across borders in the context of disasters and the effects of climate change**. c2020. Disponível em: <https://www.nanseninitiative.org/secretariat/>. Acesso em: 28 set. 2020.

UNITED NATIONS OFFICE FOR DISASTER RISK REDUCTION. **Global Assessment Report on Disaster Risk Reduction**. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3682KED>. Acesso em: 28 set. 2020.

---

Artigo recebido em 23/05/19. Aceito em 23/08/19.

# A RESPONSABILIDADE CIVIL NA COMPRA E VENDA DE VEÍCULOS USADOS

## A responsibility for buying and selling used vehicles

Adriano Leite <sup>1</sup>

Roger Mendes Cecchetto <sup>1</sup>

**Resumo:** Trata-se de um estudo da responsabilidade civil presente na compra e venda de veículos usados, arazoando-se na disparidade e na necessidade de adequação da lei, especificadamente para esse crescente nicho mercadológico e suas inovações, uma vez que a sociedade se moderniza e evolui em uma velocidade superior, que a legislação não consegue acompanhar. Os métodos utilizados são o dedutivo e o bibliográfico, reunindo entendimentos e citações doutrinárias imperiosas ao tema, adentrando na esfera da lei consumerista e trazendo um panorama sobre a garantia legal incidente nos veículos usados, através do Código de Defesa do Consumidor. Dessa maneira, pode-se classificar esta pesquisa como descritiva, teórica e quantitativa. O intuito é justamente propiciar ao leitor, a construção de uma análise crítica da garantia legal prevista e aplicada aos veículos usados, frente aos princípios norteadores das relações de consumo, utilizando-se também de jurisprudências para ilustrar as distintas interpretações desses dispositivos legais, principalmente no cerne da controvérsia que gravita em torno da própria lei consumerista não distinguir os produtos novos dos usados, aplicando para ambos a mesma norma, forçando a necessidade, ao que se entende, de um exame pormenorizado do caso em concreto para adequar as responsabilidades do fornecedor com as expectativas do consumidor, sem ignorar as características intrínsecas e inerente aos veículos usados, diferenciando vícios de desgastes, buscando equilibrar a relação de consumo, respeitando os princípios que a norteia, principalmente a boa-fé e o dever de informação, sem privilegiar demasiadamente o consumidor, que adquire um veículo usado esperando dele, o comportamento de um veículo novo.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Garantia. Veículos usados. Boa-fé.

**Abstract:** This is a civil liability study, present in the purchase and sale of used vehicles, which requires the adaptation of the law, specifically for this growing market niche and its innovations, since society is modernized and evolves at a higher speed, that the legislation cannot keep up with. The methods used are deductive and bibliographic, bringing together companies and mandatory doctrinal citations on the subject, entering the sphere of consumerist law and providing an overview of a legal guarantee on used vehicles, with the Consumer Protection Code. In this way, this research can be classified as descriptive, theoretical and quantitative. The intention is only to provide the reader with a construction of a critical analysis of the current legal guarantee applied and applied to used vehicles, in face of the principles of consumer relations, also using the jurisprudence to illustrate the different interpretations of these legal products, currently it does not deal with controversy that gravitates to the consumer's right does not distinguish new products from used ones, focusing on the same norm, forcing the need, as it seems, a detailed analysis of the specific case to adapt as the supplier's responsibilities with consumer expectations, without ignoring the intrinsic and inherent characteristics of used vehicles, differentiating usage vices and seeking a balanced consumption relationship, respecting the principles of the northern region, especially good faith and the duty of information, without excessive privileges or Consumer, who purchases a vehicle used waiting for him, the behavior of a new vehicle.

Keywords: Civil responsibility; Warranty. Used vehicles. Good faith.

### Introdução

Os veículos são bens de consumo desejados e almejados por quase toda a população, considerados como ícones da sociedade contemporânea, devido principalmente à função de locomoção, mas também pelos demais valores a eles agregados, representando um símbolo de status social e estilo de vida.

---

<sup>1</sup> Centro Universitário Leonardo da Vinci – UNIASSELVI. Rodovia BR 470 – Km 71 – nº 1.040 – Bairro Benedito – Caixa Postal 191 – 89130-000 – Indaial/SC. Fone (47) 3281-9000 – Fax (47) 3281-9090 – Site: www.uniasselvi.com.br.

---

O Brasil é um dos países onde há maior concentração de automóveis por habitante, tendo a sua frota acrescida significativamente todos os dias. No entanto, totaliza uma idade média desses veículos de dez anos de uso, ou seja, em sua maioria, são veículos usados.

Assim, a compra e a venda desses veículos usados vêm se tornando um negócio muito comum e atrativo, trazendo vantagens em relação aos preços e opcionais. Contudo, de outra banda, traz desvantagens em relação a vícios e defeitos, o que arrazo a presente artigo, que objetiva elucidar a abrangência das garantias legais incidentes nessas relações, abordando especificamente a relação de consumo tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Interpretações distintas sobre o assunto podem ser facilmente encontradas em diversas jurisprudências e doutrinas, o que traz certa insegurança jurídica, uma vez que enquanto uns alegam ter garantia independentemente do ano de fabricação ou da modalidade em que é ofertado o veículo, outros afirmam haver a possibilidade da venda ocorrer no estado em que se encontra, e sem a incidência de nenhuma garantia.

Constitui a máxima da discussão, o fato de que a lei consumerista aplicada aos veículos usados é a mesma que tutela a compra e venda dos veículos novos. Pode a lei esperar a mesma ausência de vícios dos veículos novos no comércio dos veículos usados? O desgaste não é presumido pelo uso? Ainda, pelo fato de a lei proibir expressamente a exoneração do fornecedor da garantia legal, são válidas as cláusulas inseridas comumente nos contratos quando o veículo é comercializado “no estado em que se encontra”, ou ainda, na prática da modalidade “repasso”?

Para proporcionar tal entendimento e fundamentar as respostas de tais perguntas, inicia-se uma exposição das atuais concepções do ordenamento jurídico, definindo os conceitos trazidos pela lei consumerista e as teorias defendidas pelos doutrinadores sobre o assunto, chegando a teoria na qual diversas decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina vêm se fundamentando, baseando-se na finalidade fática esperada do produto e na sua vida útil estimada, sobrepondo os princípios em detrimento das regras, quais são moldadas de acordo com a intenção do legislador, que é extraída do ordenamento jurídico como um todo.

Tal interpretação flexibilizada é defendida como a mais coerente, uma vez que respeita os princípios da boa-fé e da informação, no momento em que se dá ciência ao consumidor adquirente de que o veículo é usado e pode sim demandar consertos em razão do desgaste inerente, ficando a seu livre arbítrio a decisão de compra de acordo com o estado do veículo.

O objetivo principal é compreender as cláusulas da Garantia Legal prevista no Código de Defesa do Consumidor, sob os contornos dos veículos usados, buscando corrigir possíveis injustiças resultantes de uma responsabilização indevida, reequilibrando a relação de consumo com a devida observância aos princípios.

Os métodos utilizados nesse artigo foram o dedutivo e o bibliográfico, buscando-se a respeito do assunto em revistas, livros, jurisprudências, publicações virtuais e diplomas normativos, permitindo a construção de uma análise crítica acerca da incidência da garantia legal na compra e venda de veículos usados, frente aos princípios norteadores das relações consumeristas. Dessa maneira, pode-se classificar esta pesquisa acadêmica como descritiva, teórica e quantitativa. A seguir, explanaremos a responsabilidade civil na compra e venda de veículos usados.

### **Comércio dos veículos usados**

É notório que existam vantagens e desvantagens em adquirir um veículo seminovo ou usado, as quais devem ser consideradas pelo consumidor na hora da compra, porém, o que faz esse crescente mercado ser tão próspero é justamente a vantajosa relação custo-benefício envolvida, uma vez que não há aquela depreciação instantânea que desvaloriza o veículo novo quando ele sai da concessionária, isso porque o valor do veículo usado já está estabilizado frente ao mercado, desmerecendo em menor proporção.

---

No entanto, todas essas vantagens se dão justamente em consequência da condição de “usado” do veículo, ou seja, do fato dele já ter sido utilizado anteriormente, não possuindo as mesmas características de quando saiu da fábrica.

Há, portanto, uma enorme disparidade entre um veículo zero quilômetro e um veículo já usado, que possua vários anos de fabricação e amplos quilômetros rodados. Apesar de ambos serem bens móveis que cumprem a finalidade de transporte, não há como compará-los no quesito de vícios e defeitos, pois são máquinas formadas por peças de diversos componentes que reagem diferentemente ao uso e as condições em que são expostas no tempo, devendo ter ciência o consumidor adquirente que o menor preço pode vir a acarretar maiores riscos.

Mesmo assim, a busca pelos usados vem aumentando significativamente, superando em algumas datas a procura pelos novos zero quilômetro, o que faz surgir questionamentos quanto à garantia de quebra ou defeito desses automóveis já usados, sendo importante verificar e esclarecer como o Código de Defesa do Consumidor trata esse tema.

### **Características dos veículos usados**

Os veículos são considerados bens de consumo duráveis, aqueles que não se extinguem com o uso, podendo ser utilizados por um período indeterminado de tempo, sem perder a sua funcionalidade. Tal vida útil depende totalmente do uso ao qual é exposto o veículo, atrelado à manutenção que é empregada, seja ela preventiva ou corretiva, influenciando diretamente para que a utilidade do veículo seja prolongada ou não.

É impossível de se afirmar que um veículo durará para sempre. Não há como ignorar que, ao longo de seu uso, ele venha a sofrer desgastes naturais na totalidade de seus componentes, necessitando de reparos e manutenções, criando folgas, barulhos e vazamentos.

Os veículos novos, zero quilômetro, possuem um cronograma de manutenções que deve ser seguido para que o fabricante garanta seu perfeito funcionamento, cobrindo o veículo com a garantia de fábrica. Já nos veículos mais usados, muitas revisões pré-agendadas ou recomendadas se quer foram feitas. Serviços de reparo mal realizados ou a substituição das peças originais por paralelas, de qualidade inferior, também influenciam no correto funcionamento de todo o conjunto. Além de que, podemos estar falando de um veículo com muitos anos de uso, fabricados na década de 1980 ou 1990, como é muito comum de se encontrar, rodando perfeitamente pelas ruas das cidades.

Esses veículos, considerados usados, contendo vários anos de fabricação, tem o seu valor bem inferior se comparados aos veículos novos, isso porque seu valor é depreciado justamente pelo seu uso. A título de exemplo, um Volkswagen Gol 1.6, ano de fabricação 1990, tem seu preço médio em R\$ 5.915,00, segundo a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE (2020) –, já o mesmo modelo Gol 1.6 Zero KM tem seu valor médio estipulado em R\$ 51.027,00 (2020). Embora haja grande diferença de opcionais, trata-se de bens móveis que possuem idêntica finalidade, que é o transporte de pessoas.

Analisando essa diferença, chega-se aos questionamentos base do presente artigo: faz sentido aplicar as mesmas normas para ambos os veículos? O veículo novo passa por diversas vistorias ainda dentro da fábrica, atestando seu correto funcionamento, porém, como um fornecedor de veículos usados terá a certeza de que o produto vendido não apresentará quebras ou defeitos? Seu desgaste é considerado vício? Seria necessário examinar e substituir todos os componentes do veículo, antes oferecê-lo ao comércio? O que se tornaria economicamente inviável e impossível, pois mesmo estando em pleno funcionamento, pode esse veículo usado ter desgastes ou defeitos inimagináveis, que nem mesmo o fabricante tenha previsto. A lei consumerista tutela ou proíbe essa comercialização?

---

## **Garantia legal aplicável aos veículos usados**

Na compra e venda de veículos usados que preencham os requisitos da relação de consumo e, conseqüentemente, forem tuteladas pela lei consumerista, aplica-se o disposto no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, qual aduz os vícios que ensejam a responsabilização:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas (BRASIL, 1990).

Os vícios de adequação aqui mencionados, para Roberto Basillone Leite (2002, p. 139), são “as imperfeições que tornam o produto (art. 18) ou serviço (art. 20) impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam [...]”. Ainda, segundo Cláudia Lima Marques (2006, p. 1146), “comprometem a expectativa criada no consumidor acerca da utilidade ou prestabilidade do produto”.

Os automóveis, apesar dos demais valores agregados, em sua essência, possuem a simples função de locomoção, ou seja, a finalidade de transportar pessoas e ou mercadorias. Sendo assim, o vício capaz de ensejar a responsabilização do fornecedor, deve inutilizar o veículo de atingir a sua finalidade, tornando-o inservível ao consumidor.

Segundo Miguel Maria de Serpa Lopes (2010, p. 131-132), os vícios e defeitos ocultos devem “tornar a coisa inapta ao uso a que é destinada ou importar em diminuir-lhe notavelmente seu valor. Não ocorre tal circunstância se a coisa for unicamente menos excelente, menos bela, menos agradável ou se trata de ausência de alguma qualidade”.

Portanto, de acordo com esse entendimento, um vício na parte mecânica ou estrutural (motor, caixa de câmbio), que impossibilita o veículo de se locomover com segurança, de fato o torna imprestável ao fim a que foi adquirido, frustrando as intenções e as expectativas do consumidor, porém, de outro lado, se o veículo vier a apresentar falhas em seus acessórios, como o sistema de vidros elétricos, ar-condicionado ou até mesmo sobressair pontos de ferrugem em sua lataria, apesar de serem também considerados vícios, não tornam o veículo imprestável, pois são conseqüências lógicas e presumíveis da sua própria condição de usado, não havendo, portanto, em tese, o direito ao pleito de saneamento do vício. Explica o autor Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 122) que:

Não é qualquer defeito ou falha existente em um bem móvel ou imóvel recebido em virtude de contrato comutativo que dá ensejo a responsabilização do alienante por vício redibitório. Defeito de somenos importância ou que possam ser removidos são insuficientes para justificar a invocação da garantia legal, pois não o tornam impróprio ao uso a que se destina, nem diminuem seu valor econômico.

Desse modo, pode-se afirmar que nem todo vício presente em um veículo usado está acobertado pela garantia do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que tais vícios, na maioria das vezes, estão interligados ao desgaste ocasionado pelo uso do veículo, característica intrínseca que não pode ser ignorada ou desconsiderada pela legislação.

## **Prazos da garantia legal**

Com relação ao período temporal, o próprio art. 18, em seu parágrafo primeiro, traz o prazo de 30 dias para que o vício seja sanado, e, no caso de descumprimento por parte do fornecedor, o consumidor poderá escolher entre a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso, a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos ou o abatimento proporcional do preço.

---

No entanto, o direito de apresentar a reclamação por esses eventuais vícios não sanados no período de 30 dias, é limitado aos prazos previstos no artigo 26, que variam de acordo com a classificação do vício em aparentes e de fácil constatação ou oculto. Esclarecedora, nesse ponto, a lição do Professor José Fernando Simão (2003, p. 69) a respeito dessa classificação dos vícios em aparentes e ocultos aponta que:

Vício aparente, a contrário sensu, é aquele de ser notado por meio de simples observação e exame atento do homem médio. Assim, se o farol do carro não funciona, não estamos diante de vício oculto, mas de vício aparente que pode ser percebido por meio da visão, bastando, para tanto, acionar o farol. Porém, se o motor do carro, após meses de uso, apresenta um problema de aquecimento fora do normal, estamos claramente diante de vício oculto.

Vício oculto é aquele defeito cuja existência nenhuma circunstância pode revelar, senão mediante exames ou testes. Em se tratando de veículos usados, os vícios ocultos estão mais relacionados com algum defeito de fabricação de uma peça, erro de projeto ou até mesmo um desgaste anormal ou prematuro, isso porque, um defeito consequente do desgaste normal, ocasionado pelo uso contínuo do veículo, não pode ser considerado vício oculto, nem mesmo aparente, a não ser que se trate de um desgaste excessivo, incompatível com o uso contínuo.

O prazo para exercer o direito de reclamação quanto aos vícios considerados aparentes e de fácil constatação, segundo o artigo 26, caduca em 90 dias, a partir da data de entrega do produto. Contudo, em se tratando de vício oculto, o prazo somente se iniciará no momento em que ficar evidenciado sua presença.

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: [...] II - Noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.  
§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. [...]  
§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito (BRASIL, 1990).

Nota-se que, ao utilizar a expressão “ficar evidenciado” como marco inicial do prazo, o Código de Defesa do Consumidor abre grande margem para interpretação, todavia, o legislador não teve a pretensão de forçar um desequilíbrio inverso da relação de consumo, muito menos tutelar uma garantia eterna sobre vícios ocultos, ocasionando uma séria insegurança nas relações de consumo.

Sobre o tema, vem a calhar as palavras ditas por Cláudia Lima Marques (2002, p. 1.022), afirmando que “somente a partir da descoberta do vício (talvez meses ou anos após o contrato) é que passarão a correr os 30 ou 90 dias. Será, então, a nova garantia eterna? Não, os bens de consumo possuem uma durabilidade determinada. É a chamada vida útil do produto”.

Extrai-se que o intuito do legislador não era prever uma garantia legal que se prolongasse eternamente no tempo, o que se buscou, é a clara proteção do consumidor contra os vícios mascarados ou de difícil percepção, carecendo, porém, de uma análise valorativa do tipo de produto e, principalmente, da vida útil que dele é esperada, para que seja verificado a incidência ou não da garantia legal, utilizando-se do bom senso e do critério de justiça.

Luiz Antonio Rizzato Nunes (2015, p. 436-437) afirma que a garantia legal “deverá, no entanto, ser considerada segundo as reais especificidades do produto que estiver sendo comprado, bem como com as condições de oferta do fornecedor que o estiver vendendo”.

O doutrinador Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin também defende o critério de vida útil do produto como dado relevante para a definição do limite temporal da garantia legal, fundamentando-se no fato de que cada produto possui uma vida útil específica, não sendo possível, ao legislador, fixar um prazo que abrange todo e qualquer bem, uma vez que tal prazo seria

---

imprestável frente aos incontáveis tipos de produtos oferecidos no mercado, e, portanto, o método mais eficaz a ser aplicado é o da chamada "Teoria da vida útil", adotada como o critério capaz de definir limites para o direito do exercício da reclamação do consumidor (BENJAMIN, 1991). O referido entendimento é exposto e utilizado na seguinte decisão do STJ, que assim dispõe:

[...]. Com efeito, em se tratando de vício oculto não decorrente do desgaste natural gerado pela fruição ordinária do produto, mas da própria fabricação, e relativo a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, o prazo para reclamar pela reparação se inicia no momento em que ficar evidenciado o defeito, não obstante tenha isso ocorrido depois de expirado o prazo contratual de garantia, devendo ter-se sempre em vista o critério da vida útil do bem. (BRASIL, 2012).

Dessa forma, para as demais interpretações, é evidente que o tempo de vida útil de cada produto deve ser estabelecido de acordo com cada caso, à luz da razoabilidade e do bom senso, garantindo a proteção do consumidor vulnerável, ao mesmo tempo em que se busca evitar seu enriquecimento sem causa, caso tal prazo seja efetivamente exagerado.

O Código de Defesa do Consumidor reforça a proteção dada ao consumidor ao acautelá-lo com a vedação expressa das cláusulas contratuais que impossibilitem, exonerem ou até mesmo atenuem as obrigações dos fornecedores pelos eventuais vícios constante no produto, da mesma forma que os proíbe de alegar desconhecimento ou a ignorância de tais vícios, para afastar a responsabilidade de indenizar.

Art. 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.

Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresse, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuem a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores (BRASIL, 1990).

Assim, o código traz expressamente a impossibilidade da garantia contratual se sobrepor ou substituir a garantia legal, da mesma forma, considera nula qualquer estipulação referente aos vícios que seja contrária a garantia legal, estipulando, assim, critérios mínimos para o desenvolvimento do contrato, configurando-se como uma limitação da liberalidade oriunda da manifestação de vontade das pessoas contratantes.

Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.

Art. 51. São nulas de pleno direito, 'entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - Impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis (BRASIL, 1990).

Para que possamos adentrar na discussão referente ao modo e forma de aplicação das normas comentadas, em se tratando especificamente de veículos usados como produtos, impõe-se a compreensão dos princípios que regem tais normas, principalmente pelo fato do Código de Defesa do Consumidor ser considerado uma lei principiológica, adotando um sistema de cláusulas abertas, cujos princípios se preponderam sobre as regras.



---

### **Princípios norteadores das relações de consumo**

Os princípios são dotados de valores morais e éticos e devem sempre servir de vetores orientativos e norteadores nas situações que demandem uma interpretação das regras, pois elas se prestam para regular situações concretas, enquanto os princípios possuem alto grau de abstração e alta carga valorativa, servindo como base normativa, adequando a aplicação da lei de forma harmônica e complementar.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe nos artigos 4º ao 7º, princípios gerais, principalmente no texto do artigo 4º, que, segundo a doutrina, prevê as chamadas garantias fundamentais, das quais se originam os demais princípios.

Um dos princípios mais importantes, tido como requisito necessário e obrigatório em todo negócio jurídico, é o princípio da boa-fé, abrangendo tanto o consumidor como o fornecedor, reciprocamente. Tal princípio está previsto no inciso III, do artigo 4º, aduzindo o dever de as partes agirem com respeito, sinceridade e veracidade, condizentes com o ordenamento jurídico e pautados na honestidade:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]  
III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (BRASIL, 1990).

Esse princípio agrega outros deveres anexos às relações de consumo, não menos importantes, como afirma Tereza Negreiros (1998, p. 274) que, “o mais típico dever acessório derivado do princípio da boa-fé é o dever de informar”. Parte-se do pressuposto que o consumidor é leigo e, portanto, vulnerável; enquanto o fornecedor é um profissional experiente e conhecedor das informações relativas ao produto qual comercializa, sendo motivo suficiente para prestá-las. Informado, o consumidor dispõe de ferramentas para decidir, sem que assim seja persuadido ou induzido a erro, nem que se criem falsas expectativas (KHOURI, 2006).

Assim, como reflexo do dever de informar, tem-se o princípio da transparência, que objetiva a disponibilização pelo fornecedor de informações claras e corretas a respeito do produto, esclarecendo suas características, abrangendo toda a relação, buscando lealdade inclusive na negociação, pautando-se na veracidade e assegurando uma relação segura.

Segundo Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva (2003, p.68), tal princípio “adquiriu importância especial no Código de Defesa do Consumidor, para controlar o abuso do poder econômico, de quem passou a exigir visibilidade e lisura nas relações jurídicas de consumo”.

Esse princípio é visualizado no caput do artigo 4º, e também no inciso III do artigo 6º, como direito básico do consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]  
III - A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (BRASIL, 1990).

Outro princípio que está diretamente ligado ao anterior é o da confiança, que aduz a fé depositada pelo consumidor, esperando que seja suprida as suas expectativas sobre o produto,

---

de acordo com as informações fornecidas na oferta, obtendo a satisfação de suas pretensões.

Ainda, dentre os mais importantes, destaca-se o princípio da vulnerabilidade do consumidor, qual fundamenta toda a seara consumerista e a sua tutela protetiva, presumindo ser ele a parte mais fraca da relação, o que, conseqüentemente, torna-o vulnerável e desprotegido.

Com isso, é possível afirmar que os princípios têm como propósito geral alcançar uma relação de consumo correta e honesta, harmonizando os interesses e o equilíbrio entre ambas as partes, repudiando as condutas incompatíveis e garantindo em tese, a aplicação justa do direito ao caso concreto.

### **A possibilidade de flexibilização da garantia legal**

Como é sabido, o Código de Defesa do Consumidor tem todo o viés protetivo voltado para o consumidor, presumindo ser ele a parte vulnerável dessa relação. Por força dos princípios norteadores, há de se levar em consideração as características individuais do produto que está sendo vendido no caso em concreto, a fim de obedecer à real intenção da legislação.

Apesar da lei consumerista ser expressa, não fazendo nenhuma distinção quanto ao produto qual tutela, ser novo ou usado, aplicando os mesmos artigos para ambos, cabe ao magistrado aplicar o direito com razoabilidade e proporção, exigindo um juízo de valor e estabelecendo a norma em face da realidade fática. Luiz Antônio Rizzato Nunes (2013), faz em sua obra uma abordagem dessa relação tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor:

Claro que se está falando de vício autêntico e não de problemas com desgaste. É evidente que um veículo usado pode ser vendido com pneu desgastado, lonas de freios gastas, motor consumindo mais óleo que quando novo etc., sem que isso possa ser considerado vício. E, ainda, que o desgaste do pneu gere a necessidade de sua troca num prazo digamos, de 60 dias. O vício terá que ser daqueles que não decorram do desgaste. Por exemplo, em 3 dias após a aquisição do veículo usado, o motor funde. Assim, a partir do CDC, aquela famosa expressão inserida nos documentos de venda de veículos usados (recibos e/ou notas fiscais), “veículo vendido ‘no estado’”, tem de ser interpretada segundo as circunstâncias retro mencionadas e que conformam o contrato de venda e compra do veículo (NUNES, 2013, p. 336).

Sendo o produto usado, lógico que ele não terá as mesmas propriedades nem funcionará como um novo, portanto, a garantia legal terá de ser considerada segundo as reais especificidades do produto que estiver sendo comprado, analisando as condições de oferta do fornecedor que o estiver vendendo (NUNES, 2013).

Como o desgaste é condição intrínseca nos veículos usados, as variáveis decorrentes dele são incontroláveis e, portanto, inevitáveis, sendo impossível ignorar ou desprezar esse aspecto, o que força o sistema legal consumerista a se moldar ao caso concreto.

Afirma Luiz Antônio Rizzato Nunes (2013, p. 358) que, “se o consumidor compra aquele Gol 1990, não pode esperar o desempenho de um novo, que os pneus não estejam desgastados da mesma maneira que todos os demais componentes etc.”.

Em se tratando de veículos usados, há grande distinção entre desgaste e vício, influenciando diretamente na existência ou não do dever de indenizar. A título de exemplo, cita-se uma jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO USADO. RESPONSABILIDADE DA REVENDEDORA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS OCULTOS NO AUTOMÓVEL. DESGASTE NATURAL DO BEM. PEÇAS TROCADAS NÃO INSERIDAS NA GARANTIA CONTRATUAL. PREVISIBILIDADE DOS REPAROS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. **"Não se confunde com a**

---

**ideia de vício oculto o desgaste natural que sofre a coisa, a depreciação pelo uso contínuo, pois ninguém que adquire um veículo antigo pode esperar que ele se comporte como se novo fosse" (SANTA CATARINA, 2019, grifo nosso).**

Daí a conclusão de que a aplicação engessada do Código de Defesa do Consumidor, na seara dos veículos usados se distância da realidade e da própria intenção da lei, uma vez que responsabiliza o fornecedor, mesmo quando este se atenta e obedece aos princípios norteadores.

### **Validade do termo de isenção de garantia legal**

Mesmo um veículo antigo que tenha muitos anos de fabricação e que fora muito usado, possui valor de comércio e, até mesmo, em alguns modelos, uma procura bem significativa. É o caso, por exemplo, dos conhecidos Volkswagen Fuscas, veículos antigos e charmosos que quase todos já tiveram contato.

Uma prática comum na venda desses veículos fora de linha, em que não há como garantir o perfeito funcionamento sem despendar de uma quantia elevada em revisões, é a estipulação de um termo, assinado pelo comprador, dando ciência expressa da condição desgastada do veículo, com o intuito de isentar o vendedor de qualquer garantia mecânica, incluindo a garantia legal trazida pelo Código de Defesa do Consumidor. É o que ocorre também nos veículos chamados de “repasso”, modalidade em que o veículo é vendido no estado em que se encontra, com um preço abaixo do praticado no mercado.

Nas palavras do Relator e Desembargador Henry Petry Junior (SANTA CATARINA, 2017b, s. p.) “[...] os veículos recebidos na compra de veículos novos, às vezes não se encaixam no perfil para venda em concessionária, como carro desses autos, um Del Rey com mais de 30 anos de fabricação, sendo repassados para terceiros”.

Como dito anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor, por força de seu art. 51, considera abusiva toda cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos.

Segundo Tartuce e Neves (2012, p. 268) “a norma reproduz a vedação abarcada na cláusula de não indenizar ou cláusula de irresponsabilidade para os contratos de consumo, compreendida, inclusive, na redação do artigo 25 do aludido diploma”.

Essa norma é considerada de reforço expresso ao sistema instituído de responsabilidade objetiva, em complemento a todas as disposições regradas nas seções que tratam do assunto. O Código busca justamente proibir que o fornecedor de alguma maneira, pudesse escapar no todo ou em parte de seu dever de indenizar e reparar (NUNES, 2015).

Entretanto, apesar de ser expressa nos ditames legais, essa proibição vem sendo relativizada conforme as circunstâncias, já havendo posicionamento flexibilizado pelos magistrados nesse sentido, considerando as características do caso em concreto. Vejamos:

**APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CONDENATÓRIA. - IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. VEÍCULO COM DIVERSOS VÍCIOS OCULTOS. VALOR DE COMPRA. PREÇO BEM ABAIXO DE MERCADO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA ALIENANTE. DECISÃO ACERTADA. - Certo que o veículo, com longo tempo de uso e ampla quilometragem rodada, foi comercializado em valor substancialmente inferior ao de mercado e o consumidor assinou documento em que se menciona tal situação, devem ser indeferidos os pleitos exordiais de rescisão contratual, com restituição de valores, e de danos morais. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (SANTA CATARINA, 2017a, s.p., grifo nosso).**

---

Apesar da presença incontestável de diversos vícios no veículo, nesse caso citado como exemplo, decidiu-se pela improcedência do pedido. O Relator, acerca das razões recursais, ressaltou:

Indiferente o fato de os vícios não serem identificáveis por um leigo, tendo em vista o desconto fornecido em razão da situação do bem; [...] a assinatura de documento em que o consumidor abre mão de garantia, por si só, não afasta a responsabilidade do fornecedor, porém, resta está afastada, na hipótese vertente, em razão da situação própria do caso; Ou seja, ainda que se possa argumentar que aos fornecedores não é lícito prever cláusula contratual que os isentam de responsabilidade, na hipótese vertente o autuado deixa claro que o bem foi adquirido em montante substancialmente inferior ao valor de mercado em razão dos riscos inerentes ao seu tempo de uso e quilometragem rodada. Desse modo, verificado que o veículo, com longo tempo de uso e ampla quilometragem rodada, foi comercializado em valor substancialmente inferior ao de mercado e o consumidor assinou documento em que se menciona tal situação, bem como porque o montante necessário para os reparos não alcança o desconto fornecido, deve ser indeferido o pleito exordial de rescisão contratual, com restituição de valores, e danos morais (SANTA CATARINA, 2017a, s.p.).

Nota-se que fora levado em consideração as características do veículo, que, por ser usado, possuía desgastes presumíveis, mitigando a aplicação da lei consumerista, ao ponto de que se aplicada, desequilibraria a relação de consumo no sentido contrário. Essa interpretação extensiva e flexibilizada da norma, vai de acordo com os princípios fundamentais, como o da boa-fé e o da informação, uma vez que o fornecedor agi de boa-fé informando ao consumidor que o veículo continha desgastes e que, possivelmente, necessitaria de reparos, reparos presumíveis e inerentes ao próprio uso do veículo. Consoante com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, amplamente aplicados no ordenamento jurídico.

Não há como exigir e esperar que um veículo usado se comporte como um veículo novo, nem mesmo meios suficientes para que seja garantido o bom funcionamento de todos os componentes pelo fornecedor, tal impossibilidade é facilmente conhecida pelo chamado “homem médio”, não podendo ser ignorada, principalmente quando há um documento dando expressa ciência de tal condição ao consumidor.

O respeito e a obediências aos princípios norteadores da informação e da boa-fé, não podem ser marginalizados em detrimento da cláusula que veda a exoneração da garantia legal. Ora, se o consumidor possui total ciência de que o produto adquirido é um veículo usado, cujo desgaste é condição inerente, e, ainda, assina um documento atestando a ciência de tal condição e consentindo com a exoneração da garantia legal, exercendo seu livre arbítrio de compra, não há motivos ou razões para que a lei consumerista imponha o contrário.

### **Lei consumerista não protege conduta negligente – livre arbítrio**

Ao escolher por adquirir um veículo usado, o Consumidor deve se revestir de todo o cuidado e zelo no instante da aquisição, considerando aspectos como o ano de fabricação, a quilometragem já percorrida e as condições gerais do veículo pretendido, as quais vão muito além da aparência. Isso porque, em se tratando de veículos usados, o desgaste é totalmente presumível pelo consumidor, de modo que, se esse não se atentar aos vícios aparente, visíveis ou percebíveis facilmente, haverá uma presunção de tenha aceitado a coisa no estado em que se encontrava no momento da celebração do negócio. É o que ensina o Professor Washington de Barros Monteiro (2003, p. 50):

O vício deve ser considerado como aparente toda vez que puder ser desvendado por atento exame que o homem sério costuma empregar nos seus negócios. Um defeito não é oculto pelo só fato de não haver sido percebido pelo comprador, por ter este examinado superficialmente a coisa; a negligência não é protegida [...].

---

Não há como resguardar o consumidor que compra um veículo, tendo ciência que é usado e, conseqüentemente, desgastado, esperando ou exigindo dele o mesmo comportamento de um veículo novo. As características do veículo adquirido e do negócio realizado devem ser consideradas em uma possível responsabilização do Fornecedor.

A aquisição de um veículo usado não dispensa o adquirente de certas cautelas para bem avaliar o seu estado de conservação, porque é intuitivo que a utilização pelo anterior ou anteriores proprietários ocasionou desgastes, que podem ser de maior ou menor incidência, tudo a depender do tempo e condições de uso (SANTA CATARINA, 2015a, s.p.).

Apesar da boa-fé ser requisito essencial em todas as negociações, deve o consumidor se acautelar, realizando uma avaliação prévia, a fim de verificar a real condição do veículo, uma vez que, como dito, é presumível seu desgaste, frente aos vários componentes que dele fazem parte, não confiando apenas nas palavras do fornecedor, apurando, assim, a presença ou não de defeitos prejudiciais à utilização da coisa ou determinantes para a redução de seu valor. Julgando por livre e espontânea vontade, de acordo com as suas convicções, sua aquisição ou não, exercendo o livre arbítrio, consciente dos riscos.

Se não eram ocultos, estavam à vista, impressionando diretamente os sentidos, se conhecidos do outro contratante, ou facilmente verificáveis, sem esforço, com a vulgar diligência e a atenção de uma pessoa prudente, a um simples e rápido exame, não mais se pode falar em vício redibitório. Presume-se então que o adquirente já os conhecia e que não os julgou capazes de impedir a aquisição, renunciando assim à garantia legal da redibição (MONTEIRO, 2003, p. 49).

Se o consumidor for leigo, deve procurar profissionais de sua confiança para que examinem e avaliem corretamente o estado de veículo, procurando ter ciência e se certificar das condições estruturais, mecânicas, internas e externas do bem móvel que se pretende adquirir.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2015b) afirma que é dever do consumidor examinar o bem antes de adquiri-lo, chamando, inclusive, um profissional habilitado e de sua confiança para avaliá-lo. No entanto, se assim não o fez, foi negligente em sua atitude, devendo correr por sua conta os riscos decorrentes de tal conduta.

Importante destacar que os desgastes naturais inerentes ao próprio bem usado, não se comparam com vícios ocultos e, portanto, mesmo dentro de uma relação de consumo tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor, não poderá o consumidor, buscar o ressarcimento dos gastos despendidos com o reparo do veículo, em virtude dos defeitos posteriormente apresentados, se decorrerem diretamente do desgaste causado pelo uso frequente. É o que afirma também o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2010), que diz que o consumidor que adquire um veículo usado em tais condições, sabe de antemão que o desgaste nas peças do veículo poderá demandar conserto do bem, não se havendo falar em vício oculto.

Mesmo que o Código de Defesa do Consumidor seja um importante instrumento para o equilíbrio das relações de consumo, não pode ser aplicado de forma a afastar a presunção de zelo e cuidado do adquirente de um veículo usado que, não verificou as verdadeiras condições do bem antes de comprá-lo, não podendo exigir a garantia legal, uma vez que a lei não protege a conduta negligente.

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES – AQUISIÇÃO DE VEÍCULO USADO - DEFEITOS - AUSENCIA DE CAUTELA DO ADQUIRENTE - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. **Comprovado nos autos que o adquirente do veículo usado negligenciou na aquisição do bem, deixando de tomar as devidas precauções para a detecção**

---

**de defeitos no veículo, tem-se por ilegítima a pretensão de ressarcimento dos gastos** com reparos realizados após a compra, bem como de deferimento do pedido de indenização por lucros cessantes.

2. Recurso não provido (MINAS GERAIS, 2019, s.p., grifo nosso).  
EMENTA: AÇÃO INDENIZATÓRIA. COMPRA DE VEÍCULO AUTOMOTOR USADO. VÍCIO OCULTO NÃO COMPROVADO. **VISTORIA PRÉVIA. AUSÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. RECURSO NÃO PROVIDO.**
1. **É cediço que o adquirente de um veículo usado deve sempre ter a cautela de examinar minuciosamente o bem, inclusive por mecânico de sua confiança, antes de concretizar o negócio, já que é natural que o automóvel apresente, ou possa apresentar, desgaste em diversos componentes, notoriamente se apresenta longos anos de uso e alta quilometragem.**
2. **Se o adquirente não diligencia suficientemente no sentido de verificar as verdadeiras condições do bem, não pode invocar vício redibitório, pois a lei não protege a conduta negligente.**
3. Negar provimento ao recurso (MINAS GERAS, 2015, s.p., grifo nosso).  
**Em se tratando de veículo usado, é previsível e aceitável o desgaste natural das peças e componentes que o integram. Quem adquire veículo usado deve ter a cautela de bem examiná-lo** - sobretudo quando se trata de empresa especializada no ramo -, sob pena de se sujeitar aos gastos efetuados com seu reparo. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (SANTA CATARINA, 2016, s.p., grifo nosso).

Como se observa em tais julgados, utilizou-se da razoabilidade, aplicando os princípios norteadores como baliza, equilibrando a relação consumerista de acordo como os fatos, apesar do Código de Defesa do Consumidor não distinguir expressamente o produto usado do novo, é exigível o mínimo de cautela de quem for adquirir um veículo usado. Assim leciona Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 547-548), "não pode reclamar de vício oculto quem adquire objeto usado ou avariado". Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 122) também defende tal compreensão:

Se o defeito for aparente, suscetível de ser percebido por um exame atento, feito por um adquirente cuidadoso no trato dos seus negócios, não constituirá vício oculto capaz de justificar a propositura da ação redibitória, nesse caso, presumir-se-á que o adquirente já os conhecia e que não os julgou capazes de impedir a aquisição, renunciando assim à garantia legal da redibição. Não pode alegar vício redibitório, por exemplo, o comprador de um veículo com defeito grave no motor, se a falha pudesse ser facilmente verificada com um rápido passeio ao volante, ou a subida de uma rampa, e o adquirente dispensou o test-drive.

A fim de complementar, cita-se as razões do Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Gilberto Gomes de Oliveira:

Parece-me claro que os problemas na parte elétrica e mecânica do automóvel podem ter nexos com o desgaste pelo simples uso, o que prejudica a alegação de vício redibitório que, como se disse, deve preceder o ato de alienação da coisa defeituosa. Isto, porque não se confunde com a ideia de vício oculto o desgaste natural que sofre a coisa, a depreciação pelo uso contínuo. [...]. Não se poderia imaginar, diante de tudo isto que se desenha, a ocorrência de um vício oculto, tal como sustentado pela apelante, considerando o ano de fabricação do automóvel e sua quilometragem. Ora, é de se tomar em conta que não se trata de veículo novo! Assoma valorosa esta circunstância, pois ninguém que adquire um veículo antigo pode esperar que ele se comporte como um novo, sendo bastante esperável, portanto, que haja necessidade de reparos e trocas de peças que se desgastam. Diante de tudo isto, não se há falar em vício oculto, pois que nada disto foi evidenciado nos autos, tratando-se o caso, mesmo, de desgaste natural pelo uso prolon-

---

gado. Repita-se que o veículo adquirido (ano/modelo 1996) possuía, na época da aquisição, agosto de 2005, 9 (nove) anos de uso e, como alegado (fl. 56), contava com 90.000 km (noventa mil quilômetros) rodados, o que, por si só, indica que o bem possuía peças desgastadas pela rodagem ao longo dos anos (SANTA CATARINA, . 2015b, s.p.).

Impõe-se, portanto, que apesar do caráter protecionista da lei de consumo, não se demonstra coerente almejar que se ampare uma conduta negligente ou imprudente do consumidor, uma vez que, estando presentes os princípios, a rigor da boa-fé e da informação, não há qualquer ofensa, nem mesmo efetivo dano que arrazoe ou justifique tal proteção.

### **Conclusão**

Desta feita, conclui-se que a lei consumerista fez as relações de consumo alcançar novos patamares, todavia, importante lembrar que o legislador, ao confeccionar tal Código, adotou uma sistemática principiológica, em que, havendo necessidade de interpretação ou adaptação da lei ao desenvolvimento da sociedade e do comércio, os princípios norteadores devem se sobrepor às regras, de modo que, torna-se coerente e razoável a mitigação da garantia legal prevista, quando a incidência for sob os veículos usados, ainda mais em se tratando de veículos fabricados na década de 1980 ou 1990, como comumente é visto sendo ofertado ou, até mesmo, em pleno uso pelas ruas da cidade.

Tal flexibilização, é baseada em critérios como os defendidos pela “Teoria da vida útil”, qual valora a finalidade esperada do produto, contíguo com a vida útil estimada para ele, afinando-se com a mentalidade e os objetivos do Código de Defesa do Consumidor.

Se não houver tal interpretação extensiva, aqui defendida, o fornecedor seria eternamente responsável, correndo o risco até de responder pelas falhas decorrentes do desgaste pelo uso prolongado do veículo, o que redundaria em um enriquecimento sem causa do consumidor, totalmente contrário às intenções do Código de Defesa do Consumidor, demonstrando-se como algo desproporcional e desprovido de razão.

Tange a tal propósito, os apontamentos aqui reunidos, em que doutrinadores e magistrados afirmam que a finalidade qual os veículos se destinam, não é afetada por vícios em vidros elétricos, ar-condicionado ou demais acessórios, da mesma forma que os vícios causados pelo desgaste do bem, não devem ensejar a reparação, ressalvadas as hipóteses de um desgaste excessivo ou anormal que cause a inutilização do veículo.

Ressalta-se que esse entendimento procura justamente não se distanciar da realidade fática ocorrida, o que importar dizer que, havendo a presença de má-fé ou indícios de que o dever de informação tenha sido limitado ou distorcido, frustrando as expectativas do consumidor, haverá clara e justa incidência do dever de reparar, com base nos mesmos fundamentos. Tudo depende das circunstâncias e da interpretação de cada caso. O que se busca é justamente uma aplicação norteada na razoabilidade e na proporcionalidade, ao invés da simples aplicação da norma.

Questão pertinente ao assunto, diz respeito à possibilidade do fornecedor se exonerar da garantia legal através de contratos ou nos casos chamados de “Repasse”, práticas comuns no mercado de usados. Estando os princípios presentes, como o dever de informar e a boa-fé objetiva e estando o veículo à disposição para que o consumidor possa verificar seu real estado, acautelando-se de todas as maneiras que lhe achar conveniente, sobre os possíveis vícios, sendo diligente e assumindo os riscos, escolhendo por livre vontade adquirir o veículo nessas condições, não haverá motivos para que a lei impute ao fornecedor, o contrário.

Apesar da lei vedar e até mesmo considerar nula cláusulas nesse sentido, estando o consumidor ciente, não haverá o desequilíbrio repudiado pelo Código de Defesa do Consu-

---

midor, fazendo jus, nessas peculiaridades, ao afastamento da garantia, se assim pactuado. É o que vem sendo observado nas jurisprudências.

Por fim, apesar das críticas e da necessidade de adequação de certos pontos, principalmente da necessidade constante de se adequar a legislação à realidade dos veículos usados, não há como ignorar que o Código de Defesa do Consumidor brasileiro é uma das maiores e mais completas legislações consumerista de todo o mundo, principalmente por cultivar essa valoração dos princípios norteadores da Política Nacional das Relações de Consumo, indispensáveis para a aplicação da norma condizentemente com a correta justiça.

### Referências

BRASIL. **Recurso especial nº 984.106, julgado em 4 de outubro de 2012.** Direito do Consumidor e Processual Civil. Recurso Especial. Ação e Reconvenção. Julgamento Realizado por uma Única Sentença. Recurso de Apelação não Conhecido em Parte. Exigência de Duplo Preparo. Legislação Local. Incidência sa Súmula nº 280/STF. Ação de Cobrança Ajuizada pelo Fornecedor. Vício do Produto. Manifestação Fora do Prazo de Garantia. Vício Oculto Relativo à Fabricação. Constatação pelas Instâncias Ordinárias. Responsabilidade do Fornecedor. Doutrina e Jurisprudência. Exegese do Art. 26, § 3º, do CDC. Disponível em: <https://bit.ly/3imJEiG>. Acesso em: 26 jul. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3nUTVnp>. Acesso em: 22 set. 2020.

BENJAMIN, A. H. de V. **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1991.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais.** Volume 3. 9. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

KHOURI, P. R. R. A. **Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LEITE, R. B. **Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do código de defesa do consumidor.** São Paulo: LTR, 2002.

LOPES, M. M. de S. **Direito Civil Brasileiro.** Volume 3. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0040.14.014600-8/001.** Relator José Arthur Filho, Araxá, Órgão Julgador: 9ª Câmara Cível, Julgado em: 13 fev. de 2019. Disponível em: <http://bit.ly/368hDqv>. Acesso em: 25 jul. 2020.



---

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0024.10.239788-2/001**. Relator Tiago Pinto, Belo Horizonte, Órgão Julgador: 15ª Câmara Cível, Julgado em: 29 jan. de 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3szsOlq>. Acesso em: 25 jul. 2020.

MONTEIRO, W. de B. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações: 2ª parte**. São Paulo: Saraiva, 2003.

NEGREIROS, T. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NUNES, L. A. R. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUNES, L. A. R. **Curso de direito do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTA CATARIA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 0311398-12.2016.8.24.0018**. Relator Luiz César Medeiros, Chapecó, Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Civil, Julgado em: 25 jun. de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/35Odbgo>. Acesso em: 25 jul. 2020.

SANTA CATARIA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação nº 0005520-75.2013.8.24.0022**. Relator Henry Petry Junior, Curitiba, Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Civil, Julgado em: 20 fev. de 2017a. Disponível em: <https://bit.ly/2KpexGK>. Acesso em: 25 jul. 2020.

SANTA CATARIA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação nº 0020418-42.2013.8.24.0039**. Relator Henry Petry Junior, Lages, Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Civil, Julgado em: 21 de mar. de 2017b. Disponível em: <https://bit.ly/35QAkii>. Acesso em: 10 ago. 2020.

SANTA CATARIA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação nº 0006820-68.2009.8.24.0004**. Relator Jorge Luis Costa Beber, Araranguá, Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Civil, Julgado em: 2 jun. de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/39Gh2x8>. Acesso em: 26 jul. 2020.

SANTA CATARIA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 0002314-29.2010.8.24.0064**. Relator Jorge Luis Costa Beber, São José, Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Civil, Julgado em: 25 maio de 2015a. Disponível em: <https://bit.ly/3nUl-Nbw>. Acesso em: 26 jul. 2020.

SANTA CATARIA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 2011.007108-9**. Relator Gilberto Gomes de Oliveira, Joinville, Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Civil, Julgado em: 12 fev. de 2015b. Disponível em: <https://bit.ly/3nYQ48W>. Acesso em: 26 jul. 2020.

SANTA CATARIA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 2011.072121-8**. Relator Jorge Luis Costa Beber, Capital - Continente, Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Civil, Julgado em: 2 ago. de 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2XSP2Ra>. Acesso em: 25 jul. 2020.

---

SANTA CATARIA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 2007.044845-2**. Relator Gilberto Gomes de Oliveira, Pinhalzinho, Órgão Julgador: Câmara Especial Regional de Chapecó, Julgado em: 10 jun. de 2010. Disponível em: <https://bit.ly/38RSG46>. Acesso em: 26 jul. 2020.

SILVA, J. A. Q. de C. **Código de Defesa do Consumidor anotado e legislação complementar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SIMÃO, J. **Vícios do produto no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo, Atlas 2003.

TARTUCE, F.; NEVES, D. A. A. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. São Paulo: Editora Método, 2012.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2003.

---

Artigo recebido em 23/05/19. Aceito em 23/08/19.

# ESTUDO DO TEMPO MÉDIO DE TRAMITAÇÃO DO PROCESSO POR ERRO MÉDICO, QUE FOI JULGADO NO PERÍODO DE 2016 A 2018 NO ESTADO DE SANTA CATARINA

## STUDY OF THE AVERAGE TIME FOR PROCESSING THE PROCESS BY MEDICAL ERROR, THAT WERE JUDGED IN THE PERIOD FROM 2016 TO 2018 IN THE STATE OF SANTA CATARINA

Msc. Vera Lúcia Hoffmann Pieritz <sup>1</sup>

**Resumo:** Neste artigo, apresentam-se os dados da pesquisa concernente à razoabilidade do tempo de duração dos 431 processos por erro médico, distribuídos em 74 municípios (comarcas) do Estado de Santa Catarina, que foram julgados no período de 01/01/2016 a 31/12/2018. Uma indagação que motivou este estudo foi identificar qual o tempo médio que os tribunais catarinenses levam para julgar os casos concretos relativos ao erro médico. Ressalva-se que esses dados da pesquisa foram uma das variáveis de análise da Tese de Doutorado em Gestão da Saúde Pública da Universidad Columbia Del Paraguay, que investiga a questão da “judicialização da saúde por erro médico no Estado de Santa Catarina, Brasil”, em que estão sendo categorizadas as jurisprudências relativas aos assuntos relacionados ao erro médico levados ao Poder Judiciário. O tipo de pesquisa foi classificado como sendo aplicada, descritiva, de estudo transversal, com uma abordagem quali-quantitativa, e com uma análise retrospectiva. A coleta de dados foi documental. O universo da pesquisa foram todos os processos já julgados pelo TJSC, que foram publicados nas suas respectivas jurisprudências e acórdãos no sistema judiciário brasileiro, compreendidos nos anos de 2016 a 2018. A pesquisa demonstrou o cenário da temporalidade processual, pois identificou que, dos casos divulgados pelo poder judiciário, teve-se um tempo médio de sete anos, dois meses e vinte e seis dias, com um desvio padrão calculado de quatro anos, um mês e dezesseis dias, além de uma mediana calculada em sete anos, um mês e dezesseis dias. É observado que o tempo de tramitação processual dos casos analisados tem uma distribuição uniforme, com poucos casos fora da curva normal, consolidando a morosidade da justiça brasileira com períodos médios considerados longos na lavração de sentenças judiciais pela justiça brasileira em torno das questões do erro médico-hospitalar.

Palavras-chave: Erro médico. Processo judicial. Duração dos trâmites processuais. Princípio da razoável duração do processo.

**Abstract:** This article presents the research data concerning the reasonableness of the duration of the 431 cases for medical error, distributed in 74 municipalities (counties) in the State of Santa Catarina, which were judged in the period from 01/01/2016 to 31 / 12/2018. Well, one of the questions that motivated this study was to identify the average time that the Santa Catarina courts take to judge the specific cases related to medical error. It should be noted that these research data were one of the variables in the analysis of the Doctoral Thesis in Public Health Management at the Universidad Columbia Del Paraguay, which investigates the issue of “judicialization of health due to medical error in the State of Santa Catarina, Brazil”, in which the jurisprudence relating to matters related to medical error brought to the Judiciary is being categorized. The type of research was classified as applied, descriptive, cross-sectional, with a qualitative and quantitative approach, and with a retrospective analysis. Data collection was documentary. The universe of the research was all the cases already judged by the TJSC, which published their respective jurisprudence and judgments in the Brazilian judicial system from 2016 to 2018. The research demonstrated the scenario of procedural temporality, as it was identified that of the cases released by the judiciary, there was an average time of seven years, two months and twenty-six days, with an estimated standard deviation of four years, one month and sixteen days and a median calculated over seven years, one month and sixteen days. Observing that the procedural processing time of the analyzed cases has a uniform distribution, with few cases outside the normal curve, consolidating the slowness of the Brazilian justice system, with average periods considered long in the drafting of judicial sentences by the Brazilian justice around issues of medical-hospital error.

Keywords: Medical error. Judicial process. Duration of the procedural procedures. Principle of reasonable process duration.

---

<sup>1</sup> Centro Universitário Leonardo Da Vinci – UNIASSSELVI – Rodovia BR 470 – Km 71 – nº 1.040 – Bairro Benedito – Caixa Postal 191 – 89130-000 – Indaial/SC Fone (47) 3281-9000 – Fax (47) 3281-9090 – Site: www.uniasselvi.com.br.

---

## Introdução

O estudo teve, por norte, aprofundar o conhecimento acerca de uma das variáveis de análise da Tese do Doutorado em Gestão da Saúde Pública da Universidad Columbia Del Paraguay, que investiga a questão da “judicialização da saúde por erro médico no Estado de Santa Catarina, Brasil”, em que estão sendo categorizadas as jurisprudências relativas aos assuntos relacionados ao erro médico levados ao Poder Judiciário, buscando-se compreender a realidade dos processos por erro médico no Estado de Santa Catarina, Brasil, julgados no período de 01/01/2016 a 31/12/2018.

Dentre as variáveis de análise deste estudo, investigou-se a questão da temporalidade dos trâmites processuais dos processos e litígios judiciais, para, assim, poder compreender a questão temporal que permeia todas as fases processuais. Em cada litígio, a temporalidade processual é diferente, mas segue o mesmo fluxo e os mesmos procedimentos processuais.

Neste artigo, será descrita uma síntese do fluxo processual, no qual se buscou compreender o princípio constitucional da razoável duração do processo. Preliminarmente, pode-se expor que a duração razoável dos casos concretos deve respeitar os trâmites do devido processo legal, e que cada caso é diferente, e seu período de investigação e discussão pode ser diferente.

Concluindo essa discussão, descrever-se-á o resultado da investigação relativa à duração dos processos por erro médico no Estado de Santa Catarina, que foram julgados desde 2016 a 2018, com a qual foi obtido um resultado importante para compreender a questão da temporalidade processual dos processos e litígios judiciais em ações por erro médico no Estado catarinense.

## A questão da responsabilidade sobre o erro médico-hospitalar

Com relação à questão da responsabilidade sobre as ações e atos advindos da atividade profissional dos médicos e equipes médico-hospitalares, pode-se expor que todo produto ou serviço está revestido da responsabilidade dos profissionais da área específica, pois foram eles que produziram ou prestaram o serviço, e nos serviços da área da saúde não é diferente, pois os profissionais, independentemente da área de formação técnico-profissional, devem proporcionar uma prestação de serviço digna, eficiente, competente e de qualidade perante a população usuária dos serviços prestados.

Os profissionais da área médico-hospitalar necessitam, primordialmente, estar pautados numa prestação de serviços eficiente e de qualidade, permeados por condutas profissionais apropriadas, para não existirem danos e sequelas aos pacientes e seus familiares.

Tanto nas normas técnicas da área da saúde como nas legislações brasileiras, e de acordo com Chaves (1985, p. 396 *apud* MELO, 2014, p. 112), “o médico não se obriga a restituir a saúde ao paciente que esteja a seus cuidados, mas a se conduzir com toda a diligência na aplicação dos conhecimentos científicos, para colimar, tanto quanto possível, aquele objetivo”. Assim, o profissional da medicina não é obrigado, estritamente, a reestabelecer a saúde dos seus pacientes, mas deve, pontualmente, aplicar a melhor técnica profissional ao caso concreto, para proporcionar a melhoria da condição da saúde dos seus pacientes.

Desse modo, nota-se que a prestação de serviços médico-hospitalares, desenvolvidos pelos médicos, profissionais e instituições de saúde, denota uma responsabilidade profissional no cotidiano do seu fazer profissional, devendo, impreterivelmente, preconizar condutas profissionais adequadas e dentro dos padrões técnico-profissionais, pois, segundo Melo (2014, p. 113), “a responsabilidade civil dos médicos, enquanto profissionais liberais, pelos danos causados em face do exercício da sua profissão, será apurada mediante aferição da culpa, nos exatos termos do disposto no art. 14 § 4º do CDC e do art. 951 do Código Civil Brasileiro de 2001”.

Entende-se, no entanto, que os profissionais da saúde, como os médicos, enfermeiros e demais profissionais e instituições de saúde, também respondem, judicial, ética ou administrativamente, pela sua conduta técnico-profissional, ou seja, por suas prestações de serviços mé-

---

dico-hospitalares, pois os supracitados profissionais e instituições possuem a responsabilidade direta, seja objetiva ou subjetiva, sobre sua práxis profissional.

Mediante esse cenário, os atos técnico-profissionais, de ação ou omissão, de imprudência, negligência ou imperícia dos médicos e demais profissionais e instituições de saúde, que proporcionarem dano e sequelas a seus pacientes ou familiares destes, serão passíveis das responsabilizações administrativo-profissional, ética e jurídica, pelos atos praticados de forma inadequada, pois possuem a responsabilidade objetiva ou subjetiva sobre suas ações no exercício da profissão, ou seja, o que é feito ou deixado de fazer, na prestação de serviços médicos hospitalares, poderá responder de forma administrativa, ética, civil ou penal.

De acordo com França (2015, p. 1288), a responsabilidade médica é compreendida “como a obrigação, de ordem civil, penal ou administrativa, a que estão sujeitos os médicos, no exercício profissional, quando de um resultado lesivo ao paciente, por imprudência, imperícia ou negligência”.

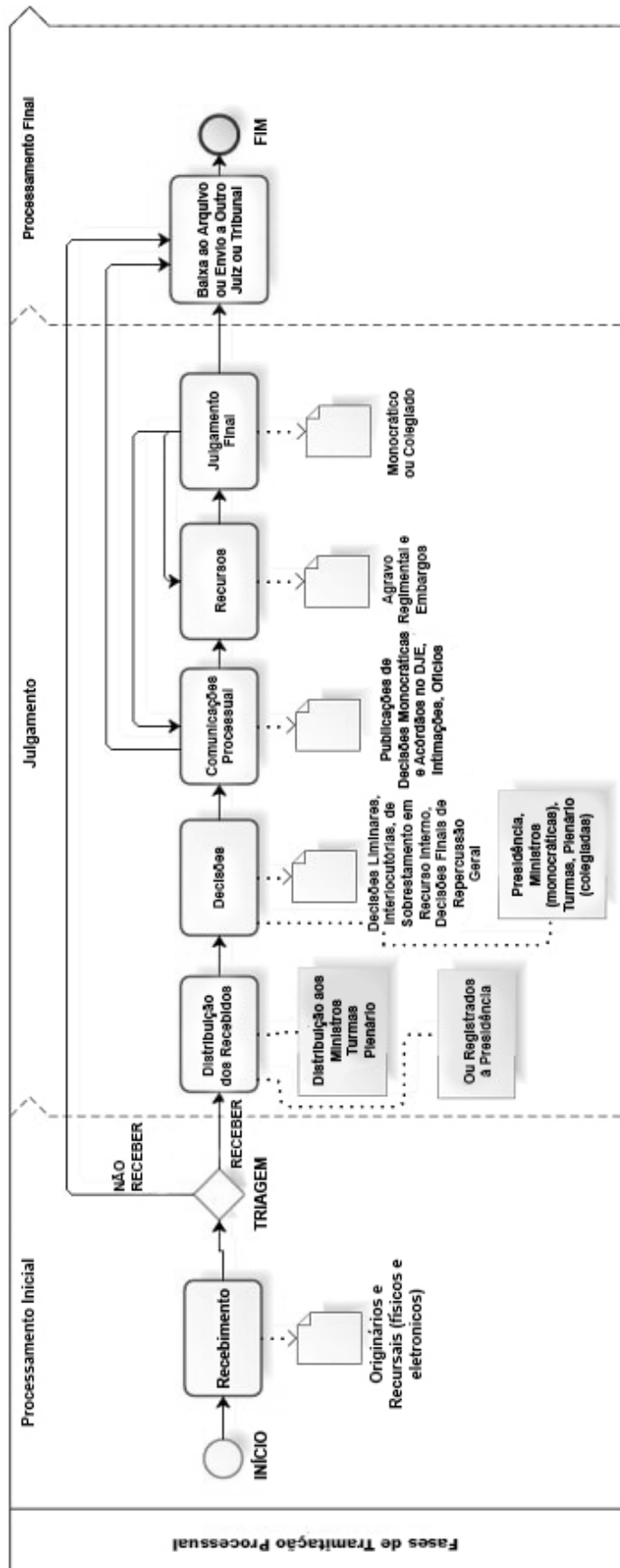
Assim, mediante uma conduta técnico-profissional inadequada, junto aos pacientes médico-hospitalares e seus familiares, os profissionais e instituições da saúde respondem, objetiva ou subjetivamente, por eles, pois possuem responsabilidade sobre suas condutas éticas e técnicas profissionais que possam estar fora dos padrões técnicos, legais e científicos da profissão.

### **Os trâmites processuais do processo judicial brasileiro**

Com relação aos trâmites processuais, é notório que os processos e litígios que tramitam na esfera judicial brasileira possuem regras bem específicas, as quais estão regulamentadas pelas normas e legislações, pois os trâmites processuais devem seguir os princípios legais e as regulamentações proferidas pelo Poder Judiciário.

O processo judicial, de acordo com Cunha (2011, p. 240), é o “processo desenvolvido perante o juízo, a partir de um pedido que lhe é apresentado formalmente”, no qual deve ser protocolado dentro da esfera e competência jurisdicional, para, assim, seguir o rito processual, como pode ser observado na Figura 1 e descrito no Quadro 1.

Figura 1. As Fases da Tramitação Processual no Brasil.



Fonte: Assessoria da Gestão Estratégica, em 16/01/2017 *apud* STF (2018).

No Brasil, ressalva-se que a tramitação processual de um litígio judicial passa por diversas fases processuais, conforme apresentado na Figura 1 e descrito no Quadro 1. Sinteticamente, pode-se resumir da seguinte forma:

- Primeiro o autor, representado por seu procurador legal, protocola, junto ao sistema judiciário brasileiro, o seu pedido, à exordial ou peça inicial.
- Na sequência, tramita por todas as fases do sistema judiciário até o julgamento final.

Por exemplo, na área civil, perpassa pela resposta da parte contrária, denominada de contestação. Na sequência, volta para o autor fazer a sua replica, além de apresentar todos os meios de prova admitidos pelo sistema judiciário brasileiro, como também a realização da audiência de instrução, realização de perícia, se for necessário, apresentação das alegações finais e julgamento na primeira instância. Depois, se for dada continuidade ao litígio, entra-se na fase dos recursos judiciais, e tendo sido esgotados todos os recursos cabíveis ao caso concreto, é realizado o julgamento final, além de emitido o acórdão jurisprudencial.

Vale ressaltar que os trâmites, nas diversas áreas do direito brasileiro, como as áreas civil, penal, trabalhista, entre outras, tramitam de formas procedimentais e ritos processuais diferentes, e estão descritos e regulamentados por suas respectivas legislações específicas.

No Quadro 1, apresenta-se uma síntese explicativa dessas supracitadas fases de tramitação processual, que deve estar pautada pelo princípio da razoável duração do processo e respeito ao devido processo legal.

**Quadro 1.** Das Fases de Tramitação Processual.

DAS FASES DE TRAMITAÇÃO PROCESSUAL	
<b>Do Recebimento e distribuição</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Nesta etapa, realiza-se o <u>PROCESSAMENTO INICIAL</u>, que começa a partir do recebimento da <u>peça inicial (exordial)</u> com a demanda judicial e autuação do processo.</li> <li>• Consideram-se <u>processos recebidos</u> os ajuizados diretamente no Supremo Tribunal Federal, denominados “<u>ORIGINÁRIOS</u>”, e também aqueles provenientes de outros juízos ou tribunais, denominados “<u>RECURSAIS</u>”.</li> </ul>
<b>Do Julgamento</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• O julgamento do processo é identificado pela <u>DECISÃO FINAL</u>, mas cada feito pode ter mais de uma decisão.</li> <li>• As decisões podem ser <u>MONOCRÁTICAS</u> (decisão de um Ministro) ou <u>COLEGIADAS</u> (decisão de uma das Turmas ou do Plenário).</li> <li>• No STF, as decisões são classificadas em: liminares, decisões interlocutórias, decisões de sobrestamento, decisões finais, decisões de repercussão geral e decisões em recurso interno.</li> <li>• A <u>DECISÃO FINAL</u> é a principal decisão do processo, ainda que não chegue a, efetivamente, apreciar o mérito da causa, como as decisões de não conhecimento, de prejudicialidade, de homologação de desistência e de negativa de seguimento.</li> <li>• Se o processo tiver decisão final e ocorrer o decurso do prazo processual sem que haja interposição de recurso, ocorrerá o <u>TRÂNSITO EM JULGADO</u> da decisão e, subsequentemente, a baixa do processo.</li> </ul>

<b>Das Comunicações processuais</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Abrangem a publicação das <u>DECISÕES/ACÓRDÃOS</u> no Diário de Justiça Eletrônico.</li> <li>• As intimações pessoais nos casos previstos na legislação, além da expedição de ofícios a órgãos que devam dar cumprimento às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.</li> </ul>
<b>Dos Recursos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Após a decisão, pode haver <u>interposição de RECURSO interno</u> na forma de: agravo regimental, embargos de declaração, embargos infringentes ou embargos de divergência.</li> <li>• No caso, o processo será conclusivo ao Relator para apreciar o julgamento não correspondente à efetiva finalização do processo, que somente se consuma com a baixa definitiva.</li> </ul>
<b>Do Processamento final</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Nesta etapa, ocorre a <u>BAIXA DO PROCESSO</u>, que é o marco final da tramitação, representando o momento em que se encerram todas as atividades (jurisdicionais e cartorárias) de um processo no âmbito do Supremo Tribunal Federal.</li> </ul>

Fonte: Adaptado de STF (2018).

Assim, pode-se compreender que existe uma questão temporal que permeia todas as fases processuais, e que, de acordo com cada litígio, a temporalidade processual é diferente, mas segue o mesmo fluxo e os mesmos procedimentos processuais.

### **O princípio da razoabilidade da duração do processo**

Todo e qualquer processo ou litígio judicial que tramita nas diversas esferas judiciais brasileiras, sejam civis, penais, trabalhistas, deve estar pautado no princípio constitucional da razoável duração do processo, para que não existam discrepâncias e excessos processuais, pois, segundo Fonseca e Fonseca (2016, p. 519), “o processo deve ter uma duração razoável, garantindo a celeridade da sua tramitação, sem, contudo, desprezar o contraditório e a ampla defesa”. De tal modo, deve-se acatar uma duração razoável ao caso concreto, além de respeitar os trâmites do devido processo legal. Ainda, cada caso é diferente, e o seu período de investigação e discussão pode ser diferente também.

Observa-se que o tempo de duração que rege o ato de um processo judicial, independentemente da área jurídica, precisa ser adequado à resolução do caso concreto do litígio, evitando-se que existam excessos, dilações ou supressões temporais indevidas, pois os trâmites judiciais devem imprimir uma celeridade no seu tempo processual, pois todos os cidadãos brasileiros possuem o direito à razoável duração do processo.

De acordo com Cunha (2011, p. 279), o “*tempus regit actum*” é o “tempo que rege o ato (a lei que incide sobre o ato é a do tempo em que ele se realizou)”. Do mesmo modo, pode-se expor que a temporalidade dos atos processuais de um litígio jurídico deve seguir o seu curso, conforme o caso concreto em discussão judicial, respeitando as fases processuais e períodos de apuração, mas ressalva-se que tudo deve acontecer dentro de um prazo razoável nos trâmites do sistema jurídico brasileiro.

Salienta-se que o art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal do Brasil de 1988 expõe que “a todos, nos âmbitos judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação” (BRASIL, 2015, p. 21), possibilitando, à população brasileira, a garantia expressa do princípio da razoável duração do processo, seja no âmbito judicial ou administrativo, ou seja, os trâmites judiciais ou administrativos, para elucidar um litígio, devem, impreterivelmente, ser céleres, e observar o prazo razoável da sua duração, no sentido único de garantir o devido processo legal e, assim, evitar, preponderantemente, interrupções supérfluas para que não existam discrepâncias e excessos processuais.



---

## Metodologia

A presente pesquisa foi realizada por meio do uso de documentos públicos de jurisprudências e acórdãos dos Tribunais de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), seguindo-se a metodologia de pesquisa descrita a seguir.

O tipo de pesquisa utilizado no presente estudo, considerando a sua finalidade, é classificado como sendo uma pesquisa aplicada, pois, conforme Gil (2007), esta pesquisa busca realizar um estudo científico no qual o autor busca solucionar algum problema específico/concreto, o qual já é conhecido e explicitado no seu trabalho.

A pesquisa desenvolveu uma abordagem quali-quantitativa, sendo que, na primeira etapa, aplicou-se uma abordagem preponderantemente qualitativa, pois se trabalhou, de forma subjetiva, uma pesquisa bibliográfica, com o intuito de coleta dos dados, buscando-se identificar, interpretar e analisar os possíveis elementos ligados ao tema Erro Médico, a fim de atribuir significados básicos, os quais possibilitaram o preenchimento de uma tabela de dados, para posterior execução da pesquisa quantitativa.

Conforme Minayo e Sanches (1993), pode-se definir pesquisa quali-quantitativa como sendo a que utiliza, conjuntamente, os métodos quantitativos e qualitativos para obter uma compreensão mais profunda a respeito do tema estudado, permitindo, ao pesquisador, um cruzamento de conclusões, devido às análises quantitativas e qualitativas.

A pesquisa com abordagem qualitativa foi utilizada no momento da pesquisa exploratória inicial e na pesquisa descritiva, interpretando-se os documentos e dados coletados durante a pesquisa, pois se tem a preocupação do pesquisador com a interpretação e descrição dos fatos apresentados nos documentos pesquisados.

A abordagem quantitativa foi empregada no segundo momento da pesquisa, quando se realizou a pesquisa descritiva dos documentos postados no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, os quais retratam o resultado do fenômeno que se buscou analisar, que é o “erro médico”, traduzindo dados qualitativos dos processos através da identificação de variáveis qualitativas para transformá-las em dados numéricos, a fim de realizar a sua análise através da estatística descritiva.

A presente pesquisa é classificada conforme o tipo de conhecimento que a pesquisadora produziu. Assim, o objetivo foi desenvolver uma pesquisa descritiva e, conforme Gil (2007, p. 44), “tem, como objetivo primordial, a descrição das características de determinada população ou fenômeno, ou o estabelecimento de relações entre variáveis”.

A pesquisa descritiva fica caracterizada, pois o presente estudo tem, como foco, descrever os principais fatores que geram o “erro médico”, tendo, como base, jurisprudências e acórdãos já julgados e sentenciados pela Justiça Estadual.

Considerando-se a análise temporal referente aos dados utilizados na presente pesquisa, pode-se classificá-la como sendo um **estudo transversal**, pois, conforme Alvarenga (2014, p. 60) define, “estuda as variáveis em um determinado momento, sem realizar um seguimento [...], é como fazer um corte no tempo”.

Considerando, ainda, o tempo em relação aos dados coletados, pode-se afirmar que este estudo é uma análise retrospectiva, pois, conforme descreve Alvarenga (2014, p. 60), “o estudo se realiza, exclusivamente, em fatos passados”.

O corte temporal da investigação compreendeu todos os processos julgados no período de três anos, ou seja, os processos compreendidos entre 01/01/2016 a 31/12/2018, que possuem jurisprudência ou acórdãos publicados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Brasil, que trabalham o foco do erro médico, buscando identificar as características dos erros médicos incorridos.

Este estudo foi realizado considerando o Estado de Santa Catarina, que está localizado na região sul do Brasil e possui 295 municípios, totalizando uma população de 7.075.494, sendo, Florianópolis, a capital do Estado (IBGE, 2019).

---

O Universo da pesquisa são todos os processos já julgados pelo Tribunal de Justiça (1ª e 2ª Instância Judicial) no Estado de Santa Catarina (TJSC), Brasil, que foram publicados às respectivas jurisprudências e acórdãos no sistema judiciário brasileiro, compreendidos nos anos de 2016 a 2018.

Optou-se por escolher um corte temporal de três anos, além de todos os processos referentes ao tema erro médico desse período, totalizando 431 processos analisados na pesquisa.

A coleta de dados para a pesquisa foi realizada se extraindo os dados em um único momento da pesquisa, deu-se nos sites oficiais do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina - Brasil e está disponível nos seguintes endereços da internet:

- TJSC. Poder Judiciário de Santa Catarina. **Jurisprudências**. Disponível em: <https://bit.ly/3bW16tr>. Acesso em: 3 jan. 2019.
- TJSC. Poder Judiciário de Santa Catarina. e-SAJ. **Consulta de Processos - 2º Grau**. Disponível em: <http://bit.ly/2LGjc7K>. Acesso em: 23 mar. 2019.
- TJSC. Poder Judiciário de Santa Catarina. e-SAJ. **Consulta de Processos - 1º Grau**. Disponível em: <http://bit.ly/3oXa39h>. Acesso em: 23 mar. 2019.

A coleta de dados foi realizada com foco na pesquisa documental, visando descrever os motivos que levam à judicialização dos erros médicos no Estado de Santa Catarina, Brasil, no período definido, classificando-os em imperícia, imprudência e negligência, os quais geram dano ao paciente. Buscou-se, também, classificar os erros médicos pelas suas categorias.

Como instrumento de agrupamento de dados, foi desenvolvido um formulário de coleta de dados em planilha eletrônica no Excel.

O formulário foi desenvolvido pela autora e foi fundamental a sua utilização na análise quantitativa dos dados coletados. Assim como descreve Alvarenga (2014, p. 54), “uma vez obtidos os dados, ou as evidências, são analisadas, sintetizadas, são avaliadas criticamente, tentando fazer com que os juízos a serem emitidos sejam objetivos ao formular as interpretações e as conclusões”.

O formulário elaborado pela pesquisadora foi validado com a sua utilização na coleta de dados, sofrendo pequenos ajustes para adaptá-los a novos dados identificados como necessários à pesquisa no pré-teste, identificados no início da pesquisa.

### **Número de ações julgadas por erro médico, no período de 2016 a 2018, no Estado de Santa Catarina**

Primeiramente, procurou-se identificar, além de quantificar a dimensão das ações judicializadas e julgadas por erro médico no Poder Judiciário de Santa Catarina, no período de 01/01/2016 a 31/12/2018, cujas jurisprudências foram divulgadas. Assim, temos os seguintes resultados:

**Tabela 1.** Números de Ações Julgadas por Erro Médico.

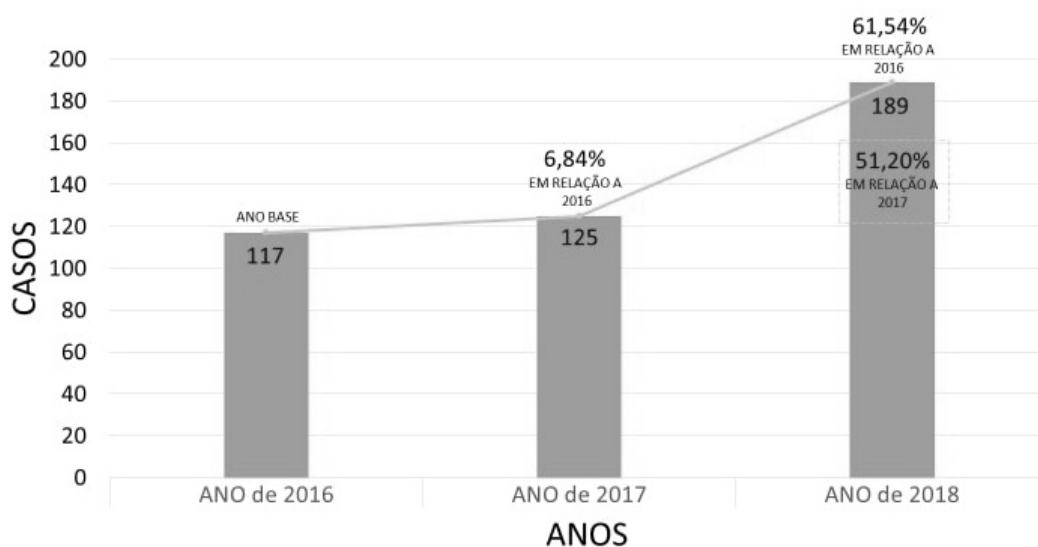
	ANO 2016		ANO 2017		ANO 2018		TOTAL DE CASOS	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Nº CASOS JULGADOS	117	27,15	125	29	189	43,85	431	100

Fonte: Adaptado de TJSC (2019).

Na supracitada tabela, pode-se verificar que, nos três anos que foram pesquisadas as ações judicializadas e julgadas por erro médico no Poder Judiciário de Santa Catarina, teve-se o seguinte resultado: totalizou-se um número de 431 jurisprudências por erro médico, o qual, no ano de 2016, apresentou 117 casos (representando 27,15% do universo da pesquisa); em 2017, foram julgados 125 casos (29,00% do universo da pesquisa); e, em 2018, apresentaram-se 189 casos (43,85% do universo da pesquisa).

Ainda, identificou-se um crescimento considerável das decisões judiciais dos casos de erro médico, julgados pelos Tribunais de Santa Catarina (TJ/SC) de um ano para o outro.

**Gráfico 1.** Crescimento dos Números de Julgados de Ações por Erro Médico.



Fonte: Adaptado de TJSC (2019).

O gráfico demonstra um crescimento do número de ações de erro médico julgado pelo TJ/SC. No espaço de tempo de um ano, de 2016 para 2017, houve um aumento de 6,84% (de 117 casos para 125 casos) das decisões proferidas pelo judiciário catarinense. Com relação ao ano de 2017 para o ano de 2018, houve um acréscimo de 51,20%, aumentando de 125 para 189 casos julgados no período pesquisado.

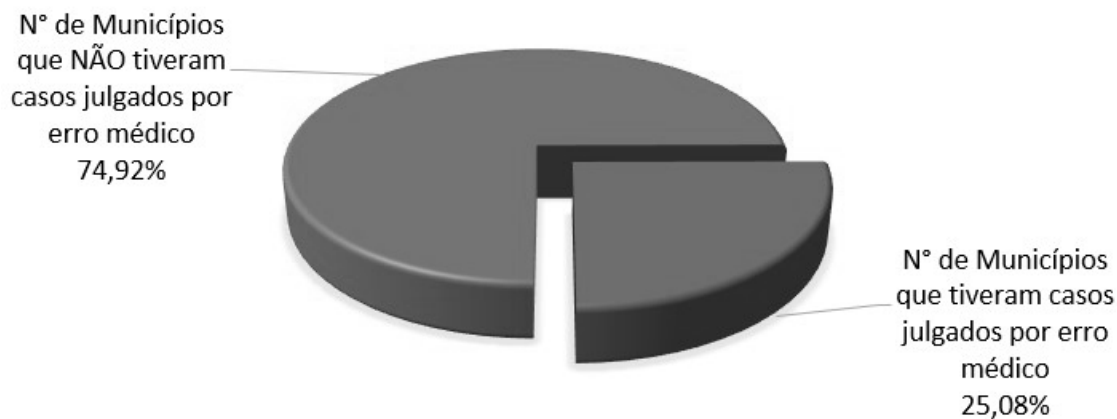
Levando-se em consideração o ano de 2016, pode-se verificar que, no ano de 2018, houve um aumento muito significativo de 61,54% (de 117 casos para 189 casos) das ações judicializadas e julgadas por erro médico no Poder Judiciário de Santa Catarina.

Do mesmo modo, identificou-se um aumento exponencial na resolução dos conflitos jurídicos em relação às questões judicializadas por erro médico-hospitalar pelo Poder Judiciário de Santa Catarina, evidenciando que a justiça catarinense está expandindo seu poder de decisão, conforme o aumento da demanda na esfera judiciária.

### **A origem das ações julgadas por erro médico, no período de 2016 a 2018, no Estado de Santa Catarina**

A pesquisa demonstrou que existiram casos de erro médico judicializados e julgados pelo TJ/SC originados somente em 74 municípios (comarcas) dos 295 municípios do Estado de Santa Catarina, de 01/01/2016 a 31/12/2018, representando 25,08% dos municípios catarinenses.

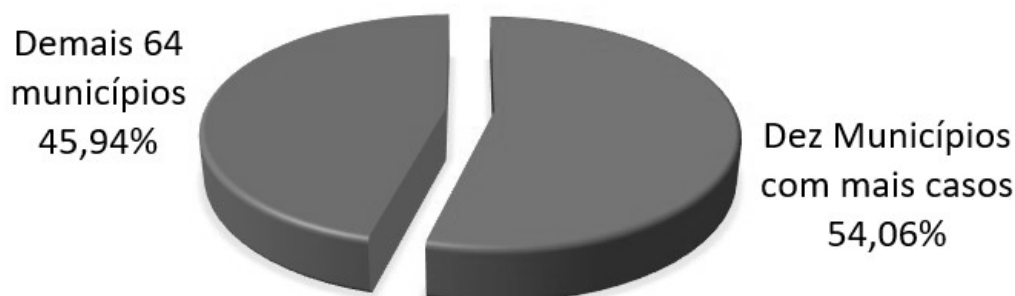
**Gráfico 2.** Percentual de Municípios (Comarcas) que Tiveram Números dos Casos Judicializados por Erro Médico.



Fonte: Adaptado de TJSC (2019).

Verificados os municípios que tiveram mais casos judicializados por erro médico, percebeu-se algo interessante, pois identificou-se que, dentre os dez municípios (comarcas) de maior concentração de casos julgados por erro médico no Estado de Santa Catarina, no período de 2016 a 2018, representaram mais da metade de todo universo pesquisado, ou seja, somente dez municípios catarinenses absorveram 54,06% dos casos julgados.

**Gráfico 3.** Concentração dos Casos Judicializados por Erro Médico em Dez Municípios do Estado de Santa Catarina, Brasil.



Fonte: Adaptado de TJSC (2019).

Segundo o Gráfico 3, existem 233 ações judicializadas e julgadas por erro médico no Poder Judiciário de Santa Catarina em apenas dez municípios (comarcas), representando 54,06% do universo pesquisado e, nos demais 64 municípios, apenas 45,94% dos casos, o que demonstra uma grande concentração nos seguintes municípios catarinenses: Capital – Florianópolis, Joinville, Criciúma, Chapecó, Blumenau, Balneário Camboriú, São José, Jaraguá do Sul, Itajaí e Brusque.

### **Do tempo de tramitação processual das ações julgadas por erro médico, no período de 2016 a 2018, no Estado de Santa Catarina**

Com relação à verificação do tempo de tramitação processual das ações protocoladas e julgadas por erro médico-hospitalar, levando em consideração desde o protocolo de entrega da peça inicial, em primeira instância, até a decisão da segunda instância, com julgamento pelos Tribunais de Santa Catarina, no período de 01/01/2016 a 31/12/2018, totalizando 431 casos de erro médico, pode-se observar que não foram apresentados os dados, por serem segredo de justiça, em 19,03% das jurisprudências. Em compensação, observou-se que 80,97% dos casos são públicos e seus dados disponibilizados pelo TJ/SC.

**Gráfico 4.** Casos de Tempo de Tramitação do Processo por Erro Médico, de 2016 a 2018, nas Jurisprudências Catarinenses.



Fonte: Adaptado de TJSC (2019).

Assim, foi observado, pela pesquisa, que nem toda jurisprudência de ações por erro médico-hospitalar possui seus dados abertos e disponibilizados ao público, por ser um segredo de justiça, devido a particularidades processuais, resguardando-se, dessa forma, o sigilo das informações. Entretanto, conforme supracitado, a pesquisa demonstrou que 80,97% dos casos judicializados por erro médico-hospitalar estão abertos para a consulta pública da população brasileira ou interessados no assunto.

Com relação ao tempo de duração dos processos por erro médico-hospitalar, que foram julgados no período de 01/01/2016 a 31/12/2018, no Estado de Santa Catarina, Brasil, obtiveram-se dados de 349 casos publicados.

Nesse sentido, dos 349 casos exibidos, pode-se obter os seguintes resultados para avaliação dos tempos de duração de processos por erro médico-hospitalar:

- **Tempo médio (média)** do protocolo da inicial (distribuição) do processo, até o julgado em segunda instância, calculado em 7,24 (o que equivale a 7 anos, 2 meses e 26 dias).
- **Desvio padrão** calculado de 4,128 (o que equivale a 4 anos, 1 mês e 16 dias).
- **Mediana** calculada em 7,13 (o que equivale a 7 anos, 1 mês e 16 dias).

Outro fator interessante, apresentado nos resultados da pesquisa, é que os dez maiores tempos de tramitação processual em ações por erro médico (em anos) são:

- 22,04 - O que equivale a 22 anos e 14 dias.
- 19,55 - O que equivale a 19 anos, 6 meses e 18 dias.
- 19,01 - O que equivale a 19 anos e 3 dias.
- 18,68 - O que equivale a 18 anos, 8 meses e 4 dias.
- 18,03 - O que equivale a 18 anos e 10 dias.
- 17,88 - O que equivale a 17 anos, 10 meses e 16 dias.
- 17,71 - O que equivale a 17 anos, 8 meses e 15 dias.
- 16,89 - O que equivale a 16 anos, 10 meses e 20 dias.
- 16,72 - O que equivale a 16 anos, 8 meses e 19 dias.
- 16,13 - O que equivale a 16 anos, 1 mês e 16 dias.

Parametrizando os 349 casos de jurisprudência que apresentaram o tempo de tramitação dos processos por erro médico, quantificou-se, na Tabela 2, o número de processos pelo período

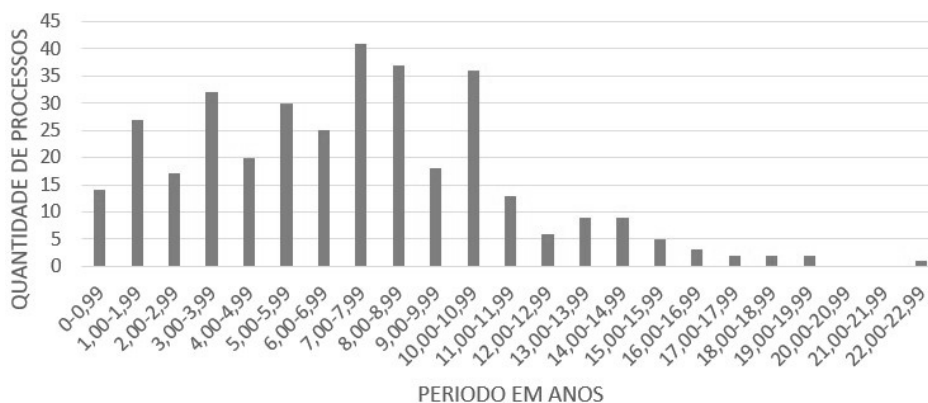
de tramitação em anos, podendo-se verificar que 41 casos permearam pelos trâmites processuais no período de 7,00 a 7,99, o que comprova a média de 7,24 (o que equivale a 7 anos, 2 meses e 26 dias), gerando a representação gráfica, no Gráfico 6.

**Tabela 2.** Número de Processos pelo Período de Tramitação em Anos.

PERÍODO (em anos)	QUANTIDADE DE PROCESSOS
0-0,99	14
1,00-1,99	27
2,00-2,99	17
3,00-3,99	32
4,00-4,99	20
5,00-5,99	30
6,00-6,99	25
7,00-7,99	41
8,00-8,99	37
9,00-9,99	18
10,00-10,99	36
11,00-11,99	13
12,00-12,99	6
13,00-13,99	9
14,00-14,99	9
15,00-15,99	5
16,00-16,99	3
17,00-17,99	2
18,00-18,99	2
19,00-19,99	2
20,00-20,99	0
21,00-21,99	0
22,00-22,99	1
<b>TOTAL:</b>	<b>349</b>

Fonte: Adaptado de TJSC (2019).

**Gráfico 5.** Quantidade de Processos x Tempo de Duração do Processo.

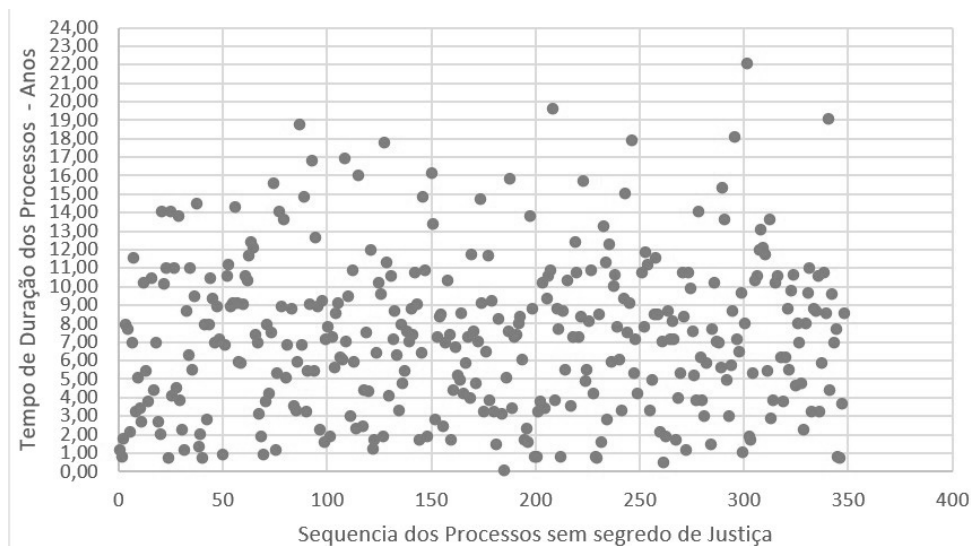


Fonte: Adaptado de TJSC (2019).

O Gráfico 5 apresenta que não se identifica uma distribuição uniforme na questão temporal *versus* números de processos.

Com relação à dispersão dos casos em relação à duração dos processos em anos, o Gráfico 6 proporcionará uma visão geral das distribuições espacial e temporal dos casos judicializados por erro médico.

**Gráfico 6.** Dispersão da Duração dos Processos em Anos.

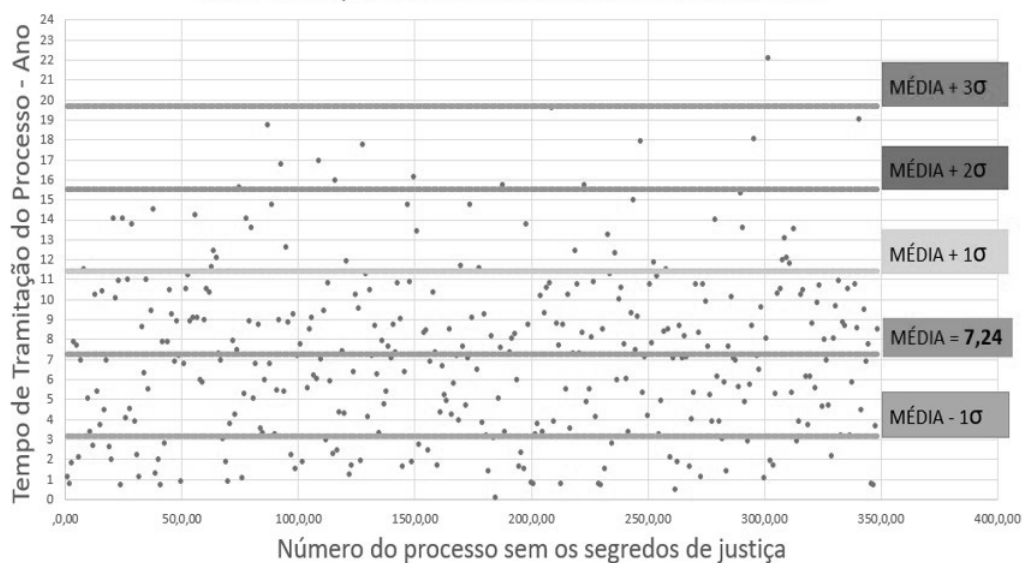


Fonte: Adaptado de TJSC (2019).

Corroborando com o Gráfico 6, constata-se que, com o tempo de tramitação processual nos 349 casos analisados de resolução de casos, há uma distribuição uniforme, com poucos casos fora da curva normal, o que pode ser entendido por 0,27% de elementos que poderão se localizar fora dos aproximados três desvios padrões, como podemos verificar no Gráfico 7.

**Gráfico 7.** Dispersão Analisando a Média e o Desvio Padrão.

Gráfico de Dispersão Analisando a Média e o Desvio Padrão



Fonte: Adaptado de TJSC (2019).

Esses dados supracitados demonstram períodos médios longos na lavração de sentenças judiciais pela justiça brasileira, o que consolida a sua morosidade.

### Considerações finais

Pelo universo pesquisado, concluiu-se que, com relação ao número de ações julgadas por erro médico, totalizaram-se 431 jurisprudências por erro médico: em 2016, foram julgados 117 casos; em 2017, foram julgados 125 casos; e, em 2018, 189 casos.

De tal modo, a pesquisa demonstrou que houve um aumento de ano para ano na resolução dos conflitos jurídicos em torno das questões de erro médico-hospitalar, pelo Poder Judiciário de Santa Catarina, Brasil, de 2016 a 2018, o que demonstra que a justiça brasileira está ampliando seu poder decisório, solucionando, cada vez mais, as demandas judiciais em torno da questão do erro médico-hospitalar.

Com relação à Origem das Ações Julgadas por Erro Médico, conclui-se que existiram casos de erro médico julgados pelo TJ/SC em 74 municípios (comarcas) dos 295 municípios do Estado de Santa Catarina, Brasil, de 2016 a 2018, representando o universo de 25,08% dos municípios catarinenses.

No que concerne à verificação do tempo de tramitação do processo dos casos por erro médico-hospitalar, desde o protocolo de entrega da peça inicial, em primeira instância, até a decisão de segunda instância dos casos que foram julgados pelo TJ/SC, conclui-se que 349 casos são públicos e, para tramitação destes, decorreu um tempo médio (média) do protocolo da inicial (distribuição) do processo até o julgado em segunda instância, calculado em 7,24 (equivalente a 7 anos, 2 meses e 26 dias), com um desvio padrão calculado de 4,128 (equivalente a 4 anos, 1 mês e 16 dias) e mediana calculada em 7,13 (equivalente a 7 anos, 1 mês e 16 dias).

Pode-se verificar uma síntese desses dados no Quadro 2.

**Quadro 2.** Síntese do Tempo de Tramitação Processual dos Processos Julgados por Erro Médico no Estado de Santa Catarina, Brasil, no Período de 01/01/2016 a 31/12/2018.

<b>Do tempo de tramitação processual</b>	MÉDIA	7,24	--	Que equivale a 7 anos, 2 meses e 26 dias	} 349 casos de jurisprudência que apresentaram o tempo de tramitação dos processos por erro médico
	DESVIO PADRÃO	4,13	--	Que equivale a 4 anos, 1 mês e 16 dias	
	MEDIANA	7,13	--	Que equivale a 7 anos, 1 mês e 16 dias	

Fonte: Adaptado de TJSC (2019).

Pode-se observar, nos resultados da pesquisa, que o tempo de tramitação processual dos casos analisados tem uma distribuição uniforme, com poucos casos fora da curva normal, consolidando a morosidade da justiça brasileira, com períodos médios considerados longos na lavração de sentenças judiciais pela justiça brasileira em torno das questões de erro médico-hospitalar.

### Referências

ALVARENGA, E. M. **Metodologia da investigação quantitativa e qualitativa**. Paragui: UMA, 2014.

BRASIL. **Código 4 em 1 Saraiva**: Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



- 
- CUNHA, S. S. **Dicionário compacto do Direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FONSECA, P. H. C.; FONSECA, M. P. **Direito do médico: de acordo com o novo CPC**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.
- FRANÇA, G. V. **Medicina legal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.
- GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- IBGE. **Estado de Santa Catarina - Brasil**. 2019. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/panorama>. Acesso em: 14 ago. 2020.
- MELO, N. D. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MINAYO, M. C. S.; SANCHES, O. **Quantitativo-qualitativo: oposição ou complementaridade?** 1993. Disponível em: <https://bit.ly/3bQvRjm>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- PIERITZ, V. L. H. **A judicialização da saúde por erro médico no Estado de Santa Catarina, Brasil**. Assunção: Universidad Columbia Del Paraguay, 2020.
- STF. Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas do STF: fases da tramitação processual**. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3nTjuW8>. Acesso em: 3 abr. 2020.
- TJSC. Poder Judiciário de Santa Catarina. **Jurisprudências**. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3bW16tr>. Acesso em: 3 jan. 2019.
- TJSC. Poder Judiciário de Santa Catarina. e-SAJ. Consulta de Processos - 2º Grau. 2019. Disponível em: <http://bit.ly/2LGjc7K>. Acesso em: 23 mar. 2019.
- TJSC. Poder Judiciário de Santa Catarina. e-SAJ. **Consulta de Processos - 1º Grau**. 2019. Disponível em: <http://bit.ly/3oXa39h>. Acesso em: 23 mar. 2019.

---

Artigo recebido em 23/05/19. Aceito em 23/08/19.

---

# O BRASIL COMO UM ESTADO DE DIREITO GARANTISTA

## Brazil as a guarantor rule of law

Rodrigo Fernando Novelli <sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo pretende abordar os conceitos operacionais das categorias Estado, Direito e garantismo e, ao final, proporcionar uma conclusão se o Estado brasileiro pode ser ou não considerado como um Estado garantista. Para tanto, utilizou-se do método indutivo na investigação, no tratamento de dados e no relatório, utilizando a técnica da pesquisa bibliográfica e do referente.

Palavras-chave: Estado. Direito. Garantismo.

**Abstract:** This article aims to address the operational concepts of Status categories, Right and garantismo and ultimately provide a conclusion that the Brazilian government may or may not be considered commotion one garantista State. To this end, we used the inductive method in research, data processing and reporting, using the technique of literature and the referent.

Keywords: State. Ritht. Garantism.

### Introdução

O presente artigo tem por objetivo demonstrar a importância da caracterização do Estado Brasileiro como um Estado garantista. Em especial, a análise da proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

Neste norte, é importante conceituarmos o que vem a ser um Estado, com os seus elementos, e assim traçar uma correspondência com o Brasil. A conceituação do Direito e do que vem a ser a teoria do garantismo também se faz necessário para a elaboração de uma conclusão.

Nas fases de investigação, tratamento de dados e relatório utilizou-se o método indutivo e as técnicas do referente e da pesquisa bibliográfica.

### O Estado de Direito

Para iniciar esta parte do estudo, importante retratar o que significa Estado e Direito.

Sobre a categoria Estado pode-se afirmar que é inerente da natureza humana a vida em sociedade. Desde os primórdios, os seres humanos buscavam a proteção, o afeto e a própria subsistência em ambientes coletivos, originando uma sociedade.

Como Estado pode-se entender que se trata de uma criação da própria sociedade, objetiva através da unificação, o desenvolvimento do homem e a regulamentação da vida social, buscando a proteção do interesse público (SILVA JÚNIOR, 2009, p. 1).

A união das pessoas em sociedade na realidade é uma busca por segurança, seja essa pessoal, seja patrimonial. Em regra, nos sentimos mais protegidos quando estamos próximos de nossos pares.

Contudo, para a caracterização de um Estado chamado de moderno, Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2004, p. 24-25) apresentam três distinções entre o Estado medieval e o Estado chamado moderno.

---

<sup>1</sup> Rodrigo Fernando Novelli: Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Advogado Criminalista, Professor de Graduação nas disciplinas de Direito Penal e Processo Penal na Universidade Regional de Blumenau – FURB e Morgado Concursos.

---

A primeira característica do Estado Moderno é essa autonomia, essa plena soberania do Estado, a qual não permite que sua autoridade dependa de nenhuma outra autoridade. A segunda é a distinção entre o Estado e a sociedade civil, que vai evidenciar-se no séc. XVII, principalmente na Inglaterra, com a ascensão da burguesia. O Estado se torna uma organização distinta da sociedade civil, embora seja a expressão desta. Uma terceira característica diferencia o Estado em relação àquela da Idade Média. O Estado medieval é propriedade do senhor, é um Estado patrimonial. O senhor é dono do território e de tudo o que nele se encontra (homens e bens). No Estado Moderno, pelo contrário, existe uma identificação absoluta entre o Estado e o monarca, o qual representa a soberania estatal. Mais tarde, em fins de 1600, o rei francês afirmava “L’etat c’est moi”, no sentido de que ele detinha o poder absoluto, mas também de que ele se identificava completamente no Estado.

O Estado Moderno também é caracterizado por três elementos constitutivos, quais sejam: o povo, o território e a soberania.

Sobre os elementos constitutivos do Estado, destaca-se o posicionamento de Clovis Bevilacqua (1930), que assim os apresenta:

- a) O agrupamento humano, que é a mesma sociedade, o povo, ou a nação, segundo consideramos o agregado social como um sistema de forças, econômicas, intelectuais e morais, abstraindo do aparelho político-jurídico; o complexo de indivíduos entre si vinculados pela tradição, usos, costumes, tendências, aspirações comuns; ou esse conjunto de indivíduos, constituindo uma unidade por suas condições históricas e por sua organização política.
- A idéia de sociedade é sociológica; a de povo, etiológica; e a nação é histórico-política. Não aprofundarei essas distinções, acompanhando argutos pensadores alemães; mas devo afirmar que não são meramente escolásticas. Além de corresponderem a realidade, assinalando modalidades ou expressões da vida coletiva, fornecem luzes para verdadeira teoria do Estado.
- b) O território, acento geográfico do Estado. Para o povo é a pátria, a terra dos antepassados, o ambiente, onde lhe decorreu a vida, sorriu no berço aos afagos maternos, lutou, sofreu, e sente que é uma parte da sua alma. Para nação, é a sua residência inviolável e sagrada, o teatro onde se fixou, cresceu, desenvolveu e a que se prende indissolúvelmente.
- c) O poder soberano é a força que, pelo direito e a política, equilibra, unifica, disciplina e dirige as outras forças sociais e os indivíduos. Propriedade fundamental do Estado, a soberania o distingue de outras corporações quaisquer (BEVILAGUA, 1930, p. 8).

Verifica-se assim que o Estado necessita de alguns elementos estruturais, sem os quais não teríamos uma sociedade. Necessariamente, para a formação de um Estado Moderno haverá um povo organizado, dentro de um limite territorial próprio, onde exercerão a mais ampla soberania.

Outra categoria que se precisa conceituar é o que se pode entender como Direito.

É comum no Direito, haver para cada ponto estudado ou conceito apresentado, uma teoria ou, no mínimo, um questionamento contrário. Neste ponto, o próprio conceito do Direito não é unívoco.

No estudo da categoria “direito” se vê que a origem está num vocábulo do latim: *directum* ou *rectum*, que significa “reto” ou “aquilo que é conforme uma régua”.

O Direito detém a função primordial de regular a vida em sociedade, servindo com freio limitador de vontades, devendo agir, os governantes e os governados, nos estritos dizeres ou permissões da lei.

Ferrajoli afirma que o Direito está em crise e aponta três principais motivos. A crítica inicial é fundamentada na inexistência ou, ainda, a ineficácia de controle de atos dos poderes públicos, o que é chamado, pelo autor, de crise de legalidade. A segunda crítica está pautada na inflação legislativa, em que o Direito acaba figurando como um jogo de poderes, servindo para legitimar interesses específicos. E, por fim, a terceira crítica intitulada na crise do Estado Social,

---

pois haveria um deslocamento da soberania, pois os interesses de integração mundial acabam por fragilizar o próprio direito (FERRAJOLI, 2010).

Diante desses argumentos, pode-se conceituar a categoria Direito como o exercício da soberania de um Estado em que os interesses da coletividade são tutelados na busca do bem comum, servindo ainda para legitimar a atividade do Poder Público.

Com as premissas anteriores, pode-se afirmar que o Brasil é um Estado de Direito, pois detém todos os elementos estruturantes do Estado Moderno e também tem as suas relações determinadas através do Direito.

### **O que é garantismo**

Ao tratar da Teoria do Garantismo, é importante abordar a sua conceituação elaborada pelo Professor Luigi Ferrajoli, notadamente como herança do iluminismo e baluarte da proteção das garantias do cidadão, em especial, a liberdade.

A tarefa poderia ser fácil, principalmente frente à leitura do livro intitulado *Direito e Razão*, no qual Ferrajoli (2010) apresenta e explica essa teoria.

Em que pese a Teoria do Garantismo ter sido concebida sob o enfoque do direito penal, tentando limitar o poder punitivo estatal frente às garantias de liberdade dos indivíduos, não se pode falar que hoje a teoria do garantismo esteja direcionada somente para o âmbito do direito penal.

Sobre a sua origem na cultura jurídica italiana, Ferrajoli (2008, p. 61) apresenta como sendo o ponto inicial de desenvolvimento desta teoria, a resposta havida contra a redução do sistema de garantias processuais que já se apresentava insuficiente:

Más concretamente, la expresión garantismo, en su sentido estricto de garantismo penal, surgió, em la cultura jurídica italiana de izquierda en la segunda mitad de los años setenta, como respuesta teórica a la legislación y a la jurisdicción de emergencia que, por aquel entonces, redujeron de diferentes formas el ya de por sí débil sistema de garantías procesales.<sup>2</sup>

Contudo, Ferrajoli (2010), na falta de um conceito próprio de Garantismo, traz três significados distintos.

De acordo com o primeiro significado:

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente (FERRAJOLI, 2010, p. 785-786).

Assim, o Garantismo é a segurança dos cidadãos que, em um Estado democrático de direito, em que o poder obrigatoriamente deriva do ordenamento jurídico, principalmente da Constituição, atua como um mecanismo para minimizar o poder punitivo e garantir, ao máximo, a liberdade dos cidadãos.

---

<sup>2</sup> Tradução: Mais especificamente, a expressão garantismo, no seu sentido estrito de garantismo penal, surgiu, na cultura jurídica italiana de esquerda na segunda metade dos anos setenta, como resposta teórica à legislação e à jurisdição de emergência, na época, reduzindo de várias formas o sistema já frágil de garantias processuais.

---

Ressalte-se que o garantismo, diante desse primeiro significado, não teria como subsistir, caso não houvesse uma legislação central inflexível ou pelo menos de uma maleabilidade reduzida, pois somente poder-se-ia tratar de garantias quando dispostas em um ordenamento superior, que não dependesse ou pudesse sofrer interpretações quando de sua aplicação e cumprimento.

Ao se analisar o segundo significado, este ocorre sob o enfoque da teoria do direito e crítica ao direito.

“Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas (FERRAJOLI, 2010, p. 786).

Esse significado tratado é na realidade uma visão crítica do ordenamento, que na teoria poderá ter conotação garantista, mas na prática poderia adotar força diversa.

Ainda explicando o segundo significado de garantismo proposto por Ferrajoli (2010), Sérgio Cademartori (2006, p. 106) apresenta que o garantismo detém indiscutivelmente contornos próprios, apesar de poder ser enquadrável no positivismo. A diferença entre normas “válidas”, “vigentes” e “eficazes” é denominada pelo próprio Ferrajoli como “juspositivismo dogmático”.

Pode-se entender como uma legislação válida sob o enfoque garantista, aquela que está em conformidade com o ordenamento superior, no nosso caso, em conformidade com a Constituição Federal, com o núcleo intangível do ordenamento.

Leis que não respeitam a legislação hierarquicamente superior, segundo o garantismo, padecem de validade.

Com relação à vigência de uma lei, esse conceito diz respeito à possibilidade de ser imposta, seja ao Estado, seja aos cidadãos. Somente uma lei vigente, aquela que pode e deve ser cumprida, pode prevalecer no mundo jurídico no modelo garantista.

Por fim, no que tange ao segundo significado proposto por Ferrajoli (2010), mais especificamente da eficácia, em que pese uma lei ser válida, e vigente, não é pressuposto de justiça se esta não detiver eficácia. Pode-se aqui conceituar eficácia como sendo a lei que cumpre a função para a qual foi criada, seja pela sua própria força punitiva, seja pela aplicação pelos Poderes.

Para o terceiro significado de garantismo, Ferrajoli (2008, p. 787) traz a base, frente à filosofia do direito e crítica da política:

“Garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.

Diferentemente dos significados antes abordados, o terceiro e último não traz uma visão interna da teoria, mas sim, obrigatoriamente, externa. Continua a teoria em seu tom crítico, contudo sob outro aspecto de visualização.

Essa crítica externa, ou seja, não analisada sob o ponto de vista normativo ou do conflito entre normas, apresenta-se como uma crítica filosófica laica pautada na finalidade da teoria garantista.

---

Uma vez apresentados os significados elaborados anteriormente, pode-se compor um quarto e único conceito da teoria do garantismo como uma política que prevalece a mínima intervenção do Estado no sistema normativo, pautado na validade da norma e na sua efetividade, de forma distinta e também, entre si, atuando como uma filosofia política externa que impõe ao Estado e ao direito, o ônus de buscar a finalidade da norma.

Serve, então, a teoria do garantismo como um freio ideológico para a atuação indiscriminada do Estado na liberdade do cidadão e de outros direitos fundamentais, devendo e podendo limitar direitos somente como última forma de defesa da sociedade. É cediço que o Direito em nosso país é positivista, traduzido em nosso ordenamento jurídico através de leis e princípios reguladores da vida em sociedade.

Com essa abordagem dos princípios constitucionais e da teoria do garantismo, pode-se observar a importância que esses dois temas jurídicos possuem para o ordenamento jurídico, sobretudo, no âmbito do direito constitucional.

Os princípios constitucionais e o garantismo constituem instrumentos importantes principalmente ao magistrado, permitindo-lhe tutelar não somente a formalidade, mas o conteúdo constitucional, como leciona Alexandre Morais da Rosa (2012, p. 1):

Dito de outro modo, no paradigma *garantista* o magistrado, como os demais atores jurídicos, assume posição diversa, passando a tutelar não somente a formalidade, mas também (e principalmente) o conteúdo constitucional, fazendo a devida *oxigenação constitucional*.

Por outro norte, a conjugação dos princípios constitucionais com o garantismo encontra salutar importância quando se trata dos direitos fundamentais individuais do cidadão, os quais limitam o poder punitivo do Estado, já que são nesses direitos que a teoria do garantismo se apoia e nos quais estão os mais importantes princípios constitucionais, tal qual, o direito ao acesso à informação.

Os princípios constitucionais também servem de apoio ao garantismo. Como exemplo podem ser citados os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, considerados por Ferrajoli (2008) garantias relativas ao processo.

Por todos os ângulos que se analise a teoria do garantismo, constata-se que os princípios constitucionais servem, sobretudo, de suporte à teoria garantista, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais do cidadão.

### **O Estado de Direito brasileiro seria garantista**

Verifica-se no tópico anterior, que Ferrajoli (2010) apresenta dois elementos para afirmar a existência de um Estado de Direito, o primeiro sendo através do princípio da legalidade e o outro como o Estado como garantidor dos direitos fundamentais.

Pois bem, o primeiro elemento está devidamente cumprido, pois o princípio da legalidade está previsto no artigo 1º do Código Penal, ademais para que não haja qualquer dúvida da sua existência em nosso ordenamento, ainda figura como um direito fundamental, neste sentido, expresso no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal.

Imperioso ressaltar que o princípio da legalidade não serve somente ao direito penal, mas a todo o Direito, figura como um limitador ao poder estatal, deve sempre este ser subserviente ao império da legalidade.

A legalidade apontada por Ferrajoli (2010) não significa unicamente que toda e qualquer limitação deve ser originário de uma lei (apontando aqui a chamada legalidade em sentido lato), ou seja, não basta que o Estado imponha algo através de uma lei que passa por todos os tramites previstos legalmente.

---

Pelo contrário, é preciso mais. Essa lei também tem que ter a chamada legalidade em sentido estrito, ou seja, que essa norma esteja em amplo acordo com as demais normas e em especial com as de superior hierarquia, a partir do qual poderemos afirmar que essa lei terá legitimidade (FERRAJOLI, 2010, p. 791).

De outro norte, Ferrajoli ainda apresenta que há, para a caracterização de um Estado de Direito garantista, a proteção especial dos direitos fundamentais como um dever público.

Ferrajoli (2011b, p. 9) propõe uma definição formal do que vem a ser direitos fundamentais:

São “direitos fundamentais” todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (de não lesão) vinculada a um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto de sua idoneidade a ser titular de situações jurídica e/ou autor dos atos que estão em exercício.

No Brasil pode-se afirmar também que há a previsão legal de proteção aos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no título II da Constituição Federal, em que nos artigos 5º ao artigo 17 apresentam-se os direitos invioláveis dos indivíduos.

O próprio Ferrajoli (2012, p. 232-233) reconhece que a Constituição brasileira tem especial importância no estudo de proteção aos direitos fundamentais, como bem observa:

De todas estas cartas, a Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 – composta por 250 artigos (muitos dos quais formados por inúmeros incisos e parágrafos) e por 97 normas transitórias, reformada em 1994 e, depois, alterada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 -, é indubitavelmente a mais avançada. As suas novidades são muitas e todas de grande relevância: um amplo catálogo de direitos sociais, entre os quais os direitos de última geração, como aquele “a um ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 225), e de direitos dos trabalhadores, inclusive contra a despedida “sem justa causa” e um direito a um “salário mínimo fixada em lei” (art. 7, I e IV); a rigidez absoluta de uma série de princípios declarados imodificáveis por nenhuma maioria, como a forma federativa do Estado, a separação dos poderes e os direitos fundamentais e as suas garantias (art. 60 §4º)...

Diante desses argumentos, é possível afirmar que o Estado de Direito brasileiro é garantista, seja pela sua estruturação normativa ser através de uma Constituição forte e ainda garante de uma forma ampla a proteção aos direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos; seja ainda pela imposição legal expressa de que qualquer restrição à liberdade devem reverência sempre a lei (CADERMATORI, 2006, p. 226-229).

A partir da premissa proposta por Ferrajoli (2012) de que deve e tem total consonância com o Estado de Direito, em especial o Brasil, fica ainda uma outra pergunta no ar: seria a Constituição brasileira uma Constituição principialista ou garantista?

Inicialmente precisar-se-ia conceituar as duas formas de constitucionalismo.

Ferrajoli (2012, p. 18) apresenta como constitucionalismo principialista como uma Constituição em que os direitos fundamentais são valores a serem perseguidos pela sociedade, ou ainda, como princípios estruturalmente diversos das regras, pois estes teriam uma normatividade mais fragilizada, deixando de lado a subsunção e figurando necessário agora a ponderação legislativa e judicial.

Pode-se afirmar que um dos principais expoentes na defesa do constitucionalismo principialista é Robert Alexy em especial no ensaio Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade (COPETTI NETO, 2012, p. 157).



---

Para sustentar sua teoria, Alexy (2011) destaca ideais contidas no caso Lüth<sup>3</sup> que servem para demonstrar a defesa do constitucionalismo principialista.

O primeiro argumento especifica que os direitos fundamentais incorporam uma ordem objetiva de valores e que tal ordem objetiva de valores – ou princípios – são aplicados a todas as áreas do direito, não somente à defesa do cidadão contra o estado.

O segundo argumento diz respeito ao efeito dessa aplicação, na medida em que os direitos fundamentais se irradiam sobre todo o sistema jurídico, assumindo o patamar de onipresença. Por fim, a terceira ideia estabelece o caráter conflitual de tais direitos, pois segundo Alexy, essa é a grande lição paradigmática do caso Lüth: a necessidade de balanceamento de interesses. Portanto, ele afirma, valores e princípios tendem, intrinsecamente, à colisão e, desse modo, uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento (COPETTI NETO, 2012, p. 158-159).

Verifica-se que o ponto chave do constitucionalismo principialista é a ponderação de princípios, ademais, Alexy (2011, p. 91-103) apresenta ainda que as regras teriam predominância em relação aos princípios, uma vez que aos princípios poderiam ocorrer uma ponderação, contudo em relação às regras (uma vez que o seu desrespeito lhe acarretaria uma sanção) as mesmas deveriam ser cumpridas.

Os que defendem o constitucionalismo garantista tecem críticas ao constitucionalismo principialista diante do fato de que a ponderação poderia legitimar o ativismo judicial, ou como propõe Lenio Streck (2012, p. 64) o panprincipiologismo.

Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve a “escolha direta”. Importante anotar no Brasil, os tribunais, no uso descritivo da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um “princípio” (sic). Com efeito, se, na formação proposta por Alexy, a ponderação conduz a formação de uma regra - que será aplicada no caso de subsunção -, os tribunais brasileiros passaram a utilizar esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos (STRECK, 2012 p. 74).

O constitucionalismo principialista pode gerar graves desrespeitos ao próprio direito, como também lesionar a própria democracia, uma vez que o poder legiferante passaria a estar nas mãos de magistrados que não foram eleitos democraticamente para esta função.

O constitucionalismo garantista parte do pressuposto de que o direito necessita de uma normatividade forte e que alguns princípios não sejam, mas em especial os princípios elencados como direitos fundamentais devam ser tratados como regras, não tratando como meros valores a serem perseguidos, mas sim devidamente respeitados e cumpridos (FERRAJOLI, 2012, p. 18).

Para esta segunda caracterização, o constitucionalismo poderá se definido como um sistema jurídico e/ou uma teoria do direito que prevê – para a garantia daquilo que vem estipulado constitucionalmente como vinculante e inderrogável – a submissão (inclusive) da legislação a normas relativas à produção não só formais, relativas aos procedimentos

---

<sup>3</sup> Caso Lüth ocorreu em 1958, quando a Corte Constitucional reformou uma decisão do Tribunal de Hamburgo onde era questionado o direito ou não de Lüth boicotar os filmes de Veit Harlan, autor do filme nazista e antisemita “Jud Suss”. COPETTI NETO, Alfredo. **Dos princípios ilegítimos às práticas inefetivas: a proposta de Luigi Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas.** p. 157

---

(ao quem e ao como), mas também materiais, relativas aos conteúdos das normas produzidas (ao que se deve decidir e ao que não se deve decidir), cuja violação gera antinomias, por comissão, ou lacunas, por omissão (FERRAJOLI, 2012, p. 18).

O constitucionalismo garantista busca a efetivação da democracia através e pelo próprio direito, ao contrário do que prega o constitucionalismo principialista, no qual haveria uma separação dicotômica entre o que se entende-se como direito e democracia (COPETTI NETO, 2012, p. 164).

Ferrajoli (2008, p. 792) apresenta alguns direitos, em especial os direitos fundamentais, ainda que corporificados através de princípios, configuram direitos inalienáveis e irrenunciáveis, e, diante de um pacto constitucional sobre a convivência civil, nem tudo pode ser decidido por maioria. Sobre alguns direitos nenhuma maioria poderá decidir pela supressão (e não decidir a proteção) dos direitos fundamentais de uma parcela da população, ainda que de um único cidadão.

E mais, Ferrajoli (2012, p. 247) ainda critica o constitucionalismo principialista, pois entende que o sistema da ponderação autorizaria uma ampliação do Poder Judiciário através do ativismo judicial, enquanto que o constitucionalismo garantista buscaria o contrário.

Tais divergências certamente não podem ser reparadas pela interpretação e pela argumentação jurídica. No modelo normativo por mim teorizado, o preenchimento das lacunas e a resolução das antinomias nas quais elas se manifestam não são confiados ao ativismo interpretativo dos juízes, mas somente à legislação – e, por isso, à política –, no que diz respeito às lacunas e ao anulamento das normas inválidas; e à jurisdição constitucional, no que diz respeito às antinomias. Certamente, os juízes devem interpretar as leis à luz da Constituição, ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais. Mas é ilusório supor que eles possam colmatar aquelas que denominei “lacunas estruturais” e suprir a necessária *interpositio legis*. Eles podem, no máximo, evidenciar as lacunas: os juízes constitucionais cientificam o Parlamento, como previsto no art. 103, §2, da Constituição brasileira; e os juízes e tribunais, determinando, no caso concreto submetido a sua apreciação, uma forma qualquer de satisfação ou reparação (FERRAJOLI, 2011a, p. 102-103).

Outro ponto que diferencia o constitucionalismo principialista do constitucionalismo garantista é que este último não apresenta uma distinção entre regras e princípios, sustentando ainda que essa diferenciação pode levar a um enfraquecimento normativo da Constituição.

Ferrajoli (2012) afirma que não haveria uma diferença entre regras e princípios, em especial quando estamos diante de direitos fundamentais.

A diferença entre a maior parte dos princípios e as regras é, portanto, ao meu ver, uma diferença que não é estrutural, mas quase de estilo. A formulação de muitas normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, na forma dos princípios não é apenas um fato de ênfase retórica, mas tem uma indubitosa relevância política: em primeiro lugar porque os princípios enunciam expressamente, e por isso solenemente, os valores ético-políticos por eles proclamados, em relação aos quais as regras são, por sua vez, “opacas”, em segundo lugar, e sobretudo, porque eles, quando enunciam direitos servem para explicitar a titularidade das normas constitucionais que conferem direitos às pessoas ou os cidadãos, e por isso a sua colocação em posição supraordenada ao artifício jurídico, como titulares de outros tantos fragmentos de soberania popular. Mas, a parte o estilo, qualquer princípio que enuncia um direito fundamental, pela recíproca implicação que liga as expectativas nas quais os direitos consistem e as obrigações e proibições correlatas, equivale à regra consistente na obrigação ou na proibição correspondente. Precisamente porque os direitos fundamentais são universais (*omnium*), eles consistem em normas, ainda que sempre interpretadas como regras, às quais correspondem deveres absolutos (*erga omnes*), igualmente consistentes em regras (FERRAJOLI, 2012, p. 41).

---

Diante dos argumentos apresentados pode-se afirmar que princípios não podem ser confundidos com valores e Ferrajoli apresenta que não há uma diferenciação entre regras e princípios, sendo que sempre atrás de uma regra há um princípio que acaba legitimando essa regra, e como uma importante restrição ao constitucionalismo principialista, a sua utilização acaba por enfraquecer o direito, dando azo à propagação daquilo que se convencionou chamar como panpricipiologismo (STRECK, 2012 p. 71).

### **Considerações finais**

Podemos afirmar que o sistema garantista só tem aplicabilidade em um Estado de direito, pois em um sistema absolutista as garantias são suprimidas frente ao totalitarismo.

Podemos assim considerar que, tendo em vista os presentes argumentos, o Estado brasileiro é garantista, e mais, que no Brasil deve ser aplicado o constitucionalismo garantista.

Desta feita, a sobrevalorização dos princípios não pode resultar paradoxalmente no esvaziamento do seu conteúdo deontico; impõe-se lhes que os mesmos sejam tratados como garantias a serem aplicadas como regras impositivas e não como simples valores sociais que devem ser aplicados (ou não) mediante técnicas subjetivas de ponderação.

Assim a pergunta que fundamentou o nosso trabalho deve ser respondida que o Estado de Direito brasileiro é garantista, pois protege os direitos fundamentais do cidadão, devendo ainda tratar os princípios como normas cogentes, acessíveis e aplicáveis a todos.

### **Referências**

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEVILAQUA, C. Conceito de estado. **Revistas USP**, São Paulo, v. 26, 1930. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/article/view/65257/67862>. Acesso em: 18 set. 2020.

CADEMARTORI, S. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. 2 ed. Campinas: Millennium, 2006.

FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In*: FERRAJOLI, L.; STRECK L. L.; TRINDADE, A. K. **Garantismo, Hermenêutica e o (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, L. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9., 2011, Curitiba. **Anais [...]** Curitiba: ABD-Const, 2011a. p. 95-113. Disponível em: <https://bit.ly/38SssP8>. Acesso em: 18 set. 2020.

FERRAJOLI, L. **Por uma teoria dos direitos fundamentais e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, L. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

OLIVEIRA JUNIOR, J. A. de. O Direito como sistema de garantias. *In*: OLIVEIRA JÚNIOR, J. A. de. **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

---

ROSA, A. M. da. **Princípios ambientais, direitos fundamentais, propriedade e abuso de direito**: por uma leitura a partir do garantismo jurídico (Ferrajoli). Florianópolis: UFSC, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3sELHDM>. Acesso em: 10 out. 2019

SILVA JUNIOR, N. N. da. O conceito de estado. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, n. 68, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/2XTPq1P>. Acesso em: 9 ago. 2014.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

---

Artigo recebido em 23/05/19. Aceito em 23/08/19.

# O DIREITO À PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL NO BRASIL

## The food advertising rights for child audience in Brazil

Clarice Klan<sup>1</sup>

Ana Paula Pianezzer Tank<sup>1</sup>

**Resumo:** Este trabalho tem por objetivo analisar a publicidade de alimentos destinada ao público infantil no Brasil. Para o alcance dos objetivos deste trabalho, fez-se uso de pesquisa bibliográfica, a qual abrange toda a bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, como livros e artigos científicos; utilizou-se do método indutivo, através do qual parte-se de dados particulares, suficientemente constatados, para inferir-se uma verdade geral ou universal. Como controvérsia central, colocou-se que a publicidade de alimentos e bebidas altamente calóricas e de baixo valor nutricional tem promovido o aumento da obesidade e doenças crônicas não transmissíveis entre crianças, como câncer, diabetes, doenças do aparelho circulatório e respiratórias. Concluiu-se que as ações promocionais das empresas agravam o cenário de obesidade e sobrepeso no Brasil, quando se utilizam da condição peculiar de desenvolvimento cognitivo da criança para impingir-lhe produtos pobres nutricionalmente. Isso transgride direitos do infante, a exemplo de sua proteção integral e prioritária, estampada no art. 227 da Constituição Federal Brasileira de 1988 e nos arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por isso propôs-se a criação de um órgão específico da administração pública para realizar um controle prévio da atividade publicitária, buscando-se, assim, coibir ilegalidades e não somente ensejar reparações posteriores na esfera civil; e a criação de uma legislação que claramente defina o que se deve entender por publicidade dirigida às crianças e que reprima o direcionamento de comunicação mercadológica a elas.

**Palavras-chave:** Direito. Publicidade de alimentos. Público infantil.

**Abstract:** This work aims to analyze the advertising of food for children in Brazil. To achieve the objectives of this work, use bibliographic research, which covers the entire bibliography already made public in relation to the topic of studying, like books and scientific articles; uses the inductive method, through which part of particular data, including verified, to infer a general or universal truth. As a central controversy, it was stated that the advertising of high-calorie foods and beverages and of low nutritional value have promoted the increase of obesity and chronic non-communicable diseases among children such as cancer, diabetes, diseases of the circulatory and respiratory system. It was concluded that the promotional actions of companies aggravate the scenario of obesity and overweight in Brazil, when they use the peculiar condition of the child's cognitive development to impose nutritionally poor products on them. This violates the infant's rights, as is the case with his integral and priority protection, stamped in art. 227 of the Brazilian Federal Constitution of 1988 and in arts. 3rd and 4th of the Child and Adolescent Statute. For this reason, it was proposed to create a specific public administration body to carry out a prior control of advertising activity, seeking, in this way, to curb illegalities and not only give rise to subsequent reparations in the civil sphere -; and the creation of legislation that clearly defines what should be understood by advertising directed at children and that suppresses the direction of marketing communication to them.

**Keywords:** Law. Food advertising. Child audience.

### Introdução

Especialmente a partir da Revolução Industrial, a publicidade tem assumido enormes proporções no dia a dia de cada indivíduo. O mercado se demonstrou muito mais competitivo e as empresas começaram a vislumbrar a necessidade de destacar seus produtos frente à concorrência utilizando-se da publicidade como instrumento para essa divulgação.

Ocorre que muitas crianças, hoje, colhem as consequências disso, já que a indústria alimentícia também caminhou nesse mesmo sentido, investindo fortemente em comunicação merca-

---

<sup>1</sup> Centro Universitário Leonardo Da Vinci – UNIASSSELVI – Rodovia BR 470 – Km 71 – nº 1.040 – Bairro Benedito – Caixa Postal 191 – 89130-000 – Indaial/SC Fone (47) 3281-9000 – Fax (47) 3281-9090 – Site: www.uniasselvi.com.br.

---

dológica e atingindo polos mais vulneráveis como os infantes. As novas tecnologias estão aumentando o tempo em que as crianças passam em frente às telas, o que reduz o tempo investido em atividades físicas e na convivência com outras pessoas. Como o bombardeio midiático é constante (poder-se-ia dizer que ele é onipresente), seria utópico imaginar que a família, sozinha, consiga suportar toda a responsabilidade de proteger suas crianças dos ataques publicitários.

Nessa linha, é oportuno esclarecer que, apesar da televisão ter apresentado queda nos índices de audiência, ela continua como líder na atenção dos telespectadores de qualquer idade, o que instiga os estrategistas em marketing a concentrar suas divulgações nesse meio. É por essa razão que este trabalho abordará essencialmente a publicidade televisiva, defendendo-se o posicionamento de que, embora a publicidade seja um instrumento necessário para o ideal funcionamento do mercado, o seu uso deve ser controlado, para evitar abuso por parte dos anunciantes, protegendo o consumidor, sobretudo se ele for caracteristicamente frágil, como o público infantil. Torna-se essencial entender como a legislação brasileira vem lidando com esse cenário, visto que cabe ao Direito regular as relações humanas e proteger os bens jurídicos essenciais ao ser humano como a sua saúde e seu bem-estar na infância.

### **Metodologia da pesquisa**

Para o alcance dos objetivos deste trabalho, fez-se uso da pesquisa bibliográfica, a qual abrange toda a bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, como livros e artigos científicos; utilizou-se também do método indutivo, através do qual parte-se de dados particulares, suficientemente constatados para inferir-se uma verdade geral ou universal.

Considerações iniciais: a criança e os fenômenos da globalização nas relações de consumo

Para este trabalho será adotada a definição presente no art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), aquele, em regra, aplicado no ramo do Direito, considerando criança pessoa com até doze anos de idade incompletos. Nessa fase de sua vida, diferente da adulta, o ser humano encontra-se em constante desenvolvimento, possuindo capacidade de resistência mental e de compreensão bastante diferenciada. Insta salientar que as crianças são consideradas pessoas em desenvolvimento, já que elas vivenciam uma etapa de vida distinta da adulta que, como todos os estágios, deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completeza relativa (HENRIQUES, 2006, p. 128).

As crianças observam tudo o que acontece ao seu redor. Por não conseguirem filtrar corretamente o grande número de informações que lhe são destinadas diariamente, elas acabam constituindo o polo de vulneráveis. Isso porque a mídia faz uso da fragilidade própria dessa idade para comercializar seus produtos de maneira desleal, pois “A propaganda<sup>2</sup> agrada às emoções, não ao intelecto e afeta as crianças ainda mais profundamente do que os adultos” (LINN, 2006, p. 23).

Sobre as normas brasileiras que regulam as relações de consumo e que versam sobre a proteção dos direitos das crianças e adolescentes tem-se: a Carta Magna de 1988, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), cujos dois últimos firmam microssistemas jurídicos autônomos e independentes com lógica e funcionamento particulares. Enquanto o primeiro visa à proteção do consumidor, considerado a parte vulnerável na relação de consumo em relação aos fornecedores, o segundo garante, como prioridade absoluta, a

---

<sup>2</sup> Citação aplicável também à publicidade. Cabe esclarecer a diferença entre os dois termos nas palavras de Cavalieri Filho (2014, p. 141): “**Publicidade tem objetivo comercial, próprio para anunciar produtos e serviços possíveis de negociação. Propaganda, por sua vez, visa a um fim ideológico, próprio para a propagação de princípios, ideias, teorias, com objetivo religioso, político ou cívico.** A propaganda eleitoral ou partidária é bom exemplo do correto emprego do termo propaganda. Outros exemplos são as campanhas governamentais contra acidentes de trânsito, contra a AIDS, pró-vacinação etc.” (grifou-se)

---

proteção integral de crianças e adolescentes (HENRIQUES; VIVARTA, 2013, p. 17).

Nessa trajetória, a discussão acerca das interseções entre direito do consumidor e de crianças e adolescentes ainda se demonstra escassa, podendo ser considerada embrionária. No entanto, não se deve mais postergar esse debate, pois a atual conformação da sociedade de consumo exige medidas urgentes sobre o assunto já que “o adensamento dos processos de globalização com o rompimento das fronteiras nacionais, a concentração de mercados e a desregulamentação financeira têm trazido novos desafios para o campo de proteção ao consumidor e à infância e adolescência” (HENRIQUES; VIVARTA, 2013, p. 22). Assim, é um assunto emergente que necessita de atenção dos operadores do Direito, sendo problematizado e discutido por eles.

### **A vida desperdiçada em frente às telas**

No que concerne ao meio midiático televisivo, foco deste trabalho, a Revista Crescer (MAGALHÃES, 2017) publicou uma notícia, na qual, em trecho específico, abordou os malefícios causados pela televisão nas crianças, ressaltando que esta faz mal a elas mesmo quando está em segundo plano. Explica a psicóloga Vera Zimmermann, coordenadora do Centro de Referência da Infância e da Adolescência da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), que o ato de brincar, por exemplo, para ser produtivo,

[...] exige concentração, visto que é neste momento que as crianças procuram resolver seus conflitos e questões internas. Dessa forma, a TV como pano de fundo é absolutamente prejudicial, já que, de imediato, rouba o foco da criança do que ela está fazendo. Distúrbios do sono e dificuldades para manter o foco na escola, por exemplo, são consequências que a TV utilizada indiretamente pode trazer a médio e longo prazos. Assim, desligar a TV e deixar a criança focada no brincar, é a melhor opção (MAGALHÃES, 2017, on-line).

Além disso, muitas famílias têm o hábito de deixar suas crianças se alimentarem em frente à televisão, o que é extremamente prejudicial a elas, já que, conforme referido, a TV como pano de fundo causa consequências ao infante, inclusive aquela de roubar-lhe o tempo destinado à alimentação. Mas a maior crítica quanto a isso é que

A alimentação não pode ser o único momento de prazer e nem deve dominar a vida da criança. Quando isso acontece, ela começa a substituir as coisas que são mais trabalhosas por algo que está ali. E quando se inclui a televisão, a situação piora. A criança passa a querer ficar sedentária, isolada, vendo televisão e comendo. Vira um ciclo vicioso porque, junto com isso, vem a culpa. Ela se torna uma pessoa cujo nível de gratificação, de compreensão da vida é muito limitado. Pode ter a função intestinal dificultada, ter mais cáries por causa do açúcar, problemas articulares por causa do peso excessivo. Nas dobras, começa a ter coceira, micose, passa a ter um cheiro típico, e, com isso, começa a se inibir e não querer se socializar (TADDEI, 2009, p. 14).

Nesse sentido, o projeto “Obesidade Infantil Não” lançado pela AMIL, que luta contra a obesidade infantil, fez um experimento divulgado em forma de vídeo disponível em plataforma YouTube, intitulado “Anos Invisíveis”, que visa descobrir se os pais sabem quanto tempo seus filhos passam em frente às telas. Para isso, escolheu-se uma família e, com a autorização dos pais, foram colocadas algumas câmeras na casa deles para acompanhar a rotina dos filhos (Bernardo e Isadora) por uma semana. Ao término do período das gravações e levantamento de dados, foram chamados os pais das crianças observadas para uma conversa. A entrevistadora, Helen Ramos, mais conhecida por Hel Mother, mãe e influenciadora digital, iniciou a conversa indagando aos pais como é a relação das crianças com smartphones, tablets, TV, entre outros. Os pais descreve-

---

ram que os filhos estão aprendendo ainda a lidar com essas mídias, mas que as crianças já deixam de sair de casa, por exemplo, para se envolver com essas tecnologias (AMIL, 2018).

Quando os pais foram indagados acerca do número de horas diárias que as crianças passariam em frente a esses aparelhos eletrônicos, eles palpitarão uma média de três horas, momento em que se rodou as gravações das câmeras e se demonstrou que o valor era muito mais expressivo. Juntando-se tablets, smartphones e TVs, o filho mais velho (Bernardo) permanecia, em média, seis horas e meia por dia em frente às telas. Consequentemente, se ele continuasse nesse ritmo até os 18 anos, ao chegar nessa idade, passaria quatro anos e oito meses parado em frente às telas. Quanto à filha menor (Isadora) que, na data do experimento, sequer tinha dois anos de idade, ela passava cerca de uma hora e 46 minutos por dia em frente às telas, o que é considerado um percentual grande se comparado à sua faixa etária (AMIL, 2018). No término do vídeo, o projeto destaca a trágica estatística europeia levantada por Aric Sigman (2012, p. 1) de que, até os 18 anos de idade, uma criança passará em média três anos em frente às telas. Se permanecer nesse ritmo, aos seus 80 anos, ela terá gasto, assustadoramente, 17,6 anos.

O que se quer dizer é que a criança deve ter seu momento específico dedicado à alimentação, sem influências externas. Ela precisa se concentrar no ato de alimentar-se e estabelecer uma relação com o alimento que não deve necessariamente estar associada ao prazer. Ela precisa entender que a alimentação equilibrada é essencial para sua saúde e que, portanto, deve reservar tempo exclusivo para cuidar dela. Se as crianças não forem conscientizadas a agir dessa maneira, elas não identificarão problemas no consumo de alimentos “mais práticos” como *fast foods* em suas principais refeições. Isso, consequentemente, poderá desencadear em um ciclo vicioso, cujas consequências poderão se prolongar para vida inteira como o desenvolvimento de doenças crônicas não transmissíveis, a exemplo do Diabetes Tipo 2.

Por essa razão, as indústrias de alimentos focam nas crianças, pois nessa fase de suas vidas, elas estão formando seus padrões de consumo, seus estilos de vida e seus hábitos alimentares. Assim, são extremamente influenciáveis, também devido ao processo de formação da individualidade (TADDEI, 2009, p. 8). Em alguns casos, conforme demonstra o documentário “Muito além do peso”, de Estela Renner (MUITO ALÉM, 2013), as pessoas não possuem consciência da constituição dos alimentos que adquirem para si e para suas famílias.

Conforme Portaria nº 2/2004 do Rio de Janeiro em seu Anexo I (BRASIL, 2007), desde um simples empanado até um pacote de biscoitos recheados, a quantidade de malefícios à saúde é imensa, pois contam com elevado índice de sódio, açúcar e gordura. Assim, o problema não está na grande diversidade de alimentos ofertados, mas na qualidade nutricional de cada um deles; e embora esses alimentos sejam listados como “proibidos” às crianças, sua comercialização é abundante.

### **A publicidade e a relação com a obesidade infantil**

No ano de 2010, o IBGE<sup>3</sup> em parceria com o Ministério da Saúde, realizou uma pesquisa em que se evidenciou que uma em cada três crianças de 5 a 9 anos estaria acima do peso recomendado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), revelando um salto no número de crianças, nessa faixa etária, com excesso de peso ao longo de 34 anos.

---

<sup>3</sup> O IBGE em parceria com o Ministério da Saúde, através da seção de Antropometria e Estado Nutricional da Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) 2008-2009, entrevistou e tomou medidas de peso e altura de pessoas em 55.970 domicílios em todos os estados e no Distrito Federal para obtenção da tendência secular das variações de altura e peso da população. Foram analisados os dados de mais de 188 mil pessoas de todas as idades. Os resultados foram comparados com as pesquisas de 1974-75 (Estudo Nacional da Despesa Familiar – ENDEF), 1989 (Pesquisa Nacional sobre Saúde e Nutrição – PNSN), 2002-03 (Pesquisa de Orçamentos Familiares – POF) (IBGE, 2010, on-line).



---

## A consequência do sobrepeso e obesidade na infância, segundo a OMS:

[...] é associada a uma maior probabilidade de obesidade, morte prematura e deficiência na idade adulta. No entanto, além desses maiores riscos futuros, as crianças obesas sofrem de dificuldades respiratórias, aumento do risco de fraturas e hipertensão e apresentam marcadores iniciais de doenças cardiovasculares, resistência à insulina e efeitos psicológicos (OMS, 2020, on-line).

Todas essas informações fazem com que os dados expressos a seguir se tornem estarecedores. Isso porque, segundo site da Associação Brasileira para o Estudo da Obesidade e Síndrome Metabólica (ABESO, 2018), a projeção é que, em 2025, cerca de 2,3 bilhões de adultos estejam com sobrepeso e mais de 700 milhões obesos. Quanto ao número de crianças com sobrepeso e obesidade no mundo, esse pode chegar a 75 milhões, caso nada seja feito.

Referente ao cenário nacional, alguns levantamentos apontam que mais de 50% da população brasileira está acima do peso, ou seja, na faixa de sobrepeso e obesidade. Entre crianças, esse percentual estaria em torno de 15%. Já podia-se perceber esse movimento crescente da obesidade no último levantamento oficial feito pelo IBGE entre 2008/2009 (IBGE, 2010).

Além dos já mencionados prejuízos à saúde do infante, a publicidade de alimentos é dicotômica, pois ao mesmo tempo em que impulsiona a criança a engordar, contribui para desqualificar e desvalorizar as pessoas acima do peso. Outrossim, o bombardeio da publicidade é ambíguo e isso confunde a criança, já que a infância é uma fase de construção da personalidade e, portanto, de muitos questionamentos. Se não for bem controlada, pode desencadear em distúrbios alimentares como a bulimia e a anorexia, pois a busca do corpo excessivamente magro nada mais é do que o outro lado da moeda (PROJETO CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p. 23-24).

Essas mensagens contraditórias contribuem para o desequilíbrio do metabolismo infantil e da estrutura emocional da criança, pois ora induzem-na a ingerir ilimitadamente produtos calóricos, ora apresentam-na a magreza como padrão de beleza, implantando um sentimento de insatisfação contínua (PROJETO CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p. 24). Nesta perspectiva,

Sem condições para compreender o enredamento perverso no qual foi envolvida, por conta do estágio de desenvolvimento em que se encontra, a criança enxerga nas ofertas atraentes de alimentos um alívio imediato para sua ansiedade, passando a comer cada vez mais na busca de preencher o vazio da falta de contato genuinamente afetivo. Nessas condições, a criança não consegue se aplicar nos estudos nem se relacionar bem com seus pares, tendendo a se isolar. A armadilha para a compulsão consumista está então formada. Enquanto isso, o marketing infantil vangloria-se por ter construído um consumidor permanente, ainda que para alcançar isso promova hábitos e valores prejudiciais à formação da criança (PROJETO CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p. 25)

Não bastasse isso, os apelos promocionais também induzem a criança a comer em troca de prêmios. Isso quer dizer que a criança passa a desejar determinado lanche ou guloseima porque vem acompanhado de algum prêmio e não porque comer é algo que ela precisa para sobreviver. Alimentos ricos em sabor e pobres em nutrientes são exemplos claros e comuns de consumo inconsequente e sem limites. Subliminarmente, os anúncios e os comerciais assumem um tom imperativo equivalente a dizer: “Não pense! Apenas coma e se divirta” (PROJETO CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p. 25).

Nesse sentido,

---

Além de ser convencida a atender ao desejo de outro, esse outro nem são seus pais, mas a figura lúdica de algum personagem famoso dito “amigão” da criança. Nas mensagens, esses personagens parecem ser mais amigos delas por brincarem com a comida e por estarem constantemente de acordo com elas. Isso prejudica a educação da criança e confunde os valores afetivos e nutritivos (PROJETO CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p. 26).

Portanto, a hora de comer não deve ser confundida com a hora de brincar. No entanto, a oferta de prêmios atrelados aos alimentos é tanta que algumas embalagens até lembram pacotes de presentes. Isso faz com que a criança não se alimente porque tem fome ou precisa, mas porque alguém lhe “recompensa” por desempenhar tal “sacrifício”. Com isso, a criança tende a associar à comida a ideia gratificante de que alguma recompensa a acompanhará deslocando o interesse do alimento para o brinquedo (PROJETO CRIANÇA E CONSUMO, 2009, p. 26).

Desse modo, os malefícios em se propagar a divulgação de uma alimentação pobre em valor nutricional se protraem por toda a vida. Combater a publicidade infantil vai muito além de se impedir/reduzir os lucros auferidos pela indústria alimentícia nesse segmento. Trata-se de consumir uma previsão constitucional de proteção integral do infante, cabendo a todos garantir-lhe seus direitos, dentre eles o direito à saúde e o de se desenvolver plenamente.

### **A regulação da publicidade no Brasil**

Vale notar que no Brasil não existe uma legislação que claramente defina, regre e controle a atividade publicitária. O que há é a regulação da atividade publicitária pela coexistência de normas jurídicas e normas de autorregulação<sup>4</sup> que conformam dois sistemas independentes, de atuação paralela e objetivos distintos. Diz-se objetivos distintos, pois há uma polarização nos debates sobre o assunto, com um setor da sociedade advogando pela eficácia e suficiência da autorregulamentação e outro constituído por entidades da sociedade civil, de defesa dos direitos das crianças e adolescentes, dos consumidores e da garantia da segurança alimentar e nutricional, buscando uma regulação legal e governamental (HENRIQUES; VIVARTA, 2013, p. 23-24).

Também não há, no país, um órgão especificamente responsável pela fiscalização da atividade publicitária e/ou penalização daquela que se demonstrar ilícita. Para suprir essa carência, tem-se um sistema estatal de controle da publicidade composto pela atuação do Poder Executivo, através dos órgãos de defesa do consumidor como Procons e o Poder Judiciário, sendo o primeiro responsável pela aplicação de sanções administrativas, ao passo que o segundo trata das sanções civis e penais propriamente ditas.

Ocorre que essas medidas punitivas são morosas, especialmente em face do dinamismo do setor publicitário. Por essa razão, a fiscalização do setor precisaria se dar com muito mais rapidez para que, assim, pudesse-se habilmente coibir ilegalidades e não somente ensejar posteriores reparações pecuniárias por danos causados. Nesse sentido, afirma Benjamin (2007, p. 262) que “o grande desafio, por certo, não é encontrar pontos em comum entre o Direito e o marketing. Difícil será fazer com que o Direito – de evolução lenta – adapte-se e acompanhe o marketing, fenômeno dinâmico por excelência”.

Ademais, “inexistir um órgão da Administração Pública Federal – com suas respectivas representações nos demais entes federativos – que tenha como função fiscalizar a publicidade e coibir seus abusos é deixar o mercado publicitário livre de qualquer questionamento” (HENRIQUES; VIVARTA, 2013, p. 38). Ressalta-se que é importantíssima a atuação do Poder Judiciário

---

<sup>4</sup> A autorregulação caracteriza-se como autodotação de regras e o exercício de autocontrole pelo próprio setor social, grupo ou atividade. Trata-se de instrumento normalmente utilizado nas situações em que ele se apresenta potencialmente menos custoso ou mais eficiente do que a criação de normas diretamente pelo Estado (HENRIQUES; VIVARTA, 2017, p. 34)

---

rio nas demandas que versam sobre a publicidade enganosa e/ou abusiva, só que é praticamente inviável levar aos Tribunais todas as questões relativas às ilegalidades verificadas nas peças publicitárias, já que estas possuem uma amplitude de existência enorme e uma dinamicidade assustadora enquanto que o Poder Judiciário brasileiro é reconhecido por sua morosidade, a qual constitui reclamação de quase metade dos cidadãos que procuram a Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça (MONTENEGRO, 2014).

Além dos sujeitos de controle já descritos, há também o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar), o qual, segundo o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC, 2011), é uma instituição criada por entidades ligadas à atividade publicitária (agências, anunciantes e veículos de comunicação) com o objetivo de regulamentar o setor, criando regras para a realização e veiculação de publicidade. A sua atuação é pautada por um Código de Autorregulamentação, elaborado pelo próprio Conselho, que contém todas as regras que devem ser seguidas pelas agências publicitárias. Só que o Conar não exerce censura prévia sobre peças de publicidade, ocupando-se apenas do que já foi veiculado, exercendo um controle repressivo.

Ainda, ao final do processo, o Conar entender que a publicidade está em desacordo com as normas éticas, tomará uma das seguintes medidas: determinação da alteração do anúncio ou determinação da sustação de sua veiculação. Se for o caso, a decisão também proporá a advertência do anunciante e/ou de sua agência ou ainda a divulgação pública da reprovação do Conar, nos termos do art. 27 do Regulamento Interno do Conselho de Ética (Rice).

No entanto, é inocência imaginar que o Conar vem realizando a contento esses seus objetivos. Primeiro porque realiza uma política de autorregulamentação autônoma, ou seja, por não ser um órgão da Administração Pública, mas uma entidade formada por agências de publicidade, anunciantes e veículos, que seria o setor regulado em geral, não possui poder de polícia. Consequentemente, não pode aplicar qualquer penalidade àquele que, porventura, esteja descumprindo a lei ou o código de ética que aplica. Em segundo lugar, o Conar é formado e financiado pelo mercado cujos interesses defende. Vale dizer, interesses que nem sempre estarão em concordância com os sociais.

Em razão disso, a atuação do Conar pode ser considerada tendente a se submeter aos interesses puramente mercadológicos, o que ratifica a necessidade de o Brasil ter um órgão da administração pública que cuide especificamente da publicidade. Ressalta-se que, com isso, não se sugere o fim da atuação estatal ou a negação do pluralismo jurídico, mas uma complexa e necessária interação entre Estado e agentes não estatais no que concerne ao assunto (HENRIQUES; VIVARTA, 2017, p. 26). Dessa forma, a regulação aqui preconizada agiria de antemão e evitaria os prejuízos advindos da publicidade infantil (ao contrário de se penalizar a posteriori), os quais não são plenamente contornados pela mera sugestão de suspensão ou alteração de anúncios.

### **Constituição federal: proteção da criança versus liberdade de expressão**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988), lei fundamental e suprema do país, que constituiu um grande marco democrático da sociedade brasileira, dispõe, em seu artigo 227, caput, que

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de **colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão** (grifou-se) (BRASIL, 1988).

---

Atenção especial se faz necessária às partes grifadas do texto legal, quais sejam, absoluta prioridade da proteção dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, colocando-as a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Isso reforça que, “no tema da regulação estatal ou autorregulamentação da publicidade infantil, o interesse da criança deve prevalecer sobre qualquer outro, inclusive os corporativos e mercadológicos” (HENRIQUES; VIVARTA, 2017, p. 98).

Toda essa guarida concedida pela Carta Magna não pode ser dissociada do expresso em seu artigo 6º, Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II – Dos Direitos Sociais, que versa sobre o direito à saúde como direito fundamental social, incluindo-o no Catálogo dos Direitos Fundamentais. Assim,

[...] afinada com a evolução constitucional contemporânea e o direito internacional, não só agasalhou a saúde como bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi mais além, **consagrando a saúde como direito fundamental, outorgando-lhe, de tal sorte, uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátria** (grifou-se) (SARLET, 2007, p. 2).

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 dedicou uma seção especialmente à saúde (Título VIII – Da ordem social, Capítulo II – Da seguridade social, Seção II), afirmando 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 a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988, art. 196). Ademais, as ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle (art. 197, CF/1988).

Todavia, ao se falar nos direitos de proteção da saúde não se pode menosprezar a influência da publicidade como possível dificultadora no alcance desses objetivos já que a publicidade de alimentos ultraprocessados, especialmente aquela dirigida ao público infantil, vem contribuindo para “gerar mudanças e impactos profundos na saúde e comportamento alimentar da população brasileira” (HENRIQUES; VIVARTA, 2013, p. 20).

Não obstante, muitos alegam que, ao se defender esse posicionamento, estar-se-ia conflitando com outras garantias constitucionais tais como a liberdade de expressão (art. 5º, inc. IX e art. 220, § 2º, CF/1988) das empresas e se ensejando atos de censura. No entanto, essa acusação se torna insustentável ao se analisar que

A publicidade comercial é eminentemente um instrumento de persuasão para o consumo de produtos e serviços e, enquanto meio da atividade econômica, é tutelada pela Constituição Federal no título referente à Ordem Econômica. Não sendo um direito absoluto, seu exercício pode sofrer restrições, com o objetivo de tutelar outros direitos constitucionalmente protegidos, como os direitos à saúde, à educação, ao meio ambiente e à prioridade absoluta da infância, entre outros.

Prova disso é que o próprio art. 220, §3º, inc. II e §4º prevê, de forma clara, a restrição de publicidades de “produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”, citando, em caráter exemplificativo e não taxativo, a regulação, por meio de lei, de “propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e medicamentos” (HENRIQUES; VIVARTA, 2017, p. 87).

Sobre essa discussão, o artigo do professor de Direito do Estado da Universidade de São Paulo, Dalmo de Abreu Dallari, é esclarecedor ao afirmar:

---

**O controle da publicidade dirigida à criança vincula-se à questão da liberdade de comércio e não à liberdade de expressão, que é um direito fundamental da pessoa humana. Essa distinção é essencial, pois retira a base jurídica dos que, interessados prioritariamente no comércio, tentam sustentar a alegação de inconstitucionalidade das normas legais e regulamentares que fixam diretrizes para a publicidade dirigida à criança.** Essa diferenciação entre o direito à liberdade da publicidade com o objetivo de promoção de vendas e, portanto, como capítulo da liberdade de comércio, e as limitações da publicidade que vise a captação de vontades, de maneira geral, afetando negativamente direitos fundamentais da pessoa humana, foi ressaltada com grande ênfase e com sólido embasamento jurídico pela Corte Constitucional da Colômbia, em decisão proferida no final de 2013. A questão que suscitou o pronunciamento da Corte Constitucional colombiana era a publicidade do tabaco e, tomando por base justamente a diferença entre o direito à publicidade comercial e o direito de livre expressão, que é atributo da pessoa humana universalmente consagrado, a Corte rejeitou a alegação de inconstitucionalidade das limitações jurídicas à publicidade comercial, para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana (grifou-se) (DALARI, 2014).

Em síntese, a publicidade é, inegavelmente, uma prática comercial e deve ser regulada como tal. Dessa maneira, não é possível considerar a publicidade como expressão de um direito fundamental da Constituição Federal de 1988, como é a livre manifestação do pensamento, pois os direitos fundamentais são aqueles considerados como direitos humanos, ou seja, de proteção do ser humano em suas diversas dimensões. Por conta disso é que a regulação da publicidade comercial, especialmente a infantil, é medida absolutamente compatível com o Estado Democrático de Direito (HENRIQUES; VIVARTA, 2017, p. 90). Dessa forma, a alegação de inconstitucionalidade das normas legais e regulamentares que fixam diretrizes para a publicidade dirigida à criança é insubsistente.

#### **Estatuto da criança e do adolescente (ECA- Lei nº 8.069/1990) e a proteção do infante contra qualquer forma de exploração**

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), publicado um pouco após a Constituição Cidadã, surgiu como um grande marco no que diz respeito à proteção da infância e, desse modo, não poderia ausentar-se desta discussão. Em seu art. 2º, traz a definição de criança adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos” (BRASIL, 1990a).

Dentre suas disposições, o Estatuto ressalta a necessidade de proteger integralmente a criança, assegurando-lhe o seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (art. 3º), ressaltando sua condição de desenvolvimento (arts. 6º e 15) e o direito de ter sua vida e saúde protegidas (art. 7º). Também se reconhece que:

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.

[...]

Art. 71. A criança e o adolescente têm direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (BRASIL, 1990a).

Outrossim, “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente” (BRASIL, 1990a, art. 70) e essa proteção também se estendeu às emissoras de rádio e televisão de modo que a legislação atribuiu a elas a responsabilidade em exibir, no horário recomendado para o público infante juvenil (BRASIL, 1990a, art. 76), somente

---

programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, pois a criança não pode ser objeto de qualquer forma de exploração (BRASIL, 1990a, art. 5º). Questionável é se isso realmente ocorre na realidade, pois elas são bombardeadas com publicidades constantes.

Fato é que o exercício da publicidade em si encontra legitimação na ordem constitucional na medida em que está fundamentada nos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. Todavia, a questão de a publicidade comercial, que é aquela relacionada diretamente ao mercado de consumo visando o comércio e produto de serviços, ser baseada em princípios constitucionais, não significa, absolutamente, que não se possa limitá-la com base em princípios, como a proteção da dignidade da pessoa humana e, sobretudo, da proteção integral e prioritária da criança e do adolescente.

### **Código de defesa do consumidor (Lei nº 8.078/1990) e a abusividade da publicidade destinada ao público infantil**

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) pode ser considerado uma renovação na teoria dos contratos, pois, a partir dele, ela passou a refletir uma concepção social “onde a vontade das partes não é mais a única fonte das obrigações, mas, sobretudo os princípios constitucionais, que migram para o direito privado, e consagram uma nova perspectiva interpretativa do direito contratual, na contemporaneidade” (SILVA; SANTOS, 2012, p. 4).

Mas, lamentavelmente, nem toda publicidade obedece aos limites estipulados pela lei. Tem-se as publicidades abusivas que compreendem as que se aproveitam da deficiência de julgamento, idade e inexperiência da criança para impingir-lhe seus produtos ou serviços (art. 37, § 2º e 39, inc. IV). Ora, segundo o art. 37, caput, do supramencionado código, toda publicidade enganosa é proibida (BRASIL, 1990b). Desse modo, reitera-se a seguinte pergunta: como a publicidade destinada ao público infantil é permitida?

A criança é um ser em desenvolvimento e exige especial proteção. Ela não tem condições de identificar o conteúdo das mensagens publicitárias e tampouco defesas emocionais suficientemente formadas para perceber os influxos dos conteúdos persuasivos, praticamente em todas as situações. Logo, a publicidade comercial dirigida ao público infantil configura-se sim abusiva e, portanto, ilegal (INSTITUTO ALANA, 2016, p. 350).

Ademais, o Código Civil (BRASIL, 2002) também protege as crianças nas relações contratuais. Ele as impede de celebrarem contratos, pois entende que elas não possuem condições de se autodeterminarem perante terceiros para negociar e firmar contratos, razão pela qual proíbe que pessoas menores de 16 anos realizem determinados atos da vida civil, como contratos de compra e venda, por exemplo.

Assim, as crianças não devem estar autorizadas a firmar contratos de adesão, típicos da seara consumerista, por motivos lógicos: se elas não podem tomar parte em contratos, nem possuem renda própria para participar da sociedade de consumo, não há razão para que as mensagens publicitárias sejam destinadas a elas (HENRIQUES; VIVARTA, 2013, p. 29-30).

Esses dizeres reforçam a hipervulnerabilidade das crianças, especialmente em relação às peças publicitárias. “É preciso protegê-las da maciça influência publicitária durante seu processo de amadurecimento, de maneira a garantir que possam desenvolver-se plenamente, até adquirirem capacidade de exercer adequadamente seu direito de escolha” (HENRIQUES; VIVARTA, 2013, p. 30).

Se o Código de Defesa do Consumidor organiza-se em torno da ideia de que é preciso garantir ao consumidor certos direitos que lhe tragam autonomia em uma relação jurídica marcada pela desigualdade, reconhecendo, portanto, sua maior vulnerabilidade nas relações de consumo, perante os fornecedores, **as crianças podem ser consideradas pessoas**

---

**hipervulneráveis quando partícipes deste tipo de relação. Quer dizer, conjugam a vulnerabilidade dos consumidores em geral com a vulnerabilidade decorrente do fato de estarem vivenciando um particular processo de desenvolvimento biopsicológico.** Não por outra razão que a normativa consumerista expressamente busca proteger as crianças dos apelos comerciais a elas dirigidos, determinando que “*explorar a deficiência de julgamento das crianças*” para induzi-las a consumirem, constitui-se em publicidade abusiva e, portanto, ilegal (grifo nosso) (HENRIQUES; VIVARTA, 2013, p. 28-29).

Tendo esse vislumbre, torna-se repudiante a prática de algumas empresas alimentícias que promovem a venda de alimentos à oferta de brinquedos como “brindes”, a exemplo do famoso McLanche Feliz – McDonald’s.

### **Considerações finais**

Como resultado, não se pretendeu propor que as ações promocionais das empresas são as principais responsáveis pela obesidade das crianças no Brasil. Isso porque a obesidade e demais doenças crônicas não transmissíveis (como diabetes e doenças cardiovasculares), envolvem diversas variáveis, como estilo de vida, questões genéticas e fatores sociais.

No entanto, verificou-se que a indústria publicitária faz uso do desenvolvimento cognitivo peculiar da criança como estratégia para obter maior venda de seus produtos. São estratégias lastreadas em pesquisas científicas acerca do desenvolvimento físico, cognitivo e psicossocial do infante, que descrevem as etapas de sua evolução e como diferentes itens vão assumindo importância com o decorrer do tempo, a exemplo da relação com a aparência, poder, autoestima, relacionamentos e aceitação social. Essas especificidades são indispensáveis para se atingir da forma mais direta possível o público alvo e obter-se maiores resultados.

Esse cenário atrelado ao contexto capitalista da realidade vigente, faz com que, hoje, uma das facetas mais importantes do processo de socialização da criança esteja vinculada ao consumo. As pessoas passaram a se avaliar e a serem avaliadas com base em suas posses e as crianças não ficaram à mercê disso, fazendo com que a aquisição de um novo brinquedo, por exemplo, as torne mais importantes e valorizadas entre seus amigos. Isso faz com que o público infantil seja alvo de investimento maciço pelas empresas.

Por conta disso, a atividade publicitária não pode se sujeitar a um sistema exclusivamente privado, já que os interesses do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar) se demonstram eivados de interesses da própria classe, conforme demonstrado. Inclusive, as recomendações e parâmetros éticos para peças publicitárias de todos os tipos estipuladas no Código de Autorregulamentação Publicitária não são jurídicas, faltando-lhes o caráter de generalidade e coercitividade que pertence exclusivamente às leis e atos estatais.

Sobre um dos impasses levantados no decorrer deste trabalho, esclareceu-se que o controle da publicidade dirigida à criança vincula-se à questão da liberdade de comércio e não à liberdade de expressão, que é um direito fundamental da pessoa humana. Essa distinção é essencial, pois retira a base jurídica dos que, interessados prioritariamente no comércio, tentam sustentar a alegação de inconstitucionalidade das normas legais e regulamentares que fixam diretrizes para a publicidade dirigida à criança.

Demonstrou-se haver uma legislação rica que guarnecesse o infante e o consumidor em geral. Todavia, diante da publicidade destinada ao público infantil, toda essa proteção legislativa sucumbe diante da agilidade da indústria publicitária. O Direito não consegue acompanhar essa dinamicidade com a mesma velocidade e as penalizações são aplicadas somente a posteriori. Isso, na grande maioria dos casos, não cumpre satisfatoriamente o seu objetivo, já que possibilita apenas sanções pecuniárias e não trabalha sobre o problema em si. Até que um caso

---

seja submetido ao Judiciário e, conseqüentemente, julgado, a campanha publicitária em muitos casos já cumpriu com a sua finalidade de influência no público almejado.

Por isso, se defende a criação de um órgão específico da administração pública para realizar um controle prévio da atividade publicitária, buscando-se, assim, coibir ilegalidades e não somente ensejar reparações posteriores na esfera civil. Com isso, não se sugere o fim da atuação estatal ou a negação do pluralismo jurídico, mas uma complexa e necessária interação entre Estado e agentes não estatais no que concerne ao assunto. Também se demonstra necessária a criação de uma legislação que claramente defina o que se deve entender por publicidade dirigida às crianças e que reprima o direcionamento de comunicação mercadológica a elas, a qual, conforme já referido, ainda é inexistente.

Por fim, não se trata de ir contra a indústria publicitária, conforme já referido, mas de defender o polo hipervulnerável que são as crianças. Por seu estado peculiar de amadurecimento, toda interpretação relativa a elas deve ser extensiva. Isso quer dizer que, na dúvida do impacto de determinada atividade publicitária sobre as crianças, ela deve sim ser barrada.

### Referências

ABESO. **Mapa da obesidade**. 2018. Disponível em: <http://bit.ly/35SocgC>. Acesso em: 13 maio 2020.

AMIL “anos invisíveis”: por uma infância com menos telas e mais ar livre. [S. l.: s. n.]. 1 vídeo (2m43s). Publicado pelo canal Hel. 26 abr. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3nUJekV>. Acesso em: 13 maio 2020.

BENJAMIN, A. H. de V. Das práticas comerciais. In: GRINOVER, A. P. *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Experiências estaduais e municipais de regulamentação da comercialização de alimentos em escolas no Brasil**: identificação e sistematização do processo de construção e dispositivos legais adotados. Brasília: Ministério da Saúde, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/39GwJEo>. Acesso em: 13 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial [da] União, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/35NU6e4>. Acesso em: 13 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial [da] União, 1990a. Disponível em: <https://bit.ly/2LCIPaW>. Acesso em: 13 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial [da] União, 1990b. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://bit.ly/2Nhh8ni>. Acesso em: 13 maio 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial [da] União, 1988. Disponível em: <https://bit.ly/35FRvC9>. Acesso em: 13 maio 2020.



---

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DALLARI, D. de A. Publicidade danosa à criança. **Grim**. Fortaleza, 2014. Disponível em: <http://bit.ly/3bR3xNy>. Acesso em: 13 maio 2020.

FONTENELLE, L. *et al.* **Criança e consumo: 10 anos de transformação**. 1. ed. São Paulo: Instituto Alana, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3oZW2aQ>. Acesso em: 13 maio 2020.

HENRIQUES, I. V. M. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2006.

HENRIQUES, I.; VIVARTA, V. **Autorregulação da publicidade infantil no Brasil e no mundo**. São Paulo: Verbatim, 2017.

HENRIQUES, I.; VIVARTA, V. **Publicidade de alimentos e crianças: regulação no Brasil e no mundo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. POF 2008-2009: desnutrição cai e peso das crianças brasileiras ultrapassa padrão internacional. **IBGE**, Censo 2010, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://bit.ly/38Vn1Pf>. Acesso em: 12 maio 2020.

IDEC – INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **O que é o Conar**. IDEC, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://bit.ly/2LlJu8>. Acesso em: 15 maio 2020.

LINN, S. **Crianças do consumo: a infância roubada**. São Paulo: Instituto Alana, 2006.

MAGALHÃES, G. TV faz mal às crianças mesmo quando está em segundo plano. **Crescer**, Rio de Janeiro, 14 ago. 2017. Disponível em: <http://glo.bo/38SC9wY>. Acesso em: 13 maio 2020.

MONTENEGRO, M. C. Morosidade na Justiça é a principal reclamação recebida pela Ouvidoria do CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**, Notícias CNJ, Brasília, 1º out. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2LK9Pnx>. Acesso em: 13 maio 2020.

MUITO ALÉM do peso. [S. l.: s. n.]. 1 vídeo (1h23m43s). Publicado pelo canal Maria Farinha Filmes. 25 jan. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3nU2UVZ>. Acesso em: 13 maio 2020.

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Obesidad y sobrepeso**. [S. l.], 1º abr. 2020. Disponível em: <http://bit.ly/2XSXCPW>. Acesso em: 13 maio 2020.

PROJETO CRIANÇA E CONSUMO. **Porque a publicidade faz mal para as crianças**. 2. ed. São Paulo: Instituto Alana, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3sBExQw>. Acesso em: 13 maio 2020.

SIGMAN, A. Time for a view on screen time. **Archives of Disease in Childhood**, [S. l.], v. 0, n. 0, p. 1-8, 2012. Disponível em: <http://bit.ly/39BxMoY>. Acesso em: 13 maio 2020.

---

SILVA, M. C.; SANTOS, W. F. dos. O direito do consumidor nas relações de consumo virtuais. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 15, n. 30, p. 119-147, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2XOn0Xf>. Acesso em: 13 maio 2020.

TADDEI, J. A. Alimento é afeto, cultura, humanidade. *In*: TADDEI, J. A. *et al.* **Criança e consumo**: entrevistas – transtornos alimentares e obesidade infantil, São Paulo: Instituto Alana, 2009. p. 6-15 Disponível em: <https://bit.ly/3oY2E9E>. Acesso em: 13 maio 2020.

---

Artigo recebido em 23/05/19. Aceito em 23/08/19.

# O SENTIDO DO ESTUDO DA HISTÓRIA DO DIREITO DESDE A CRÍTICA À COLONIALIDADE

## The meaning of the study of the history of law from criticism to coloniality

Ivone Fernandes Morcilo Lixa <sup>1</sup>

Jéssica Thaís de Souza Fernandes <sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo é resultado de discussões e reflexões provocadas por acadêmicos durante a disciplina de Fundamentos Históricos do Direito, ministrada em diversos cursos ofertados pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (UNIASSELVI). Não raras foram as vezes em que surgiu a pergunta: “História do direito para quê?”, o que obriga professores e tutores a explicarem a tarefa irrenunciável que antecede e justifica todo o estudo posterior, pois o conhecimento não é uma finalidade em si mesmo, mas um instrumento que permite um agir social orientado para determinado fim ético e comprometido. Para tanto, é necessário desvelar o presente compreendendo o passado de maneira crítica, atitude que tem como caminho possível o estudo da História do Direito. Neste trabalho, busca-se, por meio da revisão histórica da cultura jurídica brasileira, desde as suas raízes coloniais, demonstrar a relevância da história para a formação acadêmica crítica – quando se pretende superar os entraves e as dificuldades do presente. Um breve olhar no Brasil contemporâneo é suficiente para justificar a urgente necessidade de revisão e problematização das práticas no campo do Direito, sobretudo quando se consideram as profundas desigualdades sociais que exigem respostas e explicações.

Palavras-chave: História do Direito. Teoria Crítica. Cultura Jurídica.

**Abstract:** This article is the result of discussions and reflections provoked by academics during the discipline of Historical Foundations of Law, taught in several courses offered by the Leonardo da Vinci University Center (UNIASSELVI). So many times the question arose: “History of the law for what?”, which obliges teachers and tutors to explain the essential task that precedes and justifies all later study, as knowledge is not an end in itself, but an instrument that allows social action oriented towards a determined ethical and committed purpose. Therefore, it is necessary to unveil the present, understanding the past in a critical way, an attitude that has the possible path of studying the History of Law. In this work, we seek, through the historical review of Brazilian legal culture, from its colonial roots, to demonstrate the relevance of history for critical academic training - when it is intended to overcome the obstacles and difficulties of the present. A brief look at contemporary Brazil is enough to justify the urgent need to review and problematize practices in the field of law, especially when considering the deep social inequalities that require answers and explanations.

Keywords: History of Law. Critical Theory. Legal Culture.

### Introdução

Em nosso cotidiano acadêmico, frequentemente nos deparamos com inúmeros questionamentos, aos quais devemos nos ater e que merecem respostas adequadas. Um deles é “História do direito para quê?”. Nesse momento, damos-nos conta de que as respostas mais difíceis são as que devem ser dadas a perguntas aparentemente elementares, porque exigem buscarmos a razão primeira e o sentido de um campo do conhecimento que deve ser de fundamento de nossos estudos.

O pensador Ignacio Ellacuria (SENENT, 2012) afirma que o conhecimento e a reflexão acerca da realidade e das coisas em si não é mero exercício intelectual, mas um agir que possibilita conferir sentido à existência humana. Portanto, o conhecimento nos permite adquirir

---

<sup>1</sup> Pós-doutora em Teoria do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito Público pela Universidad Pablo de Olavide (ES). Mestre em Direito pela UFSC. Supervisora da Disciplina de Fundamentos Históricos do Direito do Centro Universitário Leonardo da Vinci (UNIASSELVI). Site: [www.uniasselvi.com.br](http://www.uniasselvi.com.br)

<sup>2</sup> Especializanda em Gestão e Tutoria. Graduada em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Tutora do Curso de Investigação Forense e Perícia Criminal (IPC) da UNIASSELVI. Site: [www.uniasselvi.com.br](http://www.uniasselvi.com.br)

---

habilidade profissional orientada para determinado fim: assumir a tarefa de sermos parte de um processo de transformação social emancipatória e ética.

Tal reflexão ganha relevância particularmente no estudo do Direito, sobretudo quando se tem em conta que o profissional da área atua desde a compreensão e a interpretação das normas jurídicas, criando, modificando, garantindo e/ou extinguindo direitos, e, sem dúvida, por essa razão, seu trabalho tem consequências diretas na vida social. Perceber o adequado sentido do Direito e do próprio fenômeno jurídico é trabalho preliminar a que se obriga o jurista, e é nesse ponto que se retorna à questão inicial: “História do direito para quê?”.

Para o professor e pesquisador de Direito Antonio Carlos Wolkmer (2019), o estudo da História do Direito é o ponto de partida para repassarmos a prática no presente. Em suas palavras:

É inegável o significado da retomada dos estudos históricos no âmbito do Direito, principalmente quando se tem em conta a necessidade de repensar e reordenar uma tradição normativa, objetivando depurar criticamente determinadas práticas sociais, fontes fundamentais e experiências culturais pretéritas que poderão, no presente, viabilizar o cenário para um processo de conscientização e emancipação (WOLKMER, 2019, p. 1).

Na esteira do pensamento do autor, examinar e problematizar a relação entre História e Direito ganha relevância quando se considera que não há como dissociar as ideias, os conceitos e as práticas jurídicas do processo histórico que as condicionam e as explicam, formando o que se costuma definir como tradição no pensamento jurídico. A tentativa de problematizar e reinventar as instituições jurídicas deve, obrigatoriamente, ter como ponto de partida a compreensão de que a História “expressa a complexa manifestação da experiência humana interagida no bojo de fatos, acontecimentos e instituições” (WOLKMER, 2019, p. 14).

Não é difícil perceber que o Direito é um fenômeno histórico. Trata-se de uma construção humana em que, em distintas etapas e em diversos tipos de organização social, são encontradas formas de controle e proteção de valores que tornam possível a vida comum. São exatamente esses valores, transformados em bens jurídicos, que “são amparados e garantidos por um conjunto de normas jurídicas definidas conforme a ordem social, política e/ou econômica que se encontra em contínua mudança, e por esta razão as normas jurídicas vão reconhecendo as alterações de acordo com a época e as relações definidas no substrato social” (LIXA, 2018, p. 3). Assim, os bens valorados juridicamente nas normas constituem o Direito.

Em síntese, pode-se definir História do Direito como um saber específico acerca do Direito, que tem por objeto a relação entre ideias, conceitos e normas jurídicas e o contexto fático e temporal que as produzem e as legitimam, construindo a cultura jurídica dentro da qual os juristas encontram os fundamentos de seu agir.

A relação entre História e Direito é estabelecida pela aquisição de uma percepção crítica e inovadora acerca das normas jurídicas, na qual se compreende “crítica” como proposta metodológica que não se prende a mera descrição das fontes históricas da legalidade ou narrativa das instituições jurídicas ao longo do tempo, mas é, pela problematização, a superação da lógica tradicional que compreende a história “[...] não só como ciência do passado [...], mas como ciência do presente, na medida em que, em ligação com as ciências humanas, investiga as leis de organização e transformação das sociedades humanas” (HESPANHA, 1982, p. 12-13).

É, “pelas mãos” da História, que se pode compreender o Direito além dos Códigos, como manifestação de práticas e valores de seres humanos concretos que estabelecem pactos existenciais que se perpetuam, se aperfeiçoam e se reinventam ao longo do tempo. Nesse sentido, é o estudo da História do Direito que define o horizonte, o “âmbito de visão”, o qual permite identificar e questionar a finitude do presente.

---

Para Gadamer (1999), o horizonte é:

[...] o âmbito de visão que abarca e encerra tudo que é visível a partir de um determinado ponto [...]. Ter horizonte significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver mais além disso [...]. A elaboração da situação hermenêutica significa então a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição (GADAMER, 1999, p. 452).

Eleger a História como “ponto de mirada”, de “visão”, desde o qual se apreende e de compreende a realidade, significa estabelecer um pressuposto de análise dessa realidade, dentro da qual se edifica o Direito. Desse modo, é uma tomada de consciência desde a qual se interpela a realidade.

Se o ser humano é definido pela história, há uma relação vital entre o que esse ser humano escolhe em suas ações: a afirmação e a conservação do passado ou, desde o presente, a esperança de mudança no futuro.

É desde tal perspectiva que se passará a discutir, brevemente, a relevância do estudo da História do Direito do Brasil.

### **O estudo da História do Direito do Brasil desde os fundamentos colonialistas<sup>3</sup>**

Refletir acerca da experiência histórica partilhada em um espaço geopolítico chamado Brasil é a possibilidade de confronto/oposição entre o presente e atual que questiona e o antigo, o tradicional e dominante, a partir do qual é possível visibilizar o novo, que permanece oculto. É nesse “confronto” questionador que se visibilizam os obstáculos e as resistências a serem superadas, tornando possível emergir o novo.

É exatamente na tentativa visibilizar o novo na cultura jurídica brasileira que se pretende retomar brevemente a construção histórica da cultura jurídica nacional, buscando, em sua raiz histórica colonial, elementos a serem problematizados.

A ocupação do território brasileiro e a implantação da ordem jurídica e da política colonialista do século XVI e seguintes tiveram um sentido inédito: há um traço de dominação, de aventura e de conquista – embora, nem sempre, o colonizador concebesse a si mesmo como um simples conquistador. Em 1556, quando era difundida a Lenda Negra sobre a colonização ibérica na América, a Espanha proibia o uso das palavras conquista ou conquistadores, impondo a substituição por descobrimento ou colonizadores.

O processo de ocupação, ironicamente chamado de descobrimento, não ocorreu por expansão demográfica, como na antiguidade havia acontecido com os gregos pelo Mediterrâneo, entre os séculos VIII e VI a.C. “Ela é a resolução de carências e conflitos de matriz e uma tentativa de retomar, sob novas condições, o domínio sobre a natureza e o semelhante que tem acompanhado universalmente o chamado processo civilizatório” (BOSI, 1993, p. 13).

Em tal processo, era necessário cultivar não somente a terra, mas também os seres humanos. Cultivar práticas, símbolos e valores capazes de garantir um estado de coexistência social, enfim, uma cultura. Sem dúvida, a produção da cultura colonialista exigiu o domínio de outros humanos, de sujeitá-los a padrões de dominação. Portanto, a invenção do Brasil teve um sentido.

No entendimento de Stuart B. Schwartz (2000), desde a sua origem, o Brasil foi muito mais que um lugar para ser habitado:

---

<sup>1</sup> O conteúdo que segue apresenta parte dos estudos que integram a obra: LIXA, I. F. M.; MACHADO FAGUNDES, L. **Cultura Jurídica Latino-Americana: entre o pluralismo e o monismo na condição da colonialidade**. Curitiba: Multideia, 2018.

---

Significou coisas diferentes para pessoas diferentes e o próprio termo tem sido redefinido e reinterpretado para refletir as diferentes discrepâncias entre pessoas de variadas extrações e posições sociais. O Brasil, enquanto ideia, foi frequentemente mais um projeto do que uma realidade, às vezes geográfica, às vezes nacional ou até social (SCHWARTZ, 2000, p. 105).

O projeto do colonizador conferiu um sentido à invenção brasileira: tratava-se de instalar uma produção semicapitalista, em larga escala. A grande lavoura açucareira, pelo modo de exploração, deveria servir ao máximo a coroa portuguesa com o menor sacrifício possível.

Alfredo Bosi (1993, p. 23-25), na tentativa de mapeamento da formação econômico-social do Brasil Colônia, descreve como características fundamentais da ordem, então estabelecida, os seguintes aspectos:

- A predominância de uma camada de latifundiários com interesses atrelados a grupos mercantis europeus, o que permitia dependência estrutural, impedindo a dinamização de um capitalismo mais avançado internamente e reproduzindo um modelo capitalista colonial específico, limitado a uma esfera mercantil dependente.
- Como parte da lógica latifundiária, vinculada aos interesses dos traficantes negreiros africanos, a força de trabalho foi constituída essencialmente por escravos, cuja única alternativa à escravidão era a fuga e a resistência em quilombos. Ainda como parte de uma lógica perversa, a alforria, alternativa para a resistência, representava o ingresso em uma vida marginal ou de submissão como agregado. A condição foi sempre de dependência e exploração.
- A estrutura político-jurídica sempre representada pelos interesses dos proprietários locais, os “homens bons”, mas com poder limitado aos interesses reais portugueses. A competência de nomear o governador-geral, com mandato de quatro anos, era da Coroa portuguesa, sendo incluído no poder do governador as forças militar e administrativa, segundo critérios determinados por regimentos, cartas e ordens régias. O corpo burocrático de funcionários reais – provedores, ouvidores, procuradores, intendentess etc. – tinha a ação controlada diretamente por Lisboa (e, a partir de 1642, pelo Conselho Ultramarino). Com o avanço da estrutura colonial, foram transferidos magistrados metropolitanos (juizes de fora), que se sobrepunham aos eleitos nas vilas. A permanente tensão entre os interesses locais e os metropolitanos era fator da crise instalada a partir do século XVIII, que, tendo a independência como tentativa de sua superação, serviria de fortalecimento do mandonismo local, legitimado pelos bacharéis, os quais eram representantes dos donos do poder.
- O exercício de cidadania era limitado tanto pelo Estado Absolutista Metropolitano como pelo poder interno, inexistindo qualquer representação ou mecanismo de garantia para o conjunto da população – situação que pouco se alterou com a independência, pois o que se instalou foi um modelo político censitário e indireto.
- A cultura eclesiástica, sobretudo a jesuíta, empenhada em uma prática missionária supranacional, ganhou espaço no início do processo de colonização, quando a moeda corrente era a ideia do papel evangelizador da expansão metropolitana. Posteriormente a uma atividade marginal, sucumbiu sob a pressão do avanço bandeirante e do exército metropolitano, restando, assim, a função educacional junto aos filhos das elites locais.
- A formação de uma cultura letrada estamental que não permitia a mobilidade vertical, com raros casos de apadrinhamento, predominando uma massa analfabeta e caracterizando uma rígida linha divisória entre a cultura oficial e a cultura popular.

---

A partir desse mapeamento, é possível compreender as raízes da cultura brasileira como resultado de uma lógica agrária, latifundiária e escravista, marcada por uma imensa distância entre o que exigiam da terra e o que a ela davam em troca. A ilimitada exploração interna como regra necessária para a submissão externa.

Portanto, a inicial ordem política e jurídica brasileira é produto de um universo colonizador que organizou uma forma de poder destituída de qualquer identidade ou compromisso com os interesses internos, uma vez que se construiu como parte integrante da “máquina” administrativa metropolitana, como uma espécie de “braço” da Coroa portuguesa, que se estruturou e se legitimou pelos donos do poder local.

A legislação e as instituições jurídicas do Brasil colônia eram uma espécie de transposição da estrutura metropolitana<sup>4</sup>, porém com traços muito particulares, entre os quais se destaca a coexistência de “justiça oficial”, representada pelo aparato legal e institucional metropolitano, ao lado da “justiça real” ou privada, exercida no cotidiano pelos latifundiários e seus feitores, cujo poder não era questionado. A justiça “real”, imposta aos escravos e empobrecidos, era tolerada como uma espécie de contrapeso a sua ineficiência, por sempre ser conivente com os desmandos locais.

Contudo, o processo de independência política, em 1822, não colocou fim à tradição colonial escravista. Embora tenha sido um avanço, no sentido de colocar fim à etapa colonial e início à sociedade nacional, os donos do poder, herdeiros dos privilégios colonialistas, se mantiveram presos à estrutura escravista e elitista, ora adaptando ou integrando internamente seus interesses com os impostos pela independência.

O novo momento brasileiro se caracteriza como uma inovação aliada ao poder por parte das oligarquias e à enorme marginalização da população livre. A independência pode ser compreendida como mudança de *status* político-jurídico sem mudança material e social, o que justifica a perpetuação das relações sociais de dominação internas ao longo da construção da sociedade nacional.

Como resultado, os juristas brasileiros forjados no Brasil independente não foram inovadores, por apego ao passado e a uma cultura retórica e vazia, que não soube levar em conta a diversidade e a especificidade brasileira.

Conclui-se que o colonialismo metropolitano, impingido ao Brasil a partir do século XVI, trouxe, como uma de suas faces, a imposição do modelo de conhecimento jurídico eurocêntrico imposto por meio da violência. Violência pela repressão de outras formas de saber existentes na colônia e, também, pela assimilação de um saber que se anuncia como universal e verdadeiro.

A análise da História do Direito brasileiro nos convida a refletir acerca dos fundamentos da cultura jurídica nacional, que, em sua origem, foi de eficiente instrumento de legitimação de estranhos à autêntica emancipação nacional. Enfim, uma concepção vazia e negadora de referenciais que possam definir um horizonte compreensivo legitimamente justo para com o que, secularmente, foram excluídos do Direito Brasileiro: valores e necessidades capazes de promover a emancipação política e social dos empobrecidos, dos ausentes e dos invisibilizados. Um “Direito das ausências”, responsável por ter a “balança” da justiça pendendo para “o lado” mais forte política e economicamente.

### **A experiência histórica do pensamento jurídico crítico**

Como se pôde perceber, ao longo da construção histórica da cultura jurídica nacional, foi edificado um ideário, embora mais servindo para reproduzir e justificar uma perversa ordem so-

---

<sup>4</sup> Acerca do tema, salienta-se, entre outros, a leitura de: FAORO, R. **Os donos do poder** – formação do patronato político brasileiro. v. I. São Paulo: Editora Globo, 2000; WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil** – Tradição no Ocidente e no Brasil. São Paulo: Ed. Forense, 2019; LOPES, J. R. de L. **O direito na história: lições introdutórias**. 6. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. *E-book*.

---

cial, insistente em mostrar-se como eficaz e legítima. Ao longo da história do Direito nacional, constatamos déficits que insistiram em permanecer mesmo após superado o passado colonial.

Entretanto, no Brasil, a possibilidade de inovação e superação de uma cultura jurídica formalista nasceu das experiências coletivas, no contexto do final dos anos 1970. À época, um conjunto de eventos de naturezas distintas conduziu os juristas a um “espaço” de reflexão inédito: o espaço crítico. Desde a soma de fatores internos, como o surgimento das organizações populares e de políticas vinculadas à luta pela democracia, e externos, como a fragilização da Guerra Fria e o avanço dos Estados Democráticos de Direito, “ventos” inovadores chegaram ao Brasil e juristas comprometidos com a democracia e a emancipação paulatinamente conheceram a Teoria Crítica.

A possibilidade de um olhar renovado pode corrigir “cegueiras”, tal qual a que acometia juristas brasileiros, impedindo a percepção de espaços e atores próximos, mas historicamente negligenciados e invisibilizados. Todavia, uma nova visão também pode ser assustadora, gerando sensação de “estranhamento”. Um mal-estar próprio daquele que, horrorizado, deixa de reconhecer-se diante de única imagem que, até o momento, lhe era conhecida e o identificava, razão pela qual a Teoria Crítica, até os dias de hoje, produz uma espécie de “incômodo” intelectual para alguns pensadores do Direito.

No entanto, superando dificuldades, nas três últimas décadas do século XX, pensadores do Direito Brasileiro vivenciaram a experiência da criticidade, descobrindo que a representação reconhecida como “Direito” tornava-se um objeto irreconhecível diante da nova realidade que se apresentava.

Esse foi o momento em que se passou a falar, de modo recorrente, em “crise do Direito” nos diferentes campos, tanto na dogmática jurídica como na zetética. Uma possibilidade de enfrentamento e compreensão da “crise” jurídica brasileira foi encontrada exatamente na Teoria Crítica<sup>5</sup>, concepção que, desde a década de 1960, influenciava pensadores do Direito Europeu.

A Teoria Crítica trouxe o impacto do questionamento do papel ideológico do Direito na medida em que, diferentemente da concepção moderna de ciência, colocou no interior da discussão jurídica as contradições e as ambiguidades inerentes ao Direito Moderno, buscando tomar o Direito como instrumento não de manutenção da ordem estabelecida, mas de possibilidade de emancipação do sujeito histórico.

Mostrava-se, assim, um horizonte inovador, que trazia a necessidade de rompimentos e abandonos teóricos. Foi exatamente nesse contexto que a cultura jurídica, em geral, e o estudo da História do Direito, em particular, ganharam relevância e um novo *status* na discussão jurídica. Entretanto, essa não é uma novidade. Nos momentos agudos de transição e crise, quando é necessário compreender o presente como forma de superação de seus entraves, a análise histórica ganha relevância. Mais do que nunca, tornou-se fundamental compreender, a partir de novas categorias, uma realidade também inovadora.

Diante dos desafios colocados ao Direito, foi renovado e aprofundado o estudo da História do Direito – uma prática que se tornou permanente. Desde as inovações produzidas pelos estudos históricos, o Direito adquiriu uma dimensão distinta do que tradicionalmente lhe foi reservado, que vai um pouco além do que até foi edificado pela cultura tradicional: reconhecer-se como instrumento de garantias democráticas que rompem com a lógica construída pelo saber colonizador, abrindo-se como campo de efetividade de justiça social.

### **Considerações finais**

A breve reflexão buscou problematizar, desde o viés da historicidade, as raízes da cultura jurídica brasileira. O passado colonial – com o qual ainda estamos acertando contas – legou um direito dissociado das necessidades internas, uma vez que se deu a partir dos interesses de uma burguesia metropolitana, mais preocupada com sua acumulação de lucros, do que com a promoção da justiça.

---

<sup>5</sup> Refere-se à Teoria Crítica vinculada à Escola de Frankfurt e seus desdobramentos.



---

Os movimentos críticos do final do século XX, particularmente no campo do Direito, possibilitaram a edificação de novos marcos teóricos, entre os quais se destaca o decolonial, constituído como um conjunto de práticas e discursos que desmistificam as concepções herdadas e construídas pelo colonizador europeu.

Trata-se, portanto, de uma nova perspectiva, que permite ao acadêmico e ao profissional do direito estabelecer um novo horizonte para o seu agir profissional. Em síntese, a aproximação da História com o Direito significa uma alternativa para, não apenas conhecer, mas também encontrar meios de superação dos desafios que diariamente se colocam para os que assumem a tarefa de contribuir com uma nova sociedade minimamente justa e, quem sabe, talvez até mais fraterna.

### **Referências**

BOSI, A. **Dialética da colonização**. São Paulo: Cia das Letras, 1993.

GADAMER, H-G. **Verdade e Método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1999.

HESPANHA, A. **A História do Direito na História Social**. Coimbra: Almedina, 1982.

LIXA, I. F. M. **Fundamentos Históricos do Direito**. Indaial: Ed. Uniasselvi, 2018.

SCHWARTZ, S. A. Gente da terra braziliense da nação. Pensando o Brasil: a construção de um povo. In: MOTTA, C. G. (Org.). **Viagem incompleta: a experiência brasileira (1500-2000) a grande transação**. São Paulo: Senac, 2000.

SENENT, J. A. **La Lucha por Justicia** – Selección de textos de Ignacio Ellacuría. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.

WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil** – Tradição no Ocidente e no Brasil. São Paulo: Ed. Forense, 2019.

---

Artigo recebido em 23/05/19. Aceito em 23/08/19.

---

# TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES E A (IN)EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO À FAUNA BRASILEIRA

## TRAFFICKING IN WILD ANIMALS AND THE (IN)EFFECTIVENESS OF PROTECTION TO BRAZILIAN FAUNA

Milena Hack <sup>1</sup>

Alexandre Alberto Kleine <sup>1</sup>

**Resumo:** Os campos de estudo do presente artigo científico são os Direitos Constitucional, Penal e, principalmente, Ambiental. Dentro disso, será estudado o tráfico de animais silvestres, com enfoque na real efetividade da proteção à fauna brasileira. O objetivo deste artigo é identificar as medidas a serem tomadas para tentar coibir o tráfico de animais silvestres, diminuindo a exploração da fauna brasileira e resguardando, efetivamente, o direito das presentes e futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme preconiza a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. A justificativa para a realização deste artigo é que o tema ainda é pouco debatido e considerado, por algumas pessoas, como de pouca importância. A metodologia utilizada é uma pesquisa documental e bibliográfica de caráter quali-quantitativo. Os resultados encontrados mostraram que o tráfico de animais silvestres está entre as principais atividades ilícitas praticadas no mundo, sendo uma das maiores ameaças à biodiversidade da fauna brasileira. Além dos problemas ambientais e maus-tratos aos animais capturados, podem surgir outros problemas, como de saúde e econômicos. O Brasil representa, em média, 15% do comércio mundial, porém, o crime ainda não possui uma tipificação específica na legislação brasileira, ou seja, o traficante habitual é punido com a mesma pena daquele que apenas possui um animal silvestre, de forma irregular, em casa. Essa falta de tipificação e a pena branda tendem a beneficiar os traficantes e a prejudicar, cada dia mais, a fauna. Além de possíveis adequações na legislação, é necessário, principalmente, realizar uma padronização e sistematização na coleta de dados das ocorrências, com a intenção de obter informações mais precisas, além de investir em uma educação ambiental de forma contínua, em uma estrutura para fiscalização mais intensiva e em centros de triagem para a destinação dos animais apreendidos.

Palavras-chave: Tráfico. Animais silvestres. Proteção. Fauna brasileira.

**Abstract:** In this search, the focus of study is the Constitutional and Penal Legislation, mainly, the Environmental Legislation. The wild animal trafficking will be studied in this issue focusing on the protection of Brazilian fauna. The objective of this study is identifying the measures to be taken to restrain the trafficking of wild animals, reducing the exploitation of Brazilian animals as also protecting the rights of present and future generations to an ecologically balanced environment, as advocates the Constitution of Federative Republic of Brazil, from 1988. The reason to do this search is due to the fact that this issue has very small discussions and it is considered as something of no importance for some people. The methodology applied is a documental a bibliographic research in a qualitative and quantitative aspect. The results found is that the wild animals trafficking is amongst the main illicit practice around the world, as well as one of the biggest threats to the biodiversity of Brazilian fauna. Besides the environmental problems and the mistreatment to the captured animals, these actions can cause healthy and economical problems. Brazil represents the average of 15% of this trade in a worldwide level, nevertheless, this sort of crime is not specified in Brazilian Legislation, that is to say, the usual dealer suffers the same penalty as the one who has a wild animal at home. This lack of classification and lenient sentence tend to benefit the dealers and damage the fauna even more each day. In addition to the possible adequacy in the legislation, it is necessary to create a standardization and systematization in the collection of data of occurrences intending to have more accurate information, investing in a continuing environmental education and in structure for an intensive monitoring and selections centers in order to maintain the recovered animals.

Keywords: Traffickin. Wild animals. Protection. Brazilian fauna.

### Introdução

Os problemas ambientais causados pela destruição gerada pelos seres humanos são bem preocupantes, mas, em geral, a sociedade se preocupa apenas com o que causa efeito imediato,

---

<sup>1</sup> Centro Universitário Leonardo Da Vinci – UNIasselvi – Rodovia BR 470 – Km 71 – nº 1.040 – Bairro Benedito – Caixa Postal 191 – 89130-000 – Indaial/SC Fone (47) 3281-9000 – Fax (47) 3281-9090 – Site: www.uniasselvi.com.br.

---

e certas consequências manifestam efeitos apenas alguns anos ou décadas depois.

Percebe-se, em diversas oportunidades, uma omissão do Estado em relação aos animais, em especial, no que tange aos problemas ambientais e às práticas de crueldade que envolvem o tráfico de animais silvestres.

Ao longo deste artigo, será apresentado como o ordenamento jurídico brasileiro se posiciona, atualmente, a respeito da temática. O crime de tráfico de animais, além de violar o direito dos animais, infringe um direito fundamental dos cidadãos brasileiros, assegurado pela própria Constituição Federal de 1988: o de possuir um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O objetivo principal é, de alguma forma, contribuir para o combate à exploração animal, expondo as consequências, em especial, do crime de tráfico de animais silvestres para a sociedade e o meio ambiente. O intuito é conscientizar as pessoas, para minimizar o sofrimento dos animais e os danos ambientais, que, muitas vezes, são irreversíveis.

Para determinadas condutas proibidas por lei, as penas são ou estão se tornando mais severas, na tentativa de reduzir os crimes praticados e seus impactos, como a violência contra as mulheres. A sociedade, por sua vez, está se valendo dos meios de comunicação/redes sociais da atualidade para expor a situação e sensibilizar as pessoas para as causas.

Com o tempo, ainda que lentamente, a sociedade está deixando de ser sexista, racista, nazista e homofóbica. Talvez, já seja hora de deixar de ser especista, além de banir a crueldade da face da Terra de vez, na tentativa de obter a “igual consideração de interesses” e de avançar como ser vivo.

Singer (2010) define o especismo como um preconceito ou atitude em favor dos interesses dos membros da própria espécie e contra os membros das outras espécies. Ele defende que a prática deve ser condenada, e que leva esse nome por analogia, por exemplo, ao racismo e ao sexismo.

Para tanto, a intenção é de contribuir com o tema apontado a fim de atrair a atenção de outras pessoas a respeito da importância da preservação do meio ambiente e de um tratamento mais adequado em relação aos outros seres vivos das demais espécies. Ainda, demonstrar a efetividade da legislação brasileira atual na proteção à fauna brasileira, em relação ao tráfico de animais silvestres.

Para o desenvolvimento do presente artigo, a metodologia utilizada é a exploratória. Foi realizada pesquisa bibliográfica que se baseou em materiais que já foram analisados e publicados, por meios escritos e eletrônicos, como leis, doutrinas, trabalhos científicos, páginas da internet e livros, também documentários e reportagens que abordam a traficância e maus-tratos dos animais. Por fim, foi considerado o atual cenário brasileiro.

## **Meio ambiente, fauna e direito ambiental**

### **Meio ambiente**

O meio ambiente abrange todas as coisas naturais, com ou sem vida, existentes na Terra, as quais são essenciais para a vida dos seres que nela habitam e para as atividades exercidas pelos humanos. É certo que a preservação do meio ambiente é de suma importância para a vida na Terra, afinal, todos precisam de ar, água e alimentos para a manutenção da vida. Contudo, para se ter acesso a esses recursos, precisa-se que o meio ambiente esteja devidamente equilibrado.

Esse equilíbrio só será possível quando os seres humanos passarem a ser mais responsáveis e conscientes em relação ao meio ambiente. É preciso manter a “saúde” do planeta, protegendo seus recursos naturais e prezando, também, pela vida e saúde dos demais seres vivos.

Nas conferências internacionais, o meio ambiente tem ganhado reconhecimento. Por exemplo, em 1972, na Declaração de Estocolmo das Nações Unidas, o meio ambiente foi reconhecido como sendo um direito humano e, também, como sendo uma obrigação desses seres de o protegerem e melhorarem:

---

Princípio 1. O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e **ao desfrute de adequadas condições de vida em um meio ambiente cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras [...]** (ONU, 1972, s.p., grifo nosso).

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, no seu Art. 5º, trata dos direitos e deveres individuais e coletivos. Prevê, de forma sucinta, uma forma de proteção ao meio ambiente, trazendo, no inciso LXXIII, os instrumentos processuais cabíveis para a defesa do patrimônio ambiental. Segundo a referida norma:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
LXXIII- qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, **ao meio ambiente** e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O Art. 23 da CRFB/1988 dispõe acerca da competência comum entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, na proteção das paisagens naturais notáveis, meio ambiente e preservação das florestas, fauna e flora.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:  
III- proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, **as paisagens naturais notáveis** e os sítios arqueológicos;  
VI- **proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas**;  
VII- **preservar as florestas, a fauna e a flora** (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Da mesma forma, a CRFB/1988 elenca, no Art. 170, inciso VI, a defesa do meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica brasileira. Nesse sentido:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem, por fim, assegurar, a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:  
VI- **defesa do meio ambiente**, inclusive mediante tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (BRASIL, 1988, grifo nosso).

No Art. 186, inciso II, da CRFB/1988, ficou estabelecido que a função social da propriedade será atendida, dentre outros requisitos, com a utilização da maneira adequada dos recursos naturais disponíveis e prezando pela preservação do meio ambiente, conforme é possível observar:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:  
II- **utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente** (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Já o caput do Art. 225, também da CRFB/1988, trata o meio ambiente como um direito de todos, podendo ser considerado como um direito fundamental e indisponível da pessoa humana:

---

“**Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**, além do uso comum do povo e **essencial à sadia qualidade de vida**, impondo-se, ao poder público e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O termo de proteção utilizado pelo Art. 225 da CRFB/1988 deve ser adotado, principalmente, no sentido preventivo, e não somente no sentido reparatório, pois os danos ambientais são quase sempre irreversíveis, e o artigo traz, justamente, essas ideias de proteção e preservação ligadas à conservação da qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

Em 1992, a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento reafirmou o direito humano ao meio ambiente nos seus princípios, destacando-o como um dever jusfundamental que se irradia para os sistemas nacionais. “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em **harmonia com a natureza**” (BRASIL, 1992, grifo nosso).

Pode-se observar que o meio ambiente equilibrado garante condições adequadas de vida, e que este está ligado à proteção dos direitos fundamentais, à vida e à dignidade da vida humana:

O reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio se configura, na verdade, como **extensão do direito à vida**, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade dessa existência, a qualidade de vida, que faz com que valha a pena viver (TRINDADE, 1993, s.p. *apud* MILARÉ, 2004, p. 137, grifo nosso).

No entender do Supremo Tribunal Federal, o meio ambiente equilibrado também é fundado no princípio da solidariedade, conforme se pode observar:

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – **constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva**, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade, os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade; os **direitos de terceira geração**, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e **constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade** (TRF5, 1995, grifo nosso).

O conceito legal de meio ambiente está descrito na Lei nº 6.938/1981, no Art. 3º, inciso I, tratando-se do “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981). Esse conceito é sucinto, restrito ao meio ambiente natural e acaba não abrangendo todos os bens jurídicos protegidos de maneira ampla. É importante salientar que o meio ambiente natural é composto pela atmosfera, águas, solo, subsolo, patrimônio genético, flora e fauna, esta última abordada a seguir.

### **Fauna**

A fauna nada mais é que um conjunto formado por diversificadas espécies de animais típicos da região que habitam determinada área, como continentes, países, regiões, florestas ou um ecossistema específico.

---

Vale destacar que há diferença entre as expressões espécie e espécime. Sendo considerado como espécie o conjunto de seres que possui características parecidas, por exemplo, os seres humanos são da espécie *homo sapiens*. Já espécime é um indivíduo separado da espécie que pertence, por exemplo, apenas um ser humano, de forma isolada, constitui um espécime.

A Lei nº 5.197/1967 (dispõe sobre a fauna), no seu Art. 1º, conceitua fauna silvestre como sendo os “animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, além dos seus ninhos, abrigos e criadouros naturais” (BRASIL, 1967).

Por sua vez, a Lei nº 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais), no § 3º do Art. 29, ampliou esse conceito jurídico de fauna: “São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte do seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras” (BRASIL, 1998).

As espécies de animais, assim como as plantas, desenvolvem-se em determinadas áreas, de acordo com os fatores climáticos e condições ambientais existentes.

O Brasil, segundo o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICM-BIO, 2020), é responsável pela gestão do maior patrimônio de biodiversidade do mundo, contando com mais de 120 mil espécies de invertebrados e em torno de 8.930 vertebrados, sendo que, dentre estes, em média, 734 espécies de mamíferos, 1.982 aves, 732 répteis, 973 anfíbios, 3.150 peixes continentais e 1.358 peixes marinhos.

Chegam a ser abrigados, no Brasil, mais de 10% dos seres vivos catalogados no planeta, sendo o primeiro país na classificação mundial em diversidade de espécies em relação aos primatas, borboletas e anfíbios (RENCTAS, 2014).

Entretanto, um número incalculável de filhotes de animais silvestres é retirado das matas por ano, para serem vendidos como meras mercadorias, pois, para os traficantes, esses animais não passam de objetos, sem nem mesmo se importarem se estes correm perigo de extinção. Para esses indivíduos, a natureza, campos e matas são um grande “estoque” (RENCTAS, 2019).

Segundo RENCTAS (2004), o Brasil está entre os principais países exportadores de vida silvestre. A fauna brasileira gera a ideia de abundância, pois é riquíssima em diversidade de espécies, porém, seus números populacionais se encontram relativamente pequenos, além de que essas populações se tornam frágeis, devido aos expressivos endemismos.

Infelizmente, a fauna brasileira também já conta com uma extensa lista de espécies ameaçadas de extinção. Cerca de 1.173 já estão listadas.

Manter animal preso em cativeiros fere diretamente o Art. 225, VI, da CRFB/1988, pelos seguintes motivos: se ele estiver aprisionado, não pode cumprir suas funções ecológicas; principalmente, por estar associado ao tráfico de animais silvestres, está destruindo muitos lugares do planeta, inclusive, a fauna brasileira, fazendo com que várias espécies sejam ameaçadas de extinção. Vale ressaltar que a extinção é irreversível e, por melhor que seja, qualquer aprisionamento em cativeiro é uma prática de crueldade contra o animal.

Segundo Zago (2008, s.p.), “a fauna silvestre é um dos recursos naturais que se tornou vítima da ganância humana”. A Declaração Universal dos Direitos dos Animais, realizada pela Unesco e pela ONU em Bruxelas, Bélgica, 27 de janeiro de 1978, proclamou 14 artigos, tendo, como preâmbulo, o seguinte:

Preâmbulo: Considerando que todo o animal possui direitos; Considerando que o desconhecimento e o desprezo desses direitos têm levado e continuam a levar o homem a cometer crimes contra os animais e contra a natureza; Considerando que o reconhecimento, pela espécie humana, do direito à existência das outras espécies animais,

---

constitui o fundamento da coexistência das outras espécies no mundo; Considerando que os genocídios são perpetrados pelo homem e há o perigo de continuar a perpetrar outros; Considerando que o respeito dos homens pelos animais está ligado ao respeito dos homens pelo seu semelhante; Considerando que a educação deve ensinar, desde a infância, a observar, a compreender, a respeitar e a amar os animais (ONU, 1978, s.p.).

Vale ressaltar que é fundamental que os seres humanos preservem a biodiversidade das espécies, pois ela é de extrema importância para o equilíbrio do planeta Terra e para a manutenção dos ecossistemas, onde todas as espécies da vida estão diretamente conectadas, de modo que é uma obrigação da sociedade em geral e do poder público protegê-las.

### **O direito ambiental**

Ao longo dos anos, a legislação ambiental brasileira foi aprimorada na medida em que a preocupação internacional se ampliou, tendo em vista a necessidade de proteção ao equilíbrio do meio ambiente e ao direito deste às gerações atuais e futuras.

O Direito Ambiental visa proteger o meio ambiente dos abusos de qualquer natureza, além de dispor a respeito da manutenção, podendo ser conceituado como um conjunto de normas e princípios jurídicos relativos à proteção ao meio ambiente, como sendo um bem de uso comum do povo.

É constituído por normas que visam, sempre, à proteção do meio ambiente, com o objetivo de regular as atividades potencialmente nocivas.

O caput do Art. 225, da CRFB/1988, na sua primeira parte, descreve o meio ambiente como um direito e, na segunda parte, incube, ao Poder Público e à coletividade, os deveres de defendê-lo e preservá-lo incondicionalmente. Então, como se pode observar, de forma inquestionável, um dos sujeitos ativos dessa defesa é o Estado.

Convém acentuar que, na Declaração do Rio, em 1992, no seu princípio nº 11, foi imposto, aos Estados, o dever de promulgar leis que sejam eficazes em relação ao meio ambiente. Com isso, a CRFB/1988 consagra o princípio da obrigatoriedade de atuação estatal na defesa do meio ambiente, tendo sido decorrido da Declaração de Estocolmo de 1972, princípio nº 17, que dispõe: “Deve-se confiar, às instituições nacionais competentes, a tarefa de planejar, administrar ou controlar a utilização dos recursos ambientais dos estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente” (ONU, 1972, s.p.).

O meio ambiente é direito de natureza indisponível; daí decorre a obrigatoriedade de atuação do Estado. A proteção ambiental, conforme se pode observar pelo Art. 225, caput e §1º da CRFB/1988, assim como pelo Art. 2º da Lei nº 6.938/1981, é reconhecida, atualmente, como indispensável à vida e à dignidade humana. Um dos objetivos dessa mesma lei, no Art. 2º, inclui “a preservação, melhoria e recuperação da qualidade propícia à vida” (BRASIL, 1981).

O regime de Direito Ambiental do Brasil reconhece a vida, em geral (não só a vida humana), como um valor intrínseco. Por exemplo, no inciso VI do Art. 225, § 1º, da CRFB/1988, veda-se qualquer tratamento de crueldade perante todos os animais.

Inclusive, em diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inconstitucionais algumas práticas “tradicionais” que caracterizam atos de crueldade, como “rinha de galo”, “farra do boi” e “vaquejada”.

Segundo Singer (2010, p. 45), “é errado limitar nossa preocupação a cães. As pessoas tendem a se preocupar com cães porque, em geral, estão mais familiarizadas com eles como animais de estimação, mas outros animais são tão passíveis de sofrimento quanto os cães”.

Ainda:



---

Toleramos crueldades infligidas a membros de outras espécies que nos indignariam se realizadas na nossa [...]; não estamos mais dispostos a aprovar um grau menor de consideração com outros humanos, mas ainda há muitos seres sencientes em relação aos quais parecemos não ter nenhuma consideração (SINGER, 2010, p. 101 e 124).

Como se pode observar, o Direito Ambiental tem, como objetivos, a proteção ao meio ambiente equilibrado e a defesa às presentes e futuras gerações. Assim, ele está intimamente ligado às práticas relacionadas ao tráfico de animais silvestres e à efetividade da proteção à fauna brasileira.

### **Dos crimes relacionados ao tráfico de animais**

Os crimes contra a fauna possuem base constitucional. A CRFB/1988 traz, no Art. 225, § 1º, VII, o dever do Poder Público de assegurar a efetividade do direito de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme se pode observar: “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade” (BRASIL, 1988).

Essa redação não faz distinção entre os animais, independentemente do risco de extinção, nacionalidade ou função ecológica. Trata-se, por exemplo, de preservar os animais domésticos do abandono e atos de crueldade, além de proteger os animais selvagens, também, daquilo que os torna vulneráveis, como a captura, a destruição e a comercialização desenfreada.

Vale distinguir que animal silvestre ou selvagem é aquele que tem sua vida ou parte dela ocorrendo de forma natural, dentro do território brasileiro ou águas jurisdicionais brasileiras, seja ele de espécie nativa, migratória ou qualquer outra, como os papagaios, jiboias, araras, onças, jacarés.

Já o animal exótico é aquele cuja espécie não pertence, originalmente, à fauna do ambiente em que se encontra, mas que adentrou ou foi introduzido pelo ser humano naquele território (brasileiro ou águas jurisdicionais brasileiras), tendo, como exemplos, as zebras, elefantes, pítons etc.

Enfim, animal doméstico é aquele que assim se tornou em decorrência de processos tradicionais, sistematizados e melhoramento zootécnico, possuindo características próprias, biológicas e comportamentais, em estreita dependência do ser humano.

Quase todos os crimes contra a fauna estão concentrados na Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), entre os Arts. 29 a 37, com exceção do crime de pesca de cetáceos (por exemplo, baleias e golfinhos) nas águas de jurisdição brasileira.

É importante destacar que, apesar do uso corrente da expressão “tráfico de animais silvestres”, não foi definido, ao longo dos anos, um delito específico com esse título no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, entende-se como a prática das condutas tipificadas no Art. 29 da Lei de Crimes Ambientais, as quais integram o ciclo do tráfico (captura, transporte, cativeiro/guarda e a comercialização).

O objeto jurídico, tutelado no Art. 29 da referida lei, é a fauna silvestre, sendo esta a terrestre e aquática, abrangendo todas as espécies, independentemente da sua fase de desenvolvimento, para aquele que “matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida” (BRASIL, 1998). Será gerada pena de detenção de seis meses a um ano, além de multa.

Na mesma pena, incorrerá aquele que, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida, impedir a procriação da fauna, modificar, danificar ou destruir ninho, abrigo ou criadouro natural, além de vender, expor à venda, exportar ou adquirir, guardar, ter em cativeiro ou depósito, utilizar ou transportar produtos e objetos oriundos, ovos, larvas ou espécimes da fauna em rota migratória, nativa ou silvestres, provenientes de criadouros não autorizados (BRASIL, 1998).

---

O juiz poderá deixar de aplicar a pena, considerando as circunstâncias, em caso de guarda doméstica de animal silvestre, cuja espécie não esteja considerada como ameaçada de extinção.

Se o crime for praticado, ainda que somente no local da infração, contra espécie considerada rara ou ameaçada de extinção, durante o período noturno ou proibida a caça, em unidade de conservação, com abuso de licença ou com emprego de instrumentos ou métodos capazes de provocar destruição em massa, a pena poderá ser aumentada ao equivalente da sua metade, ou, se decorrer do exercício de caça profissional, é aumentada até o triplo (BRASIL, 1998).

O Art. 30 da Lei nº 9.605/1998 tem, como objetivo, o de proteger, principalmente, as espécies de répteis e anfíbios do tráfico internacional de peles e couros in natura. Inclusive, poderá ser responsabilizado, com base nesse artigo, aquele que, mesmo tendo autorização, extrapola a quantidade permitida, sendo, sua pena, reclusão de um a três anos, além de multa.

Já o Art. 31 da Lei nº 9.605/1998 não especifica as espécies de animais, por isso, abarca todos eles. O objeto jurídico tutelado, nesse caso, são a incolumidade pública e o equilíbrio ambiental, pois estes poderão ser afetados caso outra espécie seja introduzida no nosso país, gerando riscos de saúde à população e desequilíbrio ao meio ambiente brasileiro. A pena é a detenção de três meses a um ano, além de multa.

Com relação ao Art. 32 da Lei nº 9.605/1998, este trata das condutas que possam expor os animais à prática de atos de crueldade, como “ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”. Será a mesma pena, de detenção de três meses a um ano e multa, para aquele que realiza experiência dolorosa ou cruel em animal quando existir recurso alternativo, inclusive, tratando-se de fins didáticos ou científicos. Caso ocorra a morte do animal, em qualquer dessas hipóteses, a pena poderá ser aumentada de um sexto a um terço.

Com relação ao Art. 33 da Lei nº 9.605/1998, este dispõe a respeito da conduta de provocar o perecimento (morte; extinção) de espécimes da fauna aquática pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais poluentes ou sujos em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras, causando degradação ambiental. A pena, para esse crime, é detenção de um a três anos ou multa, ou ambas cumulativamente, podendo incorrer, nas mesmas penas:

- I- quem causa degradação em viveiros, açudes ou estações de aquicultura de domínio público;
- II- quem explora campos naturais de invertebrados aquáticos e algas, sem licença, permissão ou autorização da autoridade competente;
- III- quem fundeia embarcações ou lança detritos de qualquer natureza sobre bancos de moluscos ou corais, devidamente demarcados em carta náutica (BRASIL, 1998).

Já os Arts. 34 e 35 da Lei nº 9.605/1998 se referem, mais especificamente, à preservação da fauna aquática, tipificando e estabelecendo penas para aqueles que cometerem crimes relacionados à pesca. Para os efeitos da Lei de Crimes Ambientais, no seu Art. 36, esta tipifica as condutas consideradas como pesca, sendo elas:

[...] Todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora (BRASIL, 1998).

Por fim, o Art. 37 da Lei nº 9.605/1998 prevê as três excludentes de ilicitude, nos casos de estado de necessidade, em relação aos crimes contra a fauna, os quais foram anteriormente tratados: estrito cumprimento do dever legal, exercício regular do direito e legítima defesa.

---

Vale ressaltar que a CRFB/1988, no seu Art. 225, §1º, VII, veda, também, as práticas que submetam os animais à crueldade de forma abrangente, sem distinções.

Com relação ao crime de tráfico de animais, geralmente, os traficantes não agem com nenhum tipo de cuidado com os animais, e acabam, inclusive, cometendo vários atos de maus-tratos e crueldade com os animais capturados.

Inevitavelmente, pela própria subtração do animal do seu hábitat, serão impostos maus-tratos aos animais silvestres nos atos da caça. Quase sempre, no ciclo do tráfico de animais silvestres, os espécimes em custódia ilegal estarão sujeitos a novos sofrimentos no transporte, cativeiro temporário etc. (NASSARO, 2015, s.p.).

Com exceção dos animais raros e muito valiosos, segundo RENTAS (2004), todos os animais traficados sofrem maus-tratos. Com isso, pode-se perceber que o tráfico de animais silvestres acaba, de diversas formas, encaixando-se em várias condutas criminosas em relação ao meio ambiente, direito constitucional dos cidadãos e, também, uma prática que expõe os animais à crueldade, inclusive, podendo causar danos irreversíveis ao planeta, como a extinção das espécies.

### **Resultados e discussão**

Os resultados encontrados foram que o tráfico de animais silvestres está entre as principais atividades ilícitas praticadas no mundo, além de ser uma das maiores ameaças à biodiversidade da fauna brasileira.

Segundo RENTAS (2014), o tráfico de vida silvestre, que inclui a flora, a fauna e seus produtos e subprodutos, é a terceira maior atividade ilícita do mundo, ficando atrás apenas do tráfico de drogas e armas.

Por outro lado, em um estudo realizado, mais detalhadamente, por Luis Fernando Ramadon (2018), foi apontado o tráfico de animais silvestres na 8ª posição em um ranking dos principais crimes globais. Ramadon afirma que essa atividade movimentou de 5 a 23 bilhões de dólares no ano de 2017.

O tráfico de animais silvestres contribui para a extinção de várias espécies de animais, por isso, é uma atividade de alta destruição que causa empobrecimento da fauna brasileira. Além disso, gera maus-tratos aos animais capturados e outros problemas, como os de saúde e econômicos.

As estatísticas apontam que, em média, no Brasil, são retiradas, ilegalmente, da natureza, cerca de 38 milhões de espécies, e que apenas um animal entre 10 que são traficados chega vivo ao seu destino. O Brasil representa, em média, 15% desse comércio ilegal de animais a nível mundial.

A pena para o crime, conforme a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), é de detenção de seis meses a um ano para quem comprar, vender ou manter animais silvestres em cativeiro.

De acordo com a Lei de Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995), existe a possibilidade da transação penal, além da suspensão do processo para crimes com penas inferiores a dois anos. Situação que se agravou com a Lei nº 12.403/2011, que instituiu o fim da prisão preventiva para crimes de penas inferiores a quatro anos de prisão. A pena para esse crime é branda, e os criminosos reincidem, muitas vezes, por não serem devidamente penalizados.

A exemplo disso, o maior traficante de animais do território brasileiro, após ter sido autuado 16 vezes pelo Instituto Brasileiro da Biodiversidade e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), e recebido, ao longo de 20 anos, mais de R\$ 4,5 milhões em multas, foi preso somente no ano de 2018, quando a sua sentença condenatória transitou em julgado, a qual fixou, entre outras penas, a pena restritiva de liberdade em 12 anos. Entretanto, cumpre salientar que ele foi preso por causa dos crimes conexos, por exemplo, pela lavagem de dinheiro, e não pelo tráfico de animais silvestres por si só.

---

Assim, diante da pena branda que o tráfico de animais silvestres possui, normalmente, quando a pessoa é condenada, ela não é presa apenas por causa do tráfico, mas por causa de outras atividades ilícitas que estão relacionadas.

Apesar do uso corriqueiro da expressão “tráfico de animais silvestres” para se referir ao comércio ilegal de animais silvestres, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, um delito específico com esse título, ou seja, aqueles que praticam tal ato, habitualmente, são punidos com a mesma pena daquele desinformado que possui um animal silvestre em casa.

A Lei de Crimes Ambientais, nº 9.605/1998, trata, de forma genérica, dos crimes contra fauna e suas penalidades, por isso, é necessário que haja a aprovação de uma lei mais específica, que tipifique o crime de tráfico de animais silvestres e que tenha uma pena mais severa, para distinguir o traficante daquele que somente mantém o animal silvestre em casa. Ainda, para facilitar a penalização do infrator e deixar de ser considerado, pelos traficantes, como o crime da impunidade.

Conforme Almeida (2019, s.p.), veterinária e agente da Polícia Federal: “[...] a Lei de Crimes Ambientais não reprime a ilegalidade e, enquanto nossos legisladores tratarem o crime de venda ilegal de animais silvestres como um crime de menor potencial ofensivo, essa infração nunca terá fim”.

Ao longo dos anos, foram criadas novas leis, adequando-as às novas realidades enfrentadas. No Brasil, ainda há muito o que melhorar em alguns aspectos, em especial, com relação à fauna e seus espécimes.

Além disso, é necessário que os governantes invistam em conscientização e educação ambiental de forma contínua, atentando-se, também, à deficiência de dados atuais e precisos em relação ao tráfico de animais silvestres, além da estrutura dos órgãos fiscalizadores e da falta de centros de triagem e tratamento para destinação dos animais apreendidos.

Para desestruturar o tráfico de animais silvestre, é necessário que o Estado forneça as informações corretamente, fazendo a sistematização e padronização dos dados coletados em todo o território nacional; que siga uma metodologia de registro das ocorrências e apreensões, com o intuito de preencher as lacunas existentes dos dados sobre a real dimensão do tráfico de animais silvestres no Brasil; e que invista em recursos financeiros e técnicos, para que supra a carência de fiscalização, planejamento e falta de articulação entre os órgãos que são responsáveis pela conservação da fauna silvestre. Por fim, também é necessário que se invista em centros de triagem, para que possa ser dada a destinação correta aos animais apreendidos.

As leis e dispositivos legais não podem resolver o problema sozinhos, a sociedade precisa entender as consequências desse comércio. Por isso, a educação e a conscientização, por mais que demorem, são elementos essenciais e com resultados de longo prazo. Campanhas são importantes, mas o trabalho permanente e contínuo deve ser fortalecido com a prevenção e com a educação ambiental. A população, após receber as informações corretas e educação ambiental, poderá denunciar a ação dos traficantes e deixar de criar animais silvestres em casa.

Vale lembrar que, se não houver comprador, não haverá vendedor, ou seja, traficantes. Juntos, o Estado e a sociedade serão aliados que desestruturarão o tráfico de animais silvestres. Dessa forma, as futuras gerações terão seus direitos assegurados pela Constituição Federal, efetivamente resguardados, pois, no momento, a preocupação ambiental não está sendo seriamente levada em consideração e, se continuar nesse passo, perderemos muitas riquezas naturais.

### Referências

ALMEIDA, D. **Na linha de frente – Por que é tão difícil acabar com a venda de animais em feiras?** 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3nVnK7t>. Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689,

---

de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. 2011. Disponível em: <https://bit.ly/2XRaAOf>. Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. 1998. Disponível em: <https://bit.ly/3in84J7>. Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. 1995. Disponível em: <https://bit.ly/3nRhAVL>. Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. 1992. Disponível em: <https://bit.ly/35RKGye>. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <https://bit.ly/3bKce9w>. Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.643, de 18 de dezembro de 1987**. Proíbe a pesca de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras, e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3bOYkpJ>. Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/39Y6OIH>. Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967**. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/2XTPOO6>. Acesso em: 26 maio 2020.

ICMBIO. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. **Fauna brasileira**. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2XP7WIT>. Acesso em: 26 out. 2019.

LIRA, S. **Extração ilegal de areia no mundo: um negócio bilionário**. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/39JW8Nn>. Acesso em: 23 maio 2020.

MARTINS, C. **Impunidade: Autuado 16 vezes, maior traficante de animais do país continua livre**. 2017. Disponível em: <http://bit.ly/3p04V4c>. Acesso em: 31 maio 2019.

MILARÉ, É. **Direito do ambiente: doutrina – prática – jurisprudência – glossário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NASSARO, A. L. F. **Tráfico de animais silvestres e policiamento ambiental: Oeste do Estado de São Paulo (1998 a 2012)**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.

ONU. Organização das Nações Unidas. Unesco. **Declaração Universal do Direitos dos Animais**. 1978. Disponível em: <https://bit.ly/3oYcCrB>. Acesso em: 14 set. 2020.

---

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano**. 1972. Disponível em: <https://bit.ly/3bP5dat>. Acesso em: 14 set. 2020.

RAMADON, L. F. **A extração ilegal de areia no Brasil e no mundo**. 2018. Disponível em: <http://bit.ly/3bQULiL>. Acesso em: 23 maio 2020.

RENTAS. Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres. **1º relatório nacional sobre o tráfico de fauna silvestre**. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3nWrCF2>. Acesso em: 31 maio 2019.

RENTAS. Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres. **O tempo – O triste mundo do tráfico de animais**. 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3p0OKUo>. Acesso em: 31 maio 2019.

RENTAS. Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres. **Ambiente Brasil – Tráfico de animais silvestres**. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/38Vk69t>. Acesso em: 19 out. 2019.

SINGER, P. **Libertação animal**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

TRF5. Ministro Celso de Mello. **Mandado de Segurança, nº 22.164, Publicação em 17/11/1995**. 1995. Disponível em: <https://bit.ly/3sz0hwh>. Acesso em: 23 maio 2020.

ZAGO, D. C. **Animais da fauna silvestre mantidos como animais de estimação**. Santa Maria: UFSM, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/35O2Ocg>. Acesso em: 14 set. 2020.

---

Artigo recebido em 23/05/19. Aceito em 23/08/19.

# A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO FRENTE AO DIREITO REGULATÓRIO NAS DEMANDAS DE SAÚDE

## The performance of the federal public defender in the face of health regulation cases

Kaline Gabriela Maciel da Silva Gebra<sup>1</sup>

Daiane Zappe Viana Veronese<sup>1</sup>

**Resumo:** O direito à saúde no Brasil, além de previsto constitucionalmente, encontra-se também regulamentado por meio da Lei nº 8.080/90, que criou o Sistema Único de Saúde (SUS). Ocorre que, embora regido pelo princípio da Universalidade, o SUS não consegue atender às demandas da sociedade, observando-se, portanto, que, mesmo se tratando de um direito positivado, não possui ampla efetividade social. Assim, o presente trabalho visa compreender o papel da Defensoria Pública da União frente ao Direito Regulatório nas demandas de saúde de pacientes domiciliados em Feira de Santana - BA. Desta feita, é trazida à baila a responsabilidade do Estado frente ao direito à saúde; em seguida é traçado um contraponto entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial; posteriormente discute-se acerca da judicialização de demandas diante da omissão do Poder Executivo e por fim é tecida uma síntese acerca do Direito Regulatório, com enfoque na Atuação da Defensoria Pública. Portanto, a atuação da Defensoria Pública da União frente ao Direito Regulatório visa à proteção e à promoção da saúde, bem como a difusão do conhecimento acerca das políticas públicas de saúde perseguidas. Então, fiscalizar a efetividade na prestação das ações e serviços que devem ser realizados pelo SUS faz parte das atribuições da Defensoria Pública, conforme preceitua o art. 134, caput, da Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Saúde pública no Brasil. Direito à saúde. Direito regulatório. Atribuições da Defensoria Pública da União.

**Abatract:** The right to health in Brazil, in addition to the constitutional provision, is also regulated by Law No. 8,080 / 90, which created the Unified Health System (SUS). It happens that, although governed by the principle of universality, SUS does not meet the demands of society, observing, therefore, that, even dealing with a positive law, it does not have wide social effectiveness. Thus, the present work aims to understand the role of the Public Defender's Office in relation to Regulatory Law in the health demands of patients domiciled in Feira de Santana - BA. In this way, the State's responsibility regarding the right to health is brought to the fore; then a counterpoint is drawn between the Reserve of the Possible and the Existential Minimum; later, it discusses the judicialization of the demands in the face of the omission of the Executive Power and finally, it is an analysis related to the Regulatory Law, focusing on the Performance of the Public Defender. Therefore, a performance by the Public Defender's Office in relation to Regulatory Law aims at the protection and promotion of health, as well as the dissemination of knowledge about public health policies pursued. Then, inspect the effectiveness in the provision of actions and services that must be performed by SUS and is part of the duties of the Public Defender, according to art. 134, caput, of the Federal Constitution.

**Keywords:** Public Health in Brazil. Right to Health. Regulatory Law. Duties of the Federal Public Defender.

### Introdução

Para fins de implantação da saúde brasileira foi criado o Sistema Único de Saúde. Esta política pública se dá por meio da atuação conjunta de todos os entes federativos, seja através da Administração Direta, Indireta ou ainda, por Fundações fomentadas pelo Poder Público. Insituído pelo art. 198 da Constituição da República Federativa do Brasil, e regulamentado pelas leis 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde) e 8.132/90 (Lei do Controle Social do SUS), observa-se que o constituinte estabeleceu como diretrizes do SUS a universalidade, integralidade e a equidade dos serviços relativos à saúde.

---

<sup>1</sup> Centro Universitário Leonardo da Vinci – UNIASSELVI. Rodovia BR 470, km 71, nº 1.040, bairro Benedito. Caixa Postal 191, 89084-405 – Indaial/SC. Fone: (47) 3281-9000 – Fax: (47) 3281-9090. Site: [www.uniasselvi.com.br](http://www.uniasselvi.com.br).

---

A universalidade assegura aos brasileiros ou estrangeiros que se encontrem no Brasil o direito aos serviços de saúde, quando necessário (art. 7º, II da Lei nº 8080/90). No que tange à integralidade do atendimento, significa que cabe ao Estado a realização de todas as medidas necessárias à efetivação da saúde. Já a equidade, diz respeito ao fato de que as ações e os serviços do SUS devem ser oferecidos aos cidadãos, em qualquer situação em que for mister.

Ocorre que, embora pautado no princípio da Universalidade, o SUS não consegue atender a todas as demandas da sociedade, observando-se, portanto, que, mesmo se tratando de um direito positivado, não possui ampla efetividade social. Considerando-se o fato de que o Sistema Único de Saúde é permeado por diversos gargalos no que tange às suas ações e serviços, torna-se essencial o Direito Regulatório, no sentido de dar efetividade ao direito à saúde, por ser este um direito fundamental social, regularmente ferido por conta da omissão estatal, sendo assim, é necessária a tomada de medidas que visem à efetivação desse direito.

Desse modo, o presente trabalho visa compreender o papel da Defensoria Pública da União frente ao direito regulatório nas demandas de saúde de pacientes domiciliados em Feira de Santana - BA. Para tanto, tornou-se necessária a identificação do dever do Estado frente ao mandamento constitucional de que a saúde é um direito fundamental, bem como tornou-se imperativa a reflexão acerca da aplicação do Princípio da Reserva do Possível e a discussão sobre a judicialização de demandas diante da omissão do Poder Executivo, a fim de sistematizar informações acerca da atuação da Defensoria Pública da União de Feira de Santana - BA frente ao Direito Regulatório.

Assim, pretende-se ressaltar com o presente trabalho que, o preceito constitucional inscrito nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal merece relevo tendo em vista o estabelecimento da saúde como direito fundamental social que deve ser prestado a todos, por parte do Estado. Portanto, em caso de omissão estatal no fornecimento das prestações de saúde, a Defensoria Pública da União possui a função de prestar orientação jurídica e de exercer a defesa dos usuários do SUS, a fim de que, pela via administrativa, ou mesmo pela via judicial, seja facilitado o acesso a esses serviços. Desse modo, o Poder Executivo fica impelido de cumprir com a prestação dos serviços de saúde, de forma adequada, resguardando-se o direito fundamental prescrito na Carta Magna brasileira.

### **Metodologia**

Possui o presente trabalho natureza empírica, visando à comprovação prática de uma hipótese, por meio da observação de determinado contexto, para fins de sistematização e solução de problemas específicos.

Sua abordagem é quanti quali, sendo preponderante o fato de que “o processo e seu significado são os focos principais de abordagem” (PRODONOV, 2013, p. 70). Sendo assim, a realidade estudada possui enfoque na sistematização de informações acerca da atuação da Defensoria Pública da União frente ao Direito Regulatório.

No que tange ao objetivo, possui característica descritiva, isto é, “os fatos são observados, registrados, analisados, classificados e interpretados, sem que o pesquisador interfira sobre eles” (PRODONOV, 2013, p. 52). Portanto, foram utilizados processos da Defensoria Pública da União, para se verificar os efeitos da atuação deste órgão, ante o Direito Regulatório, na proteção e promoção da saúde nas demandas de pacientes domiciliados em Feira de Santana.

Foi utilizado o método documental, que consiste na utilização e investigação de registros e posterior organização das informações colhidas, com a finalidade de transformá-las em fonte de consulta. Foi também utilizado o estudo bibliográfico.

A abordagem científica do presente trabalho se deu por meio do método indutivo, o que significa dizer que se trata de “um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados



---

particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas” (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 86). Portanto, após o procedimento da coleta do conteúdo, partiu-se para a apreciação do papel da Defensoria Pública da União frente ao Direito Regulatório, nas demandas de saúde a serem analisadas.

Foi utilizado como técnica de análise o método observacional, que é utilizado, segundo Prodonov (2013), em pesquisas que possuem por finalidade descrever fenômenos e testar hipóteses sob aspectos previamente determinados. Portanto, a fim de se analisar criticamente os dados obtidos, foi realizada uma verificação dos efeitos da atuação da Defensoria Pública da União, bem como da judicialização de demandas, diante da omissão do Poder Executivo na prestação dos serviços de saúde.

No que tange à análise de dados, foi realizada através da Hermenêutica Jurídica, que tem por objeto a interpretação de institutos jurídicos, gerando métodos para a compreensão do ordenamento jurídico. Portanto, a hermenêutica foi uma ferramenta de fundamental importância para a realização deste estudo, pois serviu de auxílio na análise dos institutos normativos, proporcionando a adequação do direito ao tema em questão.

Salienta-se que o presente trabalho se subdivide em quatro seções. A primeira delas aborda a responsabilidade do Estado frente ao direito à saúde, sendo dedicada a tratar da obrigação estatal no que tange à promoção de políticas sociais e econômicas que visem ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, conforme preceitua o art. 196 da Constituição Federal.

Em seguida, na segunda seção, é traçado um contraponto entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial, destacando-se a essencialidade do direito à saúde, que deve se sobrepor aos interesses financeiros do Estado.

Posteriormente, na terceira seção, discute-se acerca da judicialização de demandas diante da omissão do Poder Executivo, considerando-se que a intervenção do Poder Judiciário nos assuntos de saúde, mediante determinações à Administração Pública procura realizar a garantia constitucional de prestação universal deste serviço.

Por fim, na quarta seção, é trazida uma síntese acerca do Direito Regulatório, com enfoque na Atuação da Defensoria Pública, demonstrando-se o papel desta instituição na promoção e garantia do direito à saúde.

### **A responsabilidade do Estado frente ao direito à saúde**

O direito à saúde está resguardado no art. 6º e art. 196 da Constituição Federal. Ademais, encontra-se previsto na Seção II, do Capítulo II, do Título VIII, do texto constitucional, entre os arts. 196 e 200, que se destinam a tratar das divisões institucionais do SUS. Merece relevo o fato de que o direito à saúde está intimamente ligado ao direito à vida, inscrito na Carta Magna brasileira, em seu art. 5º, caput, onde resta evidenciado que se trata de um direito que deve ser garantido a todos os que no país residam, independentemente de serem brasileiros ou estrangeiros.

Também é sabido que o Poder Executivo, tanto no âmbito Federal, quanto nas esferas Estaduais e Municipais possui o dever de afiançar à sociedade as garantias inscritas na Constituição Federal, assegurando de forma fática os direitos fundamentais elencados no Texto Maior, inclusive, no tocante à aplicabilidade dos serviços de saúde, obedecendo, por corolário, o direito à vida e, ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, base axiológica para todos os direitos e garantias previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse contexto, o art. 196 da Constituição Federal consagra esse direito fundamental social: “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” (BRASIL, 1988, p. 103).

---

Conforme supramencionado, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no art. 1º, III, da CRFB/88, orienta que o ser humano necessita de prestações essenciais à manutenção de sua subsistência, tais quais os previstos no art. 6º, caput, da CRFB/88, ou seja, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, que são direitos mínimos para que o indivíduo possa ter uma vida digna.

Portanto, é incumbência da Administração Pública prover com a máxima eficiência e presteza os serviços de saúde, o que abrange atendimento ambulatorial, médico-hospitalar e até mesmo a dispensação de medicamentos, de forma a atender as necessidades da população, alocando os recursos de maneira eficaz, com o fito de reduzir as filas de espera.

De acordo com o entendimento de Robert Alexy (2017), o direito à saúde pode ser representado pelo binômio: direito de caráter positivo e direito de caráter negativo. O primeiro deles diz respeito ao direito subjetivo que cada indivíduo possui de receber as prestações de saúde de modo eficiente por parte da Administração Pública. Já o segundo, se refere ao direito de defesa contra abusos que possam ser cometidos por terceiros, ou mesmo pelo próprio Estado, à saúde do particular.

Salienta-se que o art. 2º da Lei 8.080/1990 enquadra a saúde como um direito fundamental de responsabilidade do Estado. Ademais, merecem destaque os arts. 4º e 5º, inciso III, da Lei 8.080/1990 que tratam do SUS e da sua organização:

Art. 4º. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 5º. São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas (BRASIL, 1990, p. 1).

Desse modo, é função primordial do SUS a prestação de assistência ao indivíduo, através de ações que visem salvaguardar sua saúde e bem-estar, seja por meio do fornecimento de medicamentos, insumos, ou tratamentos, imprescindíveis ao restabelecimento de sua saúde, conforme o preceitua o art. 6º, inciso I, alínea “d”, da Lei 8.080/1990:

Art. 6º. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):  
I - a execução de ações:

(...)

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (BRASIL, 1990, p. 1).

Assim, depreende-se do dispositivo supramencionado que a atuação do SUS engloba as mais diversas prestações no âmbito da saúde, portanto, os cidadãos possuem o direito de receber qualquer dos serviços ofertados, necessários à preservação de sua saúde, de acordo com o que garante a Constituição Federal em seus artigos 5º e 6º.

Ademais, o artigo em destaque evidencia que é dever do Estado executar ações de promoção à saúde, sendo esta responsabilidade extensiva a todos os entes federativos, conforme inscrito no art. 23, II, da Constituição Federal brasileira. Desse modo, União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde de toda a sociedade e consequentemente legitimados passivos nas demandas que giram em torno da omissão do Sistema Único de Saúde, independentemente de onde haja partido a negativa.

Então, o fato de o SUS haver descentralizado os serviços relativos à saúde e agregado os recursos financeiros dos Entes da Federação, a fim de otimizar a prestação dos serviços, reitera

---

a solidariedade entre eles, conforme preceitua o artigo 15, inciso II, da Lei nº 8.080/90. E de acordo com o artigo 16, inciso III da mencionada lei, é também obrigação solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a definição e coordenação das redes integradas de assistência. Logo, é competência conjunta dos Entes Federativos efetivar o direito à saúde, por meio do Sistema Único de Saúde, gerindo os recursos de modo a atender às demandas individuais e coletivas de forma universalizada.

Desta feita, se há omissão na prestação dos serviços de saúde, tem-se a responsabilidade solidária de todos os entes estatais a fim de que sejam efetivados os direitos fundamentais dos cidadãos. Isso porque, embora o SUS haja descentralizado os serviços de saúde, a colaboração de todas as esferas de governo do Poder Executivo é imprescindível no intuito de assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício do direito à saúde, para que, desse modo, as prestações que implicam investimentos e a realização de despesas públicas possam ser concretizadas e exercidas.

### **Contraponto entre a reserva do possível e o mínimo existencial**

Conforme elucida Henrique Ribeiro Cardoso (2016), a Cláusula de Reserva do Possível teve origem na Alemanha no intuito de resolver a limitação de vagas para o curso de medicina nas universidades públicas, havendo o caso ficado conhecido como “*numerus clausus*”. O impasse iniciou-se a partir da não aceitação de alguns estudantes nas universidades de Hamburgo e Munique, em razão da limitação das vagas, havendo estes buscado o Judiciário, pleiteando o acesso às instituições de ensino mencionadas, com base no artigo 12 da Lei Fundamental de Bonn, que assegura aos alemães o direito de escolher sua profissão e centro de formação.

Desta feita, o Tribunal Constitucional definiu que algumas prestações estatais seriam condicionadas aos limites da razoabilidade, ficando algumas destas restritas a uma Reserva do Possível, o que sugere que os direitos sociais prestacionais estariam condicionados a fatores econômicos e à disponibilidade de recursos.

Quanto à Teoria do Mínimo Existencial, noticiam Sarlet e Zockun (2016) que se trata de um conceito que parte da doutrina social e ganha força ao longo do século XIX, ainda que a Igreja ou mesmo políticas oficiais já se ocupassem anteriormente da assistência aos desamparados. A discussão em torno do tema ganha destaque no constitucionalismo moderno, especialmente com a Revolução Francesa, e esse debate culmina na inserção do direito aos socorros públicos para os necessitados, na Constituição Francesa de 1793.

Posteriormente, a Declaração da ONU, de 1948, em seu artigo XXV, atribui a todos os indivíduos o direito à saúde e bem-estar pessoal e familiar. Porém, somente se assegura a todos uma existência com dignidade, dentro dos ditames da justiça, na Constituição da República de Weimar, Alemanha, em 1919, no artigo 151. Já no plano constitucional brasileiro, a associação direta do “Mínimo Existencial” com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana somente foi expressa em 1934.

É sabido que as constituições analíticas, como a brasileira, são extensas e detalham suas normas, traçando regras a serem seguidas tanto pelo legislador infraconstitucional, quanto por todos os operadores do direito, na aplicação e interpretação das normas jurídicas, ou seja, a Carta Magna brasileira possui grande alcance em termos materiais, com muitas normas, o que a torna bastante extensa e, por consequência, acaba por gerar uma certa inefetividade, já que estabeleceu muitos planos aos quais nem sempre o Poder Público corresponde.

Assim, embora a Constituição seja criada com a finalidade de regular a história do país, nem sempre se consegue atender a esse objetivo por completo, pois ainda há uma lacuna entre o que diz a Constituição e o que vive o Estado, a exemplo do que preceitua o art. 3º, III, da Constituição Federal, quando elenca dentre os objetivos fundamentais da República Federativa

---

do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, o que claramente ainda não corresponde à realidade do país. Desta feita, a jurisprudência constitucional brasileira, no que tange à concessão de efetividade concreta aos direitos sociais, deve-se pautar em princípios, tais quais Proporcionalidade e Razoabilidade, a fim de que haja uma justa distribuição dos bens e serviços públicos.

É inegável o fato de que existem limitações econômicas nos cofres públicos, mas estas não podem ser utilizadas como argumento vazio pelo Estado para que se desobrigue das suas responsabilidades constitucionais. Ademais, conforme menciona Cardoso (2016, p. 28), “a adoção de políticas sociais e econômicas de caráter preventivo e reparativo, decorrente do acesso universal e igualitário já mencionado, requer prestações materiais e jurídicas adequadas à proteção da saúde, não podendo a sua materialização ficar à mercê das limitações econômicas do Estado”.

Salienta-se que, a Reserva do Possível só pode ser obstáculo à concretização dos direitos sociais quando a Administração Pública comprovar de forma objetiva que não possui meios de realizar a prestação, não podendo o referido Princípio ser utilizado de forma abstrata. Nesse sentido decidiram os desembargadores da 3ª Câmara Cível do TJ-RN, que manteve a decisão de primeira instância, destacando a necessidade de demonstração de insuficiência financeira para o atendimento do pleito conforme trecho em destaque:

Ademais, deve-se considerar que, quando da sua defesa, o Estado do Rio Grande do Norte olvidou-se de demonstrar a sua insuficiência financeira para o atendimento do pleito, pois, ao revés, é cediço que existe dotação orçamentária destinada especificamente para a aquisição de medicamentos de alto custo, visando atender as necessidades da população, notadamente das pessoas carentes que não podem arcar com seu tratamento médico (BRASIL, 2010, p. 1).

Como já mencionado, é incontestável o fato de que não há meios suficientes para atender a todas as demandas sociais, cabendo ao Estado, desse modo, planejar de que forma irá aplicar os recursos disponíveis, sendo necessário que haja a ponderação da importância dos pleitos da comunidade, para que estes sejam incluídos no orçamento, não se podendo olvidar, porém, de que o direito à saúde é primário e absoluto. Assim, tal alegação não deve prevalecer sobre o direito primordial à saúde e à vida, não podendo servir de obstáculo para a efetivação desses direitos fundamentais. Sobre o tema, ressaltou o Ministro Celso Antônio Bandeira de Melo:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurada esse dilema – que razões de ordem ético-jurídico, impõe ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à saúde humana (BRASIL, 2013, p. 1).

Com efeito, a aparente contraposição entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial cai por terra, tendo em vista o fato de que a Dignidade da Pessoa Humana se sobrepõe à alegação do Estado, no que se refere à escassez de recursos, reforçando-se a imprescindibilidade do direito à saúde, que se relaciona diretamente com o direito à vida. Dessa forma, conforme Mello e Moreira (2015), a preservação do direito à saúde é um fator de eficácia para a garantia da existência de uma pessoa e, por conseguinte, o respeito a sua dignidade. Portanto, diante da primazia do direito à saúde, não se pode admitir que questões econômico-financeiras sejam priorizadas em detrimento da vida digna de um indivíduo. Para Ingo Sarlet, tem-se por Dignidade da Pessoa Humana:

---

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2010, p. 70).

Destarte, conclui-se que é dever do Estado afiançar, através de atuações positivas, a implementação e sustentação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988, inclusive o direito à vida e à saúde, corolário do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Não sendo legítimo alegar a Reserva do Possível em detrimento do Mínimo Existencial, ínsito no cerne de todo cidadão.

Finalmente, vale ainda ressaltar que o Princípio da Reserva do Possível encontra limites no Mínimo Existencial, isto é, não pode o Estado alegar insuficiência de recursos em detrimento dos direitos fundamentais como a vida e a saúde de seu cidadão. Portanto, o direito à saúde deve ser considerado essencial pelo Estado, cabendo a este a manutenção de uma estrutura financeira organizada e adequada ao cumprimento dos direitos fundamentais.

### **Judicialização de demandas diante da omissão do Poder Executivo**

Com a constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro, passou-se a ter uma atuação fortalecida do Poder Judiciário em caso de omissão por parte do Poder Executivo e do Poder Legislativo, o que significa dizer que o Princípio da Separação dos Poderes, consagrado nos arts. 2º e 60, § 4º, IV, da Constituição Federal não impede que o Judiciário atue nas políticas públicas omissas ou prestadas de forma indevida.

Evidentemente não se permite que o Judiciário substitua a atuação da Administração Pública, mas, se autoriza que este atue nos limites impostos pela Constituição, afinal, embora os poderes sejam independentes e harmônicos entre si, não há que se falar em função exclusiva, mas sim, em função típica, o que permite que o Poder Judiciário intervenha em situações de inércia do Poder Executivo a fim de impedir abusos e garantir que cada cidadão tenha seus direitos respeitados assegurando-se o bem-estar social, vez que, embora existam limitações aos cofres públicos, a função do Poder Executivo deve ser norteadada pelo Princípio da Razoabilidade, como elucidada Henrique Ribeiro Cardoso:

A Administração Pública, portanto, deve pautar a execução de suas funções na razoabilidade, ou no agir com atitudes pautadas no bom senso, na moderação, na prudência e na coerência. Embora seja considerado um conceito jurídico indeterminado, elástico e variável no tempo e no espaço, é a razoabilidade que delimita os atos administrativos, a fim de legitimá-los. Serve, então, de vetor para justificar a emanção e o grau de intervenção judicial na esfera administrativa (CARDOSO, 2016, p. 71).

Portanto, é lícito ao Poder Judiciário impor ao Poder Executivo a realização de medidas capazes de dar efetividade ao conceito balizador da Dignidade da pessoa Humana e garantir às pessoas o respeito a sua integridade física e moral, não cabendo como contra-argumento a invocação do Princípio da Separação dos Poderes.

Assim, diante da inércia estatal, cabe ao Poder Judiciário cobrar das autoridades administrativas a concretização desse direito fundamental. Como elucidada Luís Roberto Barroso, essa intervenção se torna possível a partir da compreensão de que a Constituição é um documento revestido de força normativa:

---

A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem a afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde (BARROSO, 2009, p. 3).

O Supremo Tribunal Federal vem consolidando a judicialização do direito à saúde em seus julgados, acenando em prol da atuação do Poder Judiciário na defesa do direito à saúde, tendo em vista o fato de que a recusa a esse direito esbarra no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ferindo também o direito à vida. Assim, não há que se falar em desrespeito à separação dos poderes, pois plenamente viável a exigência judicial, no intuito de evitar abusos por parte do Poder Executivo, o que se permite através do sistema de Freios e Contrapesos, conforme destaca Henrique Ribeiro Cardoso:

A hermenêutica constitucional, associada à filosofia do direito, construíram um conjunto de premissas e técnicas que repercutiram na atuação do juiz posto a analisar omissões ou excessos da Administração. Dessa forma, a inafastabilidade do controle jurisdicional, a garantia do mínimo existencial extraído do princípio da dignidade humana, pelo qual cabe ao Estado garantir ao cidadão uma parcela mínima imprescindível à existência do indivíduo, a vedação ao retrocesso aplicável à implantação de políticas públicas, podem ser citados como exemplos bem-sucedidos da atuação judicial frente à problemática da Saúde no Brasil (CARDOSO, 2016, p. 65).

Nesse sentido, é extremamente necessário que os entes públicos diligenciem visando ao fornecimento dos medicamentos e insumos, em favor do usuário do Sistema único de Saúde. Para tanto, por vezes se faz necessária a correção judicial de uma omissão estatal.

### **O direito de regulação**

A ideia de Regulação no Brasil surgiu em 1906, todavia, nos anos 1990 o país experimentou um fenômeno crescente de criação e expansão de suas agências reguladoras, baseado na chamada Reforma Estatal, passando o Estado de provedor a regulador de serviços públicos, exercendo a fiscalização e estabelecendo diretrizes para a economia, em consonância com o artigo 174 da Constituição Federal de 1988, bem como levando em consideração critérios de justiça social.

A atuação das agências reguladoras se destaca nesse contexto de aumento da complexidade das relações sociais e, como consequência, é que o Direito Regulatório foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, com a função de implementar a chamada reforma do Estado. Importante lembrar que tais agências devem respeitar certos limites em sua atuação normativa de regulação.

O Direito de Regulação visa precipuamente a negociação. No entanto, coexiste com os dispositivos normativos tradicionais, que apresentam um caráter mais imperativo. Assim, faz-se necessário ressaltar a supremacia do Direito Estatal.

O termo “regulação” traduz o conceito de regularidade e a noção de mudança, tendo em vista o fato de que pode assumir a acepção de regulamentação, ao passo que pode se referir a um direito mais flexível, negociável, sujeito a mudanças, com a finalidade de promover uma

---

adaptação diante das alterações ocorridas no objeto regulado. Assim, a regulação além de buscar uma certa medida de equilíbrio em relação a seu objeto, visa também alcançar os ajustes necessários para a obtenção dessa estabilidade.

Tem-se, portanto, que o Direito Regulatório possui por finalidade a organização de determinados setores, no entanto, levando em consideração as normas superiores, adaptando-as aos casos concretos, onde couber certa dose de flexibilidade.

### **A atuação da Defensoria Pública frente ao Direito Regulatório**

A Defensoria Pública da União tem por missão difundir o conhecimento e a judicialização consciente. Isso porque, a exemplo do direito à saúde, em muitos casos se nota que o exagero na judicialização está ligado à falta de informações a respeito da política pública de saúde perseguida, no que se refere às normas básicas do sistema. Assim, a Defensoria Pública da União inicialmente busca resoluções administrativas, por meio de contatos telefônicos com os órgãos responsáveis pela dispensa do serviço procurado, ou mesmo, promove o envio de ofícios para as Secretarias e Ministério da Saúde, a fim de conseguir as informações necessárias ao usuário.

Nota-se que grande parte da população brasileira desconhece as normas básicas do sistema, encaradas como portas de entrada do sistema público de saúde, tais como: os locais de dispensação de medicamentos; que iniciativa deve ser adotada para a realização de um procedimento cirúrgico, ou ainda como assegurar o direito a um leito de UTI; dentre outras situações. Por esse motivo, a fim de promover uma judicialização consciente, em primeiro momento, a Defensoria Pública da União busca auxiliar os usuários do SUS na resolução administrativa de suas demandas, desse modo, evitando que sejam geradas demandas judiciais excessivas e desnecessárias.

Desta feita, parte-se para a judicialização somente diante das tentativas administrativas infrutíferas, já que, embora seja a Defensoria Pública responsável por patrocinar demandas na promoção do direito à saúde, conforme delineado pela própria LC 80/94, que organiza a referida instituição, prioritariamente deve-se buscar resoluções extrajudiciais para fins de composição e administração dos conflitos, promovendo-se, desse modo, a integração do usuário.

Conforme previsão constitucional, em seu Art. 134, § 1º:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988, p. 75).

Ressalta-se que a LC 80/94, Lei Orgânica da Defensoria Pública, ao priorizar solução extrajudicial dos conflitos, evidencia a necessidade de integração da Defensoria Pública com os demais órgãos ligados ao Sistema Único de Saúde, como um instrumento de regulação, que visa assegurar a prestação das ações e serviços de saúde, sem que haja a necessidade de deflagrar ações judiciais.

---

O que diminui o impacto financeiro com demandas desnecessárias, já que, em boa parte dos casos, os assistidos estão em busca de insumos ou serviços já oferecidos pelo Sistema Único de Saúde, ou seja, através do Direito Regulatório é possível evitar o excesso de judicialização, uma vez que, em boa parte das situações a população somente necessita de informações sobre a estrutura e o funcionamento do SUS, e sobre os procedimentos que precisa realizar, a fim de assegurar os seus direitos.

A Recomendação nº 31 de março de 2010 do Conselho Nacional de Justiça determina que a Defensoria Pública além de controlar e fiscalizar a gestão do Sistema Único de Saúde, deve disseminar os direitos e promover a efetividade destes, além de prestar esclarecimentos acerca do funcionamento do SUS.

Portanto, a regulação da prestação das ações e serviços do Sistema Único de Saúde é também de responsabilidade da Defensoria Pública, que tem o dever constitucional de primar pelo direito à saúde, seja pela via administrativa, no que tange à intermediação entre o cidadão e a Administração Pública, ou através da judicialização, no acionamento do Poder Judiciário para que este se posicione diante da omissão estatal, sempre no intuito de atender, da melhor maneira, às necessidades que lhes são esposadas.

### **A atuação da Defensoria Pública da União de Feira de Santana - BA frente ao Direito Regulatório nas demandas de saúde**

A Defensoria Pública da União possui, dentre outras atribuições, a função de assegurar a prestação dos direitos fundamentais, por parte do Estado, defendendo com prioridade a Dignidade da Pessoa Humana, bem como lutando pela preponderância e efetividade dos direitos humanos e redução das desigualdades sociais, conforme preceitua o art. 3º - A, I e III, da LC 80/94:

Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública:

I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais;

(...)

III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos (BRASIL, 1994, p. 1).

Ademais, é papel da Defensoria Pública da União promover todas as espécies de ações que visem assegurar a tutela dos direitos, prestando acompanhamento jurídico judicial e também extrajudicial. Assim, a Defensoria Pública da União de Feira de Santana - BA, busca estabelecer estratégias e diálogos no que diz respeito à efetivação do direito à saúde, fazendo a ponte entre a Administração Pública e os usuários do SUS, visando uma maior interação entre a sociedade e o Estado, a fim de evitar o aumento de demandas judiciais desnecessárias, tendo em vista o fato de que, conforme apontado por Cardoso (2016, p. 33), “a luta contra as arbitrariedades e imunidades do poder, contudo, não deve ser convertida em uma indesejável judicialização administrativa, meramente substitutiva da Administração”.

Portanto, enquanto instituição fiscalizadora do cumprimento da lei, e protetora dos direitos sociais, a Defensoria Pública da União de Feira de Santana - BA se empenha cada vez mais na implementação de medidas que visem um maior controle jurídico e social na prestação do direito fundamental à saúde, propiciando que indivíduos tenham os seus direitos efetivados. A exemplo de duas das demandas estudadas que serão apresentadas a seguir.

A primeira delas acerca do pedido de medicações de alto custo (Keppra; Trileptal; Depakene; Lamictal dispersível e Frisium), para um assistido, de 1 ano, que é portador de microcefalia secundária à rubéola congênita, conforme relatório médico acostado ao Processo de Assistência Jurídica-PAJ.



---

A criança apresenta atraso no desenvolvimento psicomotor significativo, bem como outras enfermidades que o levam a tratamentos de uso contínuo com medicações de alto custo, as quais não são fornecidas pela rede pública de saúde.

Ocorre que, a família buscou atendimento na Defensoria Pública da União de Feira de Santana - BA, com fito de obter o fornecimento dos medicamentos através do SUS, visto que se trata de um núcleo familiar hipossuficiente para manter o tratamento e as necessidades terapêuticas exigidas para o quadro clínico do assistido.

Entretanto, informaram que somente conseguiram na Secretaria de Saúde do Estado da Bahia - SESAB o provimento da medicação genérica, a qual, por indicação médica, não deve ser utilizada pelo paciente.

Após a família apresentar novo relatório médico atestando essa particularidade, a DPU/FSA-BA manteve contato com a Assessoria Jurídica da Secretaria de Saúde de Feira de Santana, e foi informada de que já haviam realizado a compra da referida medicação para o paciente, orientando que os familiares deveriam se dirigir até a farmácia da SESAB a fim de adquiri-la.

Em contato com o pai do assistido, confirmou-se o recebimento de todos os medicamentos pleiteados, após terem recebido um telefonema da Secretaria de Saúde solicitando que fossem realizar a retirada.

Portanto, não se fez necessária a judicialização do pleito, tendo em vista que, através da Regulação realizada pela Defensoria Pública da União de Feira de Santana - BA foi possível solucionar a questão administrativamente.

A segunda demanda a ser destacada diz respeito também à aquisição de medicamentos, para uma assistida acometida por um quadro psiquiátrico e portadora de coronopatia, devido a uma má anatomia coronária.

Em decorrência de suas enfermidades, a assistida é submetida a tratamento com sete medicações, de uso contínuo, de acordo com relatório médico juntado ao Processo de Assistência Jurídica-PAJ.

Diante do quadro de saúde da assistida, sua filha procurou a Defensoria Pública da União de Feira de Santana - BA com o fito de obter as medicações através da rede pública de saúde.

Ocorre que, após ser orientada pela DPU/FSA-BA a procurar a Secretaria Municipal de Saúde, a filha da assistida afirmou ter conseguido o fornecimento de dois dos medicamentos pleiteados na demanda (Anlodipino e AAS), restando ainda conseguir os demais (Metoprolol; Rosuvastatina; Clopidogrel; Vastarel e Sustare).

Desta feita, a DPU/FSA-BA realizou contato com o setor de Farmácia da Secretaria de Saúde Municipal de Feira de Santana, tendo sido informada de que, de fato, a Secretaria fornece os medicamentos Anlodipino e AAS administrativamente, acrescentando que os demais medicamentos, embora não sejam fornecidos pelo Município, por não serem medicação de alto custo, poderiam ser adquiridos através da 2ª DIRES. A Secretaria de Saúde do Município sugeriu ainda, através do Ofício 49/2017, o encaminhamento da demanda à Secretaria de Saúde do Estado.

Então, as orientações foram repassadas para a filha da assistida, acerca do possível provimento por parte do Estado, e esta foi orientada a buscar administrativamente a 2ª DIRES, com a finalidade de verificar o fornecimento e adquirir os medicamentos necessários ao tratamento da sua genitora.

Desse modo, não se fez necessária a judicialização da questão, diante da possibilidade de resolução administrativa verificada pela Defensoria Pública da União de Feira de Santana - BA, que prestou o suporte necessário para o deslinde da questão, desonerando o judiciário de uma demanda desnecessária.

---

Imperioso ressaltar que, além dos pleitos supramencionados, foram estudados outros casos que integram 138 demandas, compreendidas no período de 14/02/2017 à 12/05/2017, cujo objeto gira em torno de questões de saúde, distribuídas entres os Ofícios da unidade da Defensoria Pública da União de Feira de Santana - BA. Assim, mediante a análise é possível observar que, conforme se demonstra no gráfico abaixo, 70 demandas foram solucionadas administrativamente; 35 passaram das tratativas administrativas para resolução judicial, devido ao esgotamento das possibilidades administrativas; 27 precisaram, necessariamente, ser judicializadas, não cabendo a resolução administrativa dos casos; e, 6 demandas que já vieram judicializadas para a Defensoria, não foram levadas adiante por conta do êxito na resolução administrativa.

Insta salientar que, dentre as demandas estudadas, as de maior índice de resolução administrativa têm por objeto o requerimento de medicamentos de alto custo para tratamento e controle de enfermidades, tais quais: neoplasia maligna; diabetes; doença de Crohn; problemas oftalmológicos; microcefalia, bem como o pedido de insumos, a saber: fraldas geriátricas; fitas para medir diabetes e bolsas de colostomia.

Já os pleitos judicializados, em sua maioria, têm por escopo demandas como: realização de procedimentos cirúrgicos; solicitação de leitos de UTI e transferência de unidades de pronto atendimento para hospitais. Portanto, em razão da natureza urgente do pedido e por não haver tempo hábil para tratativas administrativas, partiu-se, de imediato, para o âmbito judicial, sendo possível realizar o requerimento de tutela antecipada.

No que concerne às demandas iniciadas na seara administrativa e que passaram para o âmbito judicial, se deve ao fato de que por vezes a Defensoria Pública da União enfrenta obstáculos ao buscar dar efetividade ao Direito Regulatório, pois, ainda que possua autoridade legal para solicitar informações e fiscalizar a prestação dos serviços de saúde, diante da morosidade nas respostas aos ofícios que são enviados com pedidos de esclarecimentos, procede-se com a reiteração do ofício e, então, diante da omissão, se faz necessária a judicialização do caso.

Ademais, no tocante aos pleitos que já chegaram à Defensoria Pública da União judicializados e foram convertidos em tratativas administrativas, isso se deu em virtude da constatação da ausência de necessidade de solucionar a questão na via judicial, partindo-se, portanto, para uma negociação em busca de melhor alocar os serviços relativos à saúde.

Desta feita, para melhor compreensão das informações destacadas, note-se a representação gráfica dos dados obtidos através do presente estudo, bem como o quadro com o demonstrativo das demandas de saúde patrocinadas pela Defensoria Pública da União de Feira de Santana - BA, compreendidas entre o período de 14/02/2017 até 12/05/2017.

## DEMONSTRATIVO DE RESOLUÇÃO DAS DEMANDAS DE SAÚDE ESTUDADAS

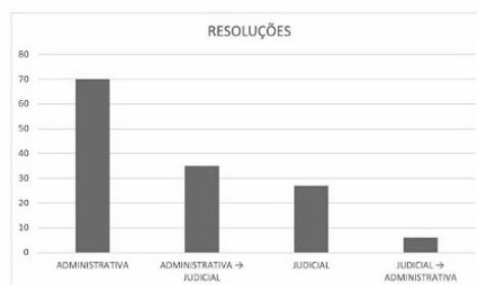
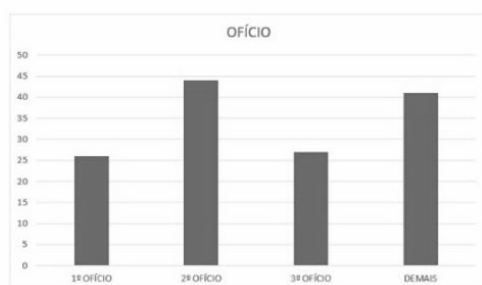
LOCAL DE COLETA: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE FEIRA DE SANTANA - BAHIA  
PERÍODO ESTUDADO: 14/02/2017 ATÉ 12/05/2017

OFÍCIO	QUANTIDADE
1º OFÍCIO	26
2º OFÍCIO	44
3º OFÍCIO	27
DEMAIS	41

RESOLUÇÃO	QUANTIDADE
ADMINISTRATIVA	70
ADMINISTRATIVA → JUDICIAL	35
JUDICIAL	27
JUDICIAL → ADMINISTRATIVA	06

<b>TOTAL</b>	<b>138</b>
--------------	------------

<b>TOTAL</b>	<b>138</b>
--------------	------------



Fonte: O autor.

Portanto, os dados acima descritos demonstram que maior parte das demandas foram solucionadas administrativamente, perfazendo o total de 76 resoluções extrajudiciais, comprovando-se a efetividade da atuação da Defensoria Pública da União de Feira de Santana - BA, frente ao Direito Regulatório, nas demandas de saúde.

De tal modo, observa-se a importância do papel da Defensoria Pública da União frente ao Direito Regulatório. Isso porque, considerando que grande parcela da sociedade desconhece as regras procedimentais de acesso ao SUS, as atividades da Defensoria Pública da União de Feira de Santana - BA vem colaborando para o encurtamento da distância entre o Estado e a população, propiciando maior eficácia e alcance das políticas públicas de saúde, sem que para tanto seja imprescindível a judicialização, já que a burocracia excessiva acaba por tornar ineficiente a consecução dos direitos sociais, ou seja, nem sempre a judicialização das demandas de saúde é a melhor alternativa para assegurar a satisfação do direito pretendido.

### Considerações finais

Por meio do estudo acerca do papel da Defensoria Pública da União frente ao Direito Regulatório nas demandas de saúde de pacientes domiciliados em Feira de Santana - BA, pode-se concluir que a Defensoria Pública da União possui a incumbência de intervir nas ações e serviços de saúde, postulando em favor dos seus assistidos, para que a obrigação estatal seja cumprida nesse sentido.

Assim, nos casos em que se fizer necessário, seja em decorrência da omissão estatal, ou mesmo, pela carência de informações por parte dos usuários do SUS, pode a Defensoria Pública atuar junto à Administração Pública, ou mesmo junto ao Poder Judiciário, a fim de assegurar que sejam realizadas as diligências cabíveis ao cumprimento da obrigação estatal no que tange

---

à prestação dos serviços de sua incumbência, proporcionando à população a adequação dos mencionados serviços, no intuito de que seja atendido o maior número de contingências, e da forma mais eficiente possível, conforme o art. 37, caput, da Constituição Federal, que determina que a Administração pública obedeça ao Princípio da Eficiência.

Isso porque, conforme preceitua o art. 134, caput, da Constituição Federal, é papel da Defensoria promover a orientação jurídica, bem como os direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita. Ademais, a Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80/94) estabelece no art. 4º, II, que o Defensor Público deve primar pela solução extrajudicial dos conflitos e ainda no inciso III é ressaltada a necessidade de se promover a difusão dos direitos humanos.

Desse modo, a regulação da prestação das ações e serviços do Sistema Único de Saúde é também de responsabilidade da Defensoria Pública da União, que tem o dever constitucional de primar pelo direito à saúde seja pela via administrativa, no que tange à intermediação entre o cidadão e a Administração Pública, ou através da judicialização, na provocação do Poder Judiciário para que este se posicione diante da omissão estatal, sempre no intuito de atender, da melhor maneira, às necessidades que lhes são trazidas.

Os resultados observados no período delimitado confirmam a essencialidade do papel da Defensoria Pública da União frente ao Direito Regulatório nas demandas de saúde de pacientes domiciliados em Feira de Santana - BA, tendo em vista o fato de que demonstram que maior parte dessas demandas foram solucionadas administrativamente.

Assim, considerando-se a relevância social das questões relativas à saúde pública, e ainda, o fato de que o presente estudo não exaure o debate acerca do tema, torna-se imprescindível a continuidade dessa discussão, no intuito de propagar informações extremamente importantes, a fim de que o serviço de saúde oferecido pelos entes estatais seja prestado de forma mais eficiente, diminuindo-se as filas de espera por meio do ajuste das ofertas disponíveis.

### Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Edições Câmara, 2019.

BRASIL. **Lei Orgânica nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 6 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.132, de 26 de dezembro de 1990**. Altera a redação dos arts. 2º, 5º, 6º, 8º, 13 e 28, revoga o art. 14, da Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8132.htm#:~:text=Alterar%20a%20reda%C3%A7%C3%A3o%20dos%20arts,1979%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8132.htm#:~:text=Alterar%20a%20reda%C3%A7%C3%A3o%20dos%20arts,1979%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias). Acesso em: 6 fev. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jan. 1994.

---

BRASIL. **Lei Complementar nº 132, de 07 de outubro de 2009**. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 8 out. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça - RN - **Remessa Necessária**: 63168 RN 2010. 00616 - 8, Relator Desembargador Amaury Moura Sobrinho, 3ª Câmara Cível, julgado em 23/09/2010, DJ 23/09/2010. Disponível em: <https://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16087724/remessa-necessaria-63168-rn-2010006316-8-tjrn/inteiro-teor-16087725>. Acesso em: 1 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ARE 685230 AgR / MS**, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 05/03/2013, DJe de 25/03/2013. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ARE-AgR\(685230%20.NUME.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ARE-AgR(685230%20.NUME.)&base=baseAcordaos). Acesso em: 2 abr. 2019.

CARDOSO, Henrique Ribeiro.; ALVES, D. G. **Direito à Saúde**: Por Uma Prestação Ética do Estado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARDOSO, Henrique Ribeiro.; PATRIOTA, Marta Virgínia Moreira Bezerra. Justiça distributiva e a escassez de recursos para as políticas públicas de saúde no Brasil. In: José Querino Tavares Neto; Henry Trujillo. (Org.). **Acesso à Justiça**. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Paradoxo da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil**: um ponto cego do direito? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: 2003.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [Nova Iorque, 10 dez. 1948]. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2019.

PRODONOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico**. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Revista de Investigações Constitucionais**: Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. Curitiba: Núcleo de Investigações constitucionais da UFPR, 2016.