

IV ANAIIS DO EGRUPE

ENCONTRO INTERINSTITUCIONAL
DE GRUPOS DE PESQUISA

ANDRÉ MACHADO MAYA
- ORGANIZADOR



FMP
Fundação Escola Superior
do Ministério Público

Educar
para melhorar
o mundo.



DIALÉTICA
EDITORA

ANAIS DO IV EGRUPE
ENCONTRO INTERINSTITUCIONAL DE GRUPOS DE
PESQUISA



DIALÉTICA
EDITORA

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

André Luís Vieira Elói

Bruno de Almeida Oliveira

Bruno Camilloto Arantes

Bruno Valverde Chahaira

Cintia Borges Ferreira Leal

Flavia Siqueira Cambraia

Frederico Menezes Breyner

Jean George Farias do Nascimento

José Carlos Trinca Zanetti

José Luiz Quadros de Magalhães

Leonardo Avelar Guimarães

Ligia Barroso Fabri

Luiz Carlos de Souza Auricchio

Marcelo Campos Galuppo

Marcos Vinício Chein Feres

Maria Walkiria de Faro C. G. Cabral

Marilene Gomes Durães

Rafael Alem Mello Ferreira

Rafael Vieira Figueredo Sapucaia

Rayane Araújo

Régis Willyan da Silva Andrade

Renata Furtado de Barros

Robson Araújo

Rogério Nery

Vitor Amaral Medrado

ANAIS DO **IV** **EGRUPE**

ENCONTRO INTERINSTITUCIONAL
DE GRUPOS DE PESQUISA

ANDRÉ MACHADO MAYA
- ORGANIZADOR



FMP
Fundação Escola Superior
do Ministério Público

Educar
para melhorar
o mundo.



DIALÉTICA
EDITORA

Copyright © 2020 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2020 by André Machado Maya (Organizador).

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.

Capa: Andrew Assaf
Diagramação: Sofia Souza
Revisão: Responsabilidade do autor

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A536e Anais do IV EGRUPE : Encontro Interinstitucional de Grupos de
Pesquisa / organização André Machado Maya. – Belo Horizonte :
Editora Dialética, 2020.
E-book: 1 MB. ; EPUB.

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-5877-915-5

1. Pesquisa. 2. EGRUPE. 3. Direito. I. Maya, André Machado. II.
Título.

CDD 340

CDU 340

Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB-1/3150



DIALÉTICA
EDITORA



/editoradialetica



@editoradialetica

www.editoradialetica.com

SUMÁRIO

GT 1: POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO: INTERCONEXÕES CAMBIANTES	11
A (IM)PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE: COMPARAÇÃO ENTRE OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS	11
ABANDONO DIGITAL: POLÍTICAS PÚBLICAS À LUZ DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	19
A DUPLA FACE DA DISCRICIONARIEDADE: LIMITES E POSSIBILIDADES	27
A PROBLEMÁTICA DO ACESSO (NÃO) DEMOCRÁTICO À INTERNET NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO ACESSO À INFORMAÇÃO	35
A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS MIGRANTES CONTRA A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL	41
DA AUTONOMIA DE VONTADE DO CÔNJUGE E DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA	49
DIVÓRCIO IMPOSITIVO: UMA NOVA MODALIDADE POSSÍVEL À LUZ DA AUTONOMIA PRIVADA	57
INELEGIBILIDADES NAS ELEIÇÕES 2020: REFLEXOS DA EC 107/2020	65
MEDIAÇÃO EM AMBIENTE VIRTUAL: PROMOÇÃO DA SOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS DE FAMÍLIA EM TEMPOS DE PANDEMIA (COVID – 19)	73
POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO NO ENSINO FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO REFERENTE AO TRANSTORNO DO DÉFICIT DE ATENÇÃO E HIPERATIVIDADE	81
GT 2: ESTADO, MERCADO E SOCIEDADE: EQUAÇÕES DE EQUILÍBRIOS	89
A SOCIEDADE LÍQUIDA E O COOPERATIVISMO: INDIVIDUALISMO E COOPERAÇÃO	89

INOVAÇÃO E EMPREENDEDORISMO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: O DESAFIO JURÍDICO DO DIMENSIONAMENTO DO RISCO DO INVESTIDOR-ANJO DE <i>STARTUPS</i> .	95
LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: OS IMPACTOS DE UMA LEI AINDA SEM VIGÊNCIA	103
O COOPERATIVISMO DE PLATAFORMA COMO ALTERNATIVA DE GERAÇÃO DE RENDA NA CRISE PANDÊMICA	111
GT 3 : SEGURANÇA PÚBLICA E POLÍTICA CRIMINAL: A EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO PENAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	117
A IMPLANTAÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE COMO MEDIDA DE AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA	117
DEVERES DE PRESTAÇÃO NORMATIVA E A PROTEÇÃO ESTATAL PELA VIA PROCESSUAL PENAL: REFLEXÕES INICIAIS A PARTIR DO CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA	125
O FETICHE DA MERCADORIA E A LETALIDADE NO CÁRCERE: A LÓGICA DO DESCARTÁVEL ENTRE O SER-HUMANO E O CAPITAL	133
OS CONCEITOS DE EFICÁCIA E EFICIÊNCIA PROCESSUAL NA UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA ANTE A DEMANDA POR CELERIDADE DA SOCIEDADE.	139
TERRORISMO CONTEMPORÂNEO E DOGMÁTICA-JURÍDICO PENAL: AS PRINCIPAIS REAÇÕES LEGISLATIVAS E DOGMÁTICAS DA ORDEM JURÍDICA ALEMÃ	143
UM DIREITO GERAL DE LIBERDADE? REFLEXÕES SOBRE A NORMA FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 A PARTIR DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY.	151
GT 4 : DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA E NOVOS DIREITOS	189
A ASCENSÃO DA EXTREMA DIREITA A NÍVEL GLOBAL E AS FAKE NEWS COMO ESTRATÉGIA DE DOMINAÇÃO DAS MASSAS	159
A ATUAÇÃO PARADIGMÁTICA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO RESGATE DA DIGNIDADE DOS TRABALHADORES	167

A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NA SOCIEDADE EM REDE: CONFLITOS ENTRE O DEVER DE PROTEÇÃO DOS PAIS EM VIRTUDE DA AUTORIDADE PARENTAL E A PRIVACIDADE DOS FILHOS	173
A GLOBALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA SOB O PRISMA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	179
A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRA E O REGIME GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA: MECANISMOS DE PROTEÇÃO DE CRIANÇAS A ADOLESCENTES SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL.	185
A MUDANÇA DE DOMICÍLIO DOS FILHOS SEM O CONSENTIMENTO DO OUTRO PROGENITOR COMO ATO DE ALIENAÇÃO PARENTAL	193
A UTILIZAÇÃO DO PROVIMENTO 100 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA COMO MEDIDA ALTERNATIVA À REALIZAÇÃO DE TESTAMENTO EM ÉPOCA DE PANDEMIA	201
DEMOCRACIA, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PROCESSOS POLÍTICOS NA ERA DIGITAL	209
DIVÓRCIO: UM ESTUDO CONFORME O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	215
INDENIZAÇÃO POR UTILIZAÇÃO EXCLUSIVA DE BEM COMUM PENDENTE DE PARTILHA	223
O AFLORAR DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA CONVIVÊNCIA FAMILIAR ANTE A PANDEMIA DE COVID-19	229
O <i>AMICUS CURIAE</i> COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO DE FORTALECIMENTO DO DEBATE JURISDICIONAL	237
O CABIMENTO DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE NA PRESTAÇÃO ALIMENTAR ENTRE PAIS E FILHOS: UMA ANÁLISE DOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	245
O “NOVO” MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO: É POSSÍVEL CONCILIAR O DIREITO HUMANO À ÁGUA E SANEAMENTO COM O PRIVADO?	253
O PRINCÍPIO (?) DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES	261

O SISTEMA DE VOTAÇÃO <i>ON-LINE</i> EM UMA DEMOCRACIA DIGITAL O MODELO DA ESTÓNIA E O EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO ÀS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO	269
RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASOS DE DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO	275

APRESENTAÇÃO

O diálogo acadêmico entre diferentes instituições de ensino superior, notadamente no âmbito dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, é uma prática imprescindível para o desenvolvimento da pesquisa em nível superior. Não obstante ainda tímida, em linhas gerais, essa prática tem sido fomentada e concretizada pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP-RS), em parceria com os PPGDs da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), por intermédio de um projeto denominado *Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa*.

Trata-se de um projeto acadêmico cujo objetivo é fomentar o diálogo e a produção acadêmica conjunta entre os diferentes grupos de pesquisa vinculados aos projetos de pesquisa das três Instituições. Nessa perspectiva, o Encontro é organizado no formato de grupos de trabalho, divididos a partir de quatro eixos temáticos, todos representativos das áreas de concentração dos PPGDs participantes: (GT01) políticas públicas em direitos fundamentais e jurisdição: interconexões cambiantes; (GT02) Estado, mercado e sociedade: equações de equilíbrios; (GT03) segurança pública e política criminal: a expansão da intervenção penal na sociedade contemporânea; e (GT4) Direitos humanos, cidadania e novos direitos. Na quarta edição, realizada neste ano de 2020, o Encontro foi realizado virtualmente e contou com a apresentação de oitenta e oito trabalhos. Os números, superiores em mais de 50% na comparação com a edição anterior, confirmam a adesão dos alunos e professores, e o êxito da metodologia de trabalho, apta a fomentar o relacionamento acadêmico entre os Programas de Pós-Graduação cujas linhas temáticas são fins, e assim também o diálogo interno entre docentes e discentes dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da FMP, UNISC e UNESC.

A presente compilação, publicada no formato de anais, reúne trinta e sete resumos expandidos apresentados por discentes e/ou docentes dos três Programas de Pós-Graduação, selecionados a partir de critérios objetivos de conteúdo, forma e apresentação oral nos grupos de trabalho. Os trabalhos representam as pesquisas realizadas no âmbito das disciplinas dos PPGDs e dos seus grupos de pesquisa. A estruturação dos

anais que ora se apresenta ao público segue a mesma estrutura do Encontro de Grupos de Pesquisa, com as divisões temáticas identificadas pelos respectivos grupos de trabalho. A conexão entre os temas de pesquisa evidencia a identidade acadêmica entre os PPGDs parceiros e, assim, o mérito acadêmico do projeto e da parceria.

Boa leitura a todos!

Primavera de 2020,

Prof. Dr. André Machado Maya (FMP/RS)

GT 1 Políticas Públicas em Direitos Fundamentais e Jurisdição: interconexões cambiantes

**A (IM)PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE
PATERNIDADE: COMPARAÇÃO ENTRE OS ORDENAMENTOS
JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS¹**

***THE (UN)PRESCRIPTIBILITY OF THE PATERNITY INVESTIGATION
ACTION: A COMPARISON BETWEEN BRAZILIAN AND PORTUGUESE
LEGAL ORDERS***

Luíza Sartori Parise²

1 INTRODUÇÃO

O estado de filiação estabelece-se de formas distintas nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, porém dentre as possibilidades de estabelecimento da filiação, há o reconhecimento judicial através das ações de investigação de paternidade e de maternidade. A ação de investigação de parentalidade, que se trata de uma ação judicial existente nos dois ordenamentos jurídicos, traz discussões pertinentes em relação a constitucionalidade ou não de sua prescrição e as questões sucessórias

1 Artigo desenvolvido para o IV Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa – EGRUPE, Grupo de trabalho 01- Políticas Públicas em Direitos Fundamentais e Jurisdição: interconexões cambiantes, sob orientação do prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, no âmbito do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

2 Bacharelanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: lusparise@gmail.com.

quanto a este reconhecimento judicial em Portugal, bem como da legitimidade para interpor esta ação e a relativização da coisa julgada as ações filiatórias com provas tecnicamente insuficientes.

Diante da comparação da doutrina e da jurisprudência dos dois ordenamentos jurídicos, portanto, verificar-se-á o cabimento ou não da prescrição da propositura desta ação judicial em Portugal, bem como a legitimidade ou não dos netos ajuizarem a ação.

2 PROBLEMA

Frente a impossibilidade da não-discriminação entre filhos, disposto no art. 36, n. 4, da Constituição da República Portuguesa, e da igualdade absoluta entre todos filhos, visto o art. 227, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, há de se falar em prescrição em ação de investigação de paternidade da filiação, seja de 10 anos após completar a maioridade ou ser emancipado, como ocorre em Portugal, seja da ilegitimidade dos netos para a investigação da ancestralidade genética, conforme julgados no Brasil?

3 HIPÓTESE

Considerando que o § 6º do art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e o art. 36, n. 4, da Constituição da República Portuguesa (CRP) dispõem que os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, proibindo-se quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, não parece adequado haver prescrição para o reconhecimento da filiação em ação de investigação de paternidade, por ser contrário aos direitos pessoais. Além disso, restringir a legitimidade para a investigação da ancestralidade genética aos filhos, nega aos netos o direito à identidade familiar, os vínculos de parentesco e o direito ao conhecimento da carga genética.

4 METODOLOGIA

Os métodos adotados foram o dedutivo e o comparativo, através de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio de revisão da doutrina, legislação e jurisprudência pertinentes ao objeto da pesquisa.

5 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A fixação de prazo de prescrição na ações de investigação de paternidade e maternidade – ou de parentalidade, como lecionam doutrinadores no Brasil – já foi muito debatida no ordenamento jurídico brasileiro, em que se tem consolidada a imprescritibilidade das ações, e no ordenamento jurídico português, em que as ações só podem ser propostas durante a menoridade do investigante ou nos dez anos posteriores à sua maioridade ou emancipação. Isto, pois, naquele, já predominou o entendimento de que a ação prescreveria em 20 anos, por aplicação do art. 177 do Código Civil de 1916, e, posteriormente, em 10 anos, em razão do art. 205 do Código Civil de 2002, uma vez que a lei não estabelecia lapso temporal menor (RIZZARDO, 2019, p. 401); e, neste, predomina que “(...) o direito da pessoa investigar e fixar a sua identidade pessoal tem como limite a idade de vinte e oito anos (nos termos do art. 130 do Código Civil, a maioridade adquire-se aos dezoito anos, tendo, ainda, a pessoa mais dez anos para propor a acção de reconhecimento(...)).” (PEREIRA, 2016, p. 420).

A respeito do ordenamento jurídico português, apesar do n. 1 do art. 1817 e do art. 1873 do Código Civil estabelecerem a prescrição da propositura das ações de investigação de maternidade e de paternidade, não é consistente a constitucionalidade dessas normas que impõem prazos de caducidade (PINHEIRO, 2019, p. 125). Isso porque as ações visam, ao constituir o vínculo de parentesco entre o pai ou a mãe e o filho, concretizar o direito fundamental de conhecer sua identidade pessoal e sua identidade genética (PEREIRA, 2016, p. 417).

Há de se salientar que o prazo de prescrição para a propositura das ações de investigação de maternidade e paternidade não era de 10 anos, e sim de 2 anos a contar da maioridade ou da emancipação, o que foi declarado inconstitucional pelo acórdão n. 23/2006, de 10 de janeiro, do Tribunal Constitucional, com força obrigatória geral, em razão deste restringir, em termos excessivos, os direitos fundamentais à identidade pessoal do filho e a constituir família, que incluem o direito ao conhecimento da maternidade e da paternidade (PINHEIRO, 2019, p. 125-127).

Apesar de se declarar inconstitucional o prazo de prescrição de 2 anos, nada foi referido quanto a inconstitucionalidade de qualquer limite temporal ao reconhecimento judicial tendente ao estabelecimento de filiação (PEREIRA, 2016, p. 432), motivo pelo qual em decisão posterior, o Tribunal Constitucional no acórdão n. 401/2011, de 22 de setembro, enten-

deu que a segurança jurídica não poderia ser posta em causa, em razão do desinteresse do filho. Não caberia, portanto, o regime de imprescritibilidade na apuração da filiação, e sim o prazo de 10 anos, após a maioridade ou emancipação do filho, a fim de que estas ações de investigação de maternidade e de paternidade não tivessem o objetivo de “caça às heranças” – obtenção de benefícios patrimoniais (PEREIRA, 2016, p. 433).

Majoritariamente, porém, a doutrina posiciona-se contrária a prescrição do direito de propor a ação judicial de reconhecimento de filiação, pois, conforme Pinheiro (2019, p. 128-130), os prazos de caducidade configuram uma restrição desproporcionada do direito à identidade pessoal ou à historicidade pessoal, previsto no art. 26, n.1, CRP, bem como uma solução legislativa que afeta o direito de constituir família, previsto no art. 36, n.1, CRP, que engloba o direito ao conhecimento e reconhecimento da paternidade e maternidade. No mesmo sentido, Oliveira (2004, p. 51-55 apud PEREIRA, 2016, p. 433-434) discorre:

O interesse na manutenção da certeza jurídico-familiar do pai não deve pesar mais do que o direito do filho em conhecer as suas raízes biológicas, a sua historicidade pessoal. Aliás, o pai tem sempre o dever de assumir as responsabilidades, porque mais ninguém o poderá fazer no lugar deles.

Além disso, conforme Pereira (2016, p. 438) os interesses públicos invocados para restringir este direito não é legítimo – evitar a “caça às heranças” e os interesses patrimoniais –, uma vez que eles estão subordinados ao direito pessoal, apesar de não haver hierarquia entre direitos fundamentais. Não diferente disso, Pinheiro (2019, p. 128-130 e 132-135) refere que argumentos de índole predominantemente patrimonial não superam o interesse do filho no estabelecimento da respectiva filiação, de modo que, a fim de providenciar a satisfação do interesse da identidade pessoal e prevenir a produção de efeitos patrimoniais, caberia a imprescritibilidade ao direito de investigar e prazo prescricional de 10 anos aos efeitos sucessórios, em razão do art. 1817, n.1, do Código Civil, já que a cisão entre efeitos pessoais e patrimoniais do vínculo de filiação não seria incompatível com o princípio da indivisibilidade ou unidade do estado familiar, e não confrontaria os art. 26, n. 1 e 36, n. 1, CRP.

Ademais, tendo em vista que o art. 1854 do Código Civil possibilita ao pretense pai perfilar a todo tempo o seu filho, o reconhecimento do estado de filiação não deixa de ser um direito imprescritível. Ocorre que, ao considerar a ação judicial de reconhecimento de filiação sujeita

ao prazo legal, permitindo-se tão somente ao pai a opção de reconhecer ou não seu filho a qualquer momento, viola-se o princípio da igualdade (art. 13 da CRP), ao se discriminar filhos dentro e fora do casamento, perfilhados ou não (art. 36, n.4, CRP), conforme Pereira (2016, p. 438).

A controvérsia não se restringe à doutrina portuguesa, uma vez que o Supremo Tribunal de Justiça tem proferido decisões que contrariam a declaração de constitucionalidade da prescrição da ação em 10 anos, como evidencia-se no acórdão do processo n. 155/12, de 14 de janeiro de 2014, ao referir que o prazo de 10 anos não tem cabimento constitucional, pois restringe um direito individual de forma injustificada, inclusive porquê trata-se de um prazo inferior ao prazo ordinário de prescrição que é de 20 anos, conforme o art. 309 do Código Civil (PEREIRA, 2016, p. 436-437).

O ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, em razão do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (E.C.A.): “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.” e da súmula n. 149 do STF: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”, evidenciam a prevalência da imprescritibilidade da ação de investigação de parentalidade. Conforme Rosa (2018, p. 329), porém, discute-se a legitimidade para a propositura da ação ordinária de investigação de paternidade ou maternidade, pois, em princípio, é do filho, enquanto viver, e passando aos herdeiros, se ele for incapaz ou falecer – neste caso, poderão os herdeiros dar continuidade a ação iniciada pelo filho, salvo se a ação for julgada extinta.

A respeito da legitimidade, salienta-se que ao excluir os netos da pesquisa genética do seu avô, nega-se o direito à identidade familiar, os vínculos de parentesco e o direito ao conhecimento da carga genética, os quais são direitos personalíssimos e inerentes ao sujeito (MADALENO, 2008, p. 379). No mesmo sentido, ver-se-á o REsp 807.849/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

(...) os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana.

Não diferente do precedente da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, há doutrinadores que se posicionam no sentido de que o próprio

neto tem legitimidade para a investigação da ancestralidade genética, em razão de estar ancorado no seu direito à personalidade, independentemente dos seus pais estarem vivos (ROSA, 2018, p. 330). Complementar a isso, estabelece o enunciado 521, da V Jornada de Direito Civil: “Qualquer descendente possui legitimidade, por direito próprio, para propor o reconhecimento do vínculo de parentesco em face dos avós ou de qualquer ascendente de grau superior, ainda que o pai não tenha iniciado a ação de prova da filiação em vida.”

Contrário ao precedente, porém, o Superior Tribunal de Justiça, visto o REsp 876.434/RS, tem interpretado restritivamente a legitimidade para ajuizamento da ação de investigação de paternidade, pois o art. 1606, do CC dispõe: “A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo”. Diante da interpretação restritiva, leciona Madaleno (2008, p. 378):

(...) somente o filho pode investigar a sua ascendência paterna e se for menor, e enquanto menor, será representado por sua mãe, podendo ser a demanda proposta pelo Ministério Público, em legitimação extraordinária de verificação oficiosa da paternidade (Lei n. 8.560/92).

Ademais, considerando a imprescritibilidade das ações de investigação de paternidade e a possibilidade de se produzir a prova de filiação pelo exame de DNA, em razão do Recurso Extraordinário 363.889 do STF, há relativização da coisa julgada nas sentenças de improcedência com provas tecnicamente insuficientes do reconhecimento de filiação, pois perpetuaram injustiças e iniquidades. Logo, algumas ações filiatórias admitem nova demanda, pois na ponderação entre segurança jurídica e direito de filiação, este último deve ser preservado, pois como refere Rosa (2018, p. 335-336): “Relativizar a coisa julgada (...) é deixar de lado a inflexibilidade procedimental em nome do direito de identidade que cada cidadão brasileiro tem direito.”

Por fim, há de salientar que, ao contrário da ação de investigação de paternidade que é imprescritível, a petição de herança prescreve em 10 anos, conforme a súmula n. 149 do STF. Leciona Porto (p. 10 apud RIZZARDO, 2019, p. 402) que a prescrição da petição de herança inicia-se no momento em que foi reconhecida a paternidade, e não da abertura de sucessão, já que não se pode iniciar a prescrição sobre um direito ainda

não formado judicialmente. Inclusive mesmo após o falecimento do pai, o filho pode ser reconhecido como tal e terá direitos sucessórios decorrentes desta filiação, pois como refere Rosa (2018, p. 356):

De acordo com o art. 1798 do Código Civil, na sucessão legítima estão habilitados a suceder todas as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da morte do titular da herança. Assim, presente o vínculo, não há como deixar de reconhecer os efeitos sucessórios dessa relação, ainda que o filho venha a pleiteá-lo no momento post mortem.

Diante disso, apesar de similar redação do art. 1798 do Código Civil brasileiro e do art. 2033 do Código Civil, notório referir que o primeiro habilita a suceder, inclusive o filho não reconhecido, porém nascido ou já concebido no momento da abertura da sucessão, em razão da imprescritibilidade do direito indisponível ao reconhecimento da filiação; já o segundo, impõe prazo de prescrição à ação de investigação de paternidade, a fim de que não se reconheça o filho, mesmo que nascido ou concebido ao tempo da abertura da sucessão, para que não haja “caça às heranças”. Verifica-se, portanto, que este contraria a vedação constitucional de não discriminação entre os filhos, previsto no art. 36, n. 4, da CRP; e, aquele é congruente à igualdade absoluta entre os filhos, como dispõe o art. 227, § 6º, da CRFB/88.

6 CONCLUSÃO

Diante do presente estudo, conclui-se que, enquanto as ações de investigação de paternidade e maternidade não possuem prazo de prescrição no Brasil, há prazo de prescrição de 10 anos, após a maioridade ou emancipação, em Portugal, o que para os doutrinadores portugueses, há potencial inconstitucionalidade a imposição deste prazo.

Ademais, apesar de não se distinguir direitos fundamentais, evidencia-se que os direitos patrimoniais são subordinados aos pessoais, razão pela qual ao confrontar aqueles com os art. 26, n. 1 e 36, n.1, CRP, há evidente violação à Constituição. Logo, assim como no ordenamento jurídico brasileiro, não há de se falar em prazo de prescrição na propositura das ações de investigação de maternidade ou paternidade no ordenamento jurídico português.

Enquanto no Brasil, não há restrição aos direitos sucessórios mesmo sendo filho reconhecido *post mortem*; em Portugal, a fim de que haja a satis-

fação do interesse da identidade pessoal – ser reconhecida a filiação judicialmente a qualquer tempo – e prevenir a produção de efeitos sucessórios, o mais adequado seria manter a prescrição do art. 1817 e do art. 1873, do Código Civil, tão somente aos efeitos sucessórios, apesar de que os art. 1798 e 2033, n. 1, dos respectivos Códigos Civis brasileiro e português, equiparam-se.

A legitimidade, nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, restringe-se ao filho. No primeiro, em razão do curto prazo para ajuizar a ação; e, no segundo, pela restritiva interpretação do STJ ao art. 1606 do Código Civil, o que não parece adequado, já que o neto também tem direitos personalíssimos e inerentes, em razão do direito ao nome, à identidade e à origem genética.

Por fim, a partir desta pesquisa, acreditamos que, uma vez que se trata de um direito personalíssimo, seja no ordenamento jurídico português, seja no brasileiro, não há de haver prazo prescricional para proposição da ação de investigação de parentalidade, bem como devem os netos ter legitimidade para ajuizar esta ação que lhes garante o direito ao nome, à identidade e à origem genética. Ademais, não há razões para restringir a este filho, os direitos sucessórios decorrentes desta mãe ou deste pai ausente, uma vez que na abertura da sucessão, estes eram pessoas nascidas ou já concebidas, apesar de não reconhecidas *post mortem* ainda.

REFERÊNCIAS

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Direito da Família*. Nova Causa Edições Jurídicas, 2016.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. 6 ed. Lisboa: AAFDL, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983062/cfi/6/10/4/10/2@0:81.5>. Acesso em: 02 ago. 2020. p. 401.

ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

ABANDONO DIGITAL: POLÍTICAS PÚBLICAS À LUZ DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE³

DIGITAL ABANDONMENT: PUBLIC POLICIES IN THE PERSPECTIVE OF CHILDREN AND ADOLESCENTS INTEGRAL PROTECTION DOCTRINE

Júlia Bittencourt Gonçalves⁴

Natália Trindade Emmel⁵

1 INTRODUÇÃO

Diante do abandono digital infantil por parte dos genitores, que coloca crianças e adolescentes em situação de maior vulnerabilidade, o presente trabalho visa a expor como a problemática se configura em nova dificuldade para a efetivação dos direitos fundamentais da Criança e do Adolescente, assegurados pela Lei n. 8.069/1990 e pela Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, buscar-se-á analisar as políticas públicas como forma preventiva de lidar com o problema em tela, frente à doutrina da proteção integral.

2 PROBLEMA

Tendo em vista a atual dificuldade enfrentada na salvaguarda dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, ensejada

3 Artigo desenvolvido para o IV Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa – EGRUPE, Grupo de trabalho 01- Políticas Públicas em Direitos Fundamentais e Jurisdição: interconexões cambiantes sob orientação do prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, no âmbito do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

4 Bacharelanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: juliabitten@hotmail.com.

5 Bacharelanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: nati_emmel@hotmail.com.

pelo uso das tecnologias, como deverá se dar a atuação do Estado frente ao abandono digital?

3 HIPÓTESE

A doutrina da proteção integral assegura às crianças e adolescentes a observância de seus direitos fundamentais com prioridade absoluta, sendo obrigação de todos proteger e prevenir situações de risco, incumbindo ao poder público a implementação de políticas públicas a fim de se evitar a problemática do abandono digital.

4 METODOLOGIA

Averiguou-se a problemática através do método dedutivo, bem como por meio de pesquisa bibliográfica, à doutrina, legislação e jurisprudência pertinentes ao objeto da pesquisa.

5 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Nos termos do que enuncia o artigo 227, caput, da Constituição Federal de 1988, configura-se como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar com absoluta prioridade às crianças e adolescentes uma série de direitos e, ainda, colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988). Igualmente, importa assentar que da paternidade decorre o surgimento de deveres que cabem aos pais, dentre eles, o de ter o filho em sua companhia e educá-lo, que se chama dever de convivência, encontrando previsão constitucional no artigo 229 como a obrigação dos pais de “assistir, criar e educar os filhos menores” (ROSA, 2020, p. 482). Nessa esteira, conforme cediço na Carta Magna de 1988, são garantidos os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, determinando à família, à sociedade e ao Estado o dever legal concorrente de assegurá-los (AMIN, 2019, p. 61).

A proteção conferida pelo constituinte é regulamentada pela Lei n. 8.069/1990, a qual dispõe no artigo 3º que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, resguardada a sua proteção integral, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de

liberdade e de dignidade. Em complemento, o artigo 4º do mesmo diploma legal prevê o dever concorrente da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público de assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes (BRASIL, 1990).

A doutrina da proteção integral é formada por um conjunto de enunciados lógicos, exprimindo um valor ético maior, organizada por meio de normas independentes que reconhecem a criança e o adolescente como sujeitos de direito. Encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, em uma perfeita integração ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (AMIN, 2019, p. 60). Ocorre que atualmente a tecnologia digital permeia cada vez mais nossas relações sociais, fato que alcança os infantes (COUTO, 2013). O inevitável avanço tecnológico tem gerado discussões no que tange à vulnerabilidade do usuário, que muitas vezes não tem conhecimento acerca das informações indispensáveis ao uso seguro da plataforma, preocupação que é ainda maior em relação às crianças e adolescentes (LEAL, 2017, p. 178).

De acordo com Peck (2016, p. 76), a sociedade digital está evoluindo rapidamente e o Direito deve acompanhar tal mudança, aprimorando e renovando seus institutos e criando novos que sejam capazes de garantir a segurança jurídica, sob pena de ficar obsoleto. Nessa toada, a negativa de aplicação do Direito sancionador no que diz respeito ao ciber mundo, na esfera de proteção dos interesses das crianças e adolescentes, acaba por violar a doutrina da proteção integral, uma vez que se trata de princípio protetivo que deve ser adaptado a fim de acompanhar as exigências e novos desafios da sociedade (GONÇALVES, 2016, p. 111).

Assim, há de se ressaltar, nos termos da doutrina da proteção integral da criança, que estando a mesma em “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”, é ainda mais relevante a responsabilidade dos pais no que tange aos deveres de cuidado enquanto obrigação jurídica extraída do regular exercício do poder familiar (ALVES, 2016). Outrossim, tais responsabilidades - no que tange o zelo pela integridade psicológica, ética e moral de seus filhos -, devem ser compreendidas também no mundo virtual (GONÇALVES, 2016, p. 137).

Do poder familiar, influi o dever de guarda, que conforme Carvalho (2015, p. 503) vale-se à garantia dos interesses e da proteção da criança e adolescente, obrigando seu detentor a prestar assistência material, moral e educacional, conferindo ao filho a condição de dependente do guardião para todos os fins, possibilitando, neste influxo, a ampla proteção.

Diante do cenário de rápido avanço da internet e de seu fácil acesso, por conseguinte, torna-se primordial e indispensável o zelo no ambiente familiar, uma vez que é dever dos pais e responsáveis a vigilância dos seus filhos, tanto na vida real quanto no ambiente virtual (RA-DAELLI; BATISTELA, 2019, p. 2). Alves (2016) aduz que as crianças e os adolescentes, submetidos aos aparatos da virtualidade, dos seus instrumentos e redes, tornam-se mais vulneráveis, o que os torna vítimas, em um segundo momento, do abandono digital praticado pelos pais, que não fiscalizam nem supervisionam como transcorre a vida virtual dos filhos.

O abandono virtual retrata a violação do dever inerente ao poder familiar quanto aos cuidados objetivos de proteção, bem como adentra o rol de obrigações concernente ao acesso à educação, de modo que essa nova forma de violência e dano às crianças e adolescentes impõe o pensamento de formas mais eficazes de seu combate e uma nova configuração do dever de vigilância dos pais e responsáveis legais (GONÇALVES, 2016, p. 135).

A expressão abandono virtual foi cunhada à priori por Patrícia Peck Pinheiro e caracteriza-se como negligência dos pais oriunda de sua omissão, que, conforme Alves (2016), ocorre quando os genitores acabam por descuidar “da segurança dos filhos no ambiente cibernético proporcionado pela internet e por redes sociais, não evitando os efeitos nocivos delas diante de inúmeras situações de risco e de vulnerabilidade”. Vislumbra-se que, para muitos genitores, o fato de o filho estar dentro de casa origina a falsa ideia de que este se encontra em um ambiente seguro. Contudo, conforme Pinheiro (2014), a internet pode ser entendida como a rua da sociedade atual, uma vez que os riscos e perigos digitais se assemelham aos do mundo real, o que acarreta na responsabilidade dos genitores de vigiarem os filhos durante o uso das tecnologias.

Não obstante a tecnologia traga inúmeros benefícios, algumas consequências desse “novo mundo” podem ser nocivas aos indivíduos, cujos danos tendem a não ser devidamente compreendidos pela sociedade em que vivemos (GONÇALVES, 2016, p. 133). Desse modo, quanto maior a interatividade da internet e o acesso às novas tecnologias por parte dos infantes, refulge a necessidade de educação e orientação atinente à temática. Os riscos desta negligência se evidenciam das mais diversas formas. Podemos citar como exemplos mais comuns o *cyberbullying*, a violência sexual - da qual decorrem o *sexting* e o *grooming*-, os perfis *fakes*, os brinquedos conectados, os desafios, a exposição dos filhos em redes sociais e o próprio vício em estar conectado.

No contexto jurídico dos fundamentos constitucionais e estatutários, com relação à garantia dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, torna-se imprescindível a compreensão de como a internet pode aumentar a vulnerabilidade destes que estão em fase de desenvolvimento, devendo-se buscar formas de neutralizar os perigos da rede (LEAL, 2017, p. 182). Contudo, o Direito brasileiro positivado ainda não se mostra devidamente preparado para apresentar resposta adequada à violação de direitos na esfera de responsabilização dos agentes e demais responsáveis, decorrentes do abandono virtual (GONÇALVES, 2016, p. 139).

Situações de perigo no ambiente digital precisam ser sempre detectadas com vistas a garantir a tutela integral de proteção dos filhos, de modo que se impõe o dever de controle das suas interatividades virtuais, sob pena de aperfeiçoar-se a negligência parental com a devida responsabilização civil (ALVES, 2016). Inobstante a ausência de previsão legal específica sobre a temática⁶, o artigo 29 do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), ocupa-se em reconhecer as necessidades dos infantes e o respeito aos princípios estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), sob a previsão de que o usuário terá a livre escolha na utilização de programa de computador para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos.

Conforme vislumbramos alhures acerca da problemática do abandono digital infantil, tem-se que a previsão contida no artigo 98, II do Estatuto da Criança e do Adolescente enquanto hipótese de negligência por parte dos genitores também pode ser estendida ao descaso no monitoramento quanto ao uso de dispositivos eletrônicos pelos filhos, uma vez que, conforme observado, isso pode gerar diversas implicações prejudiciais àqueles aos quais a nossa legislação reserva proteção integral. Ademais, de acordo com Gonçalves (2016, p. 137), a responsabilização dos genitores pode e deve passar por punições, e, inclusive, pela imposição da frequência obrigatória a seminários e a cursos para conscientização acerca do abandono virtual e suas consequências, medida que possui respaldo legal no inciso II do artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990). Por sua vez, o parágrafo único do art. 29 do Marco Civil dirige-se à atuação dos pais e responsáveis em conjunto com os provedores de internet, a sociedade civil e o poder público, de promover a educação e fornecer informações quanto ao uso de programas de

6 Cabe mencionar o PL 1563/2019, que obriga a inclusão da Educação Digital no currículo escolar dos ensinos Fundamental e Médio.

computador, inclusive para a definição de boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes (LEAL, 2017, p. 183).

O poder público possui dupla função no que tange à garantia dos direitos de crianças e adolescentes, sendo a primeira, promover materialmente determinada necessidade ou interesse, função que se exerce, em geral, pela política pública, notadamente nas áreas da educação e da saúde e a segunda, de exercer, por órgãos especialmente designados, os instrumentos de garantia (KONZEN, 2012, p. 94). Nesse cenário, mostra-se de suma importância que a implementação da educação digital seja pauta nos atuais núcleos familiares, uma vez que deve haver uma supervisão parental, segura e contínua no que tange aos limites e aos danos que este universo pode causar (RADAELLI; BATISTELA, 2019, p. 8).

Nessa esteira, em atenção à doutrina da proteção integral, que impõe o dever do poder público de assegurar a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes, mostra-se de suma importância que se atue preventivamente. À luz do que se encontra previsto no artigo 129, I e IV da Lei n. 8.069/1990, é possível a imposição aos pais ou aos responsáveis de “encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família e o encaminhamento a cursos ou programas de orientação” (BRASIL, 1990). Portanto, diante dos riscos que permeiam o abandono digital, incumbe ao Estado, por meio de políticas públicas, a elaboração de programas de informação e aconselhamento, que pode se dar, exemplificativamente, através do oferecimento de palestras ou oficinas de educação digital, que demonstrem a necessidade de cuidado e vigilância por parte dos genitores durante o uso das tecnologias pelos filhos, bem como dos meios para tanto.

6 CONCLUSÃO

A legislação brasileira assegura com absoluta prioridade, uma série de direitos e garantias às crianças e aos adolescentes, com vistas a salvaguardar a proteção integral destes. Contudo, tendo em vista o grande avanço da tecnologia, e por consequência dos riscos aos quais os infantes encontram-se expostos, faz-se necessário que os genitores estejam vigilantes quanto ao modo que seus filhos utilizam as ferramentas disponíveis no ambiente virtual, oferecendo-lhes suporte necessário para que façam bom uso destas. Com o advento da doutrina da proteção integral, impreterível se faz a prevenção ao abandono digital, com vistas a coibir a negligência prevista no artigo 98, II, da Lei n. 8.069/1990. Imperiosa,

nesse diapasão, a aplicação de medidas preventivas, devendo a atuação estatal se dar na forma preconizada nos artigos 101, II, e 129, I e IV do Estatuto da Criança do Adolescente, uma vez que, em nosso sentir, assim poderão ser atendidos frente ao abandono digital os direitos daqueles aos quais a nossa legislação reserva proteção integral.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Plataforma Minha Biblioteca.

COUTO, Edvaldo Souza. **A infância e o brincar na cultura digital**. PERSPECTIVA, Florianópolis, v. 31, n. 3, 897-916, set./dez. 2013.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Abandono Digital**. Plataforma Huff Post. Publicado em 29 maio 2014. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/patricia-peck-pinho/abandono-digital_b_5408043.html. Acesso em: 06 ago. 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Plataforma Minha Biblioteca.

LEAL, Livia Teixeira. Internet of toys: os brinquedos conectados à internet e o direito da criança e do adolescente. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBD-Civil**, Belo Horizonte, vol. 12, p. 175-187, abr./jun. 2017

RADAELLI, Bruna Rosado; BATISTELA, Caroline Gassen. O abandono digital e a exploração sexual infantil. **Anais do 5º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede** (2019). Disponível em: <https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria/ppgd/wp-content/uploads/sites/563/2019/09/11.9.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2020.

ALVES, Jones Figueirêdo. **Abandono digital: negligência dos pais no mundo virtual expõe criança a efeitos nocivos da rede**. Plataforma Jus Brasil. Publicado em 2017. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/418887019/abandono-digital-negligencia-dos-pais-no-mundo-virtual-expoe-crianca-a-e-feitos-nocivos-da-rede>. Acesso em: 06 ago. 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

GONÇALVES, Samuel Alvarenga. **Tese do abandono virtual e a responsabilização de pais por danos aos filhos, vítimas no ciber mundo**. v. 15, n. 26, jan.-jun. 2016, p. 111-146. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1298/abandono%20virtual.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 ago. 2020.

KONZEN, Afonso Armando. Fundamentos do Sistema de Proteção da Criança e Adolescente. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 71, jan. 2012 – abr. 2012.

BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 07 ago. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 07 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.965/2014, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 07 ago. 2020.

BRASIL, **PL 1563/2019, de 19 março de 2019**. Obriga a inclusão da Educação Digital no currículo escolar dos ensinos fundamental e médio. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2194437>. Acesso em: 08 ago. 2020.

A DUPLA FACE DA DISCRICIONARIEDADE: LIMITES E POSSIBILIDADES

DISCRETION'S DOUBLE-FACE: BOUNDARIES AND POSSIBILITIES

*Lucas Moreschi Paulo*⁷

*Nathália Soares Corrêa*⁸

1 INTRODUÇÃO

Por meio da revisão bibliográfica e utilizando-se do método dedutivo, o presente ensaio busca examinar a discricionariedade judicial enquanto fenômeno que, através da teoria do direito, teve papel central nas preocupações sobre a operacionalidade e a racionalidade dos discursos jurídicos dos magistrados. De igual monta, deve-se questionar quais são os arreios teóricos que podem ser estipulados para que possa haver maior controle decisional frente à discricionariedade judicial, isto é, como balizar as decisões com critérios de racionalidade. Assim, objetiva-se estabelecer, em linhas gerais, e sem

7 Advogado. Bacharel e Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Bolsista do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, e pesquisador dos Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Reflexões acerca do problema do critério normativo e sua determinação vinculante: entre a casuística e o padrão decisório (justiça x igualdade), coordenado pelo Prof. Dr. Maurício Martins Reis, e do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito: da academia à prática, coordenado pelo Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, todos do PPGD da FMP e vinculados no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4330914363996350>. E-mail: lucasmoreschipaulo@gmail.com.

8 Advogada. Mestranda na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pelotas (UCPel). Pesquisadora dos Grupo de Estudos “Teoria do Direito: da academia à prática”, sob a coordenação do Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, e do Grupo de Estudos “Reflexões acerca do problema do critério normativo e sua determinação vinculante: entre a casuística e o padrão decisório (justiça x igualdade)”, sob a coordenação do Prof. Dr. Maurício Martins Reis, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP e vinculados no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1335513585168138>. E-mail: soarescorrean@gmail.com.

a pretensão de esgotar tema tão caro e central à teoria do direito como um todo, no que consiste o fenômeno da discricionariedade e quais são suas tensionalidades mais relevantes, e como podem ser combatidas.

2 PROBLEMA

Qual é a autêntica manifestação do direito? A lei, estipulando critérios *a priori* para a solução de lides, com anterioridade para lhes garantir a qualidade de seguras, pois conhecidas pelos cidadãos, ou é a decisão judicial que realiza o direito, ao resolver problemas concretos estipulando o que deve ser implementado *a posteriori* do surgimento do caso prático?

3 HIPÓTESE

Sabemos que o produto da atividade legislativa é a legislação, com comandos gerais e abstratos aos casos em que lhe couber a aplicação pelo procedimento silogístico. A estes textos legais é preciso dar sentido aplicativo-prático-interpretativo. Assim, se o juiz é o escultor, e o legislador é o provedor do mármore, o magistrado não tem tarefa diferente do que desbastar o mármore e retirar dali a melhor versão possível de sua escultura (significado normativo).

Ambos estes momentos justificativos da decisão judicial devem estar presentes no *decisum* para que ele possa ser considerado minimamente justificado, mas por quê? Por qual motivo juízes e tribunais não podem decidir livremente sobre questões que lhes cabe competentemente resolver? Quais são as balizas – e quais são as naturezas dessas – que constroem o magistrado ao decidir um caso? No que consiste então a máxima romana de que o direito é uma arte criativa (*ius est ars inveniendi*)?

4 METODOLOGIA

São a essas questões que se dedicam as próximas breves linhas; conduzidas a partir do método hipotético-dedutivo, de abordagem reflexivo-bibliográfica para, analisando dedutivamente a prática jurisdicional, identificar os limites, as interfaces e as possibilidades de desenvolvimento do direito a partir da prática judicante dos magistrados.

5 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Existem divergências quanto ao significado dos provimentos tex-

tuais legislativos. As questões inerentes ao uso da linguagem acarretam certo grau de indeterminabilidade, abrindo possibilidades para que o judiciário faça interpretações também nas lacunas deixadas pelo legislador, causando problemas na aplicação do direito. Portanto deve haver critérios claros e precisos pelos quais a prática jurídica possa se basear. Dois destes critérios são encabeçados por Dworkin (1998, p. 164), o de basear o raciocínio de interpretação e aplicação das normas jurídicas extensivo, a abarcar também os princípios enquanto valores e objetivos fundamentais de toda a ótica normativa do direito e o de pautar a prática jurídica pela teoria do direito como integridade, segundo a qual, o direito enquanto prática institucional tem uma história, um propósito e um sentido, e, para tanto, os juízes subsequentes devem continuar escrevendo, coerentemente, a sua história.

Motta (2012, p. 32-33) destaca que na evidente impossibilidade das regras abarcarem toda a complexidade de um mundo prático, os positivistas habituaram-se a confiar na discricionariedade dos juízes para a solução dos casos, o que aniquila o controle qualitativo-democrático das decisões puramente discricionárias do julgador.

Para melhor compreensão, se retoma o ataque geral ao positivismo, sobretudo ao de Hart, promovido por Dworkin (2002, p. 27-28), para quem o positivismo se estabelece em três premissas principais, **i)** o direito é um conjunto de regras jurídicas em determinada sociedade, e elas podem ser identificadas pelo seu *pedigree*, **ii)** que casos não contemplados previamente por regras devem ser postos à julgamento da discricionariedade de uma autoridade e **iii)** que na ausência de regras proibitivas ou permissivas não existe obrigação jurídica. De fato, Hart reconhece que as leis são imprecisas e vagas, e que as decisões judiciais são tomadas por agentes e, por isso, não podem ser tomadas sem arreios sempre que sejam apresentados *hard cases* – casos em que há óbice à fácil aplicação de normas jurídicas –, casos em que a aplicação não está na zona de foco do texto (no qual foi pensado) (HART, 2001, p. 136-149).

Hart propõe, então, que, nestes *hard cases*, o juiz não apenas aplica as normas, mas cria-as, uma vez que, se não são claras, há um espaço para a discricionariedade do juiz, apoiada na teoria jurídica e na jurisprudência para conferir racionalidade à sua decisão. Por isso, ao decidir sobre estes casos, o juiz acaba por criar a norma que será aplicada. Não há, assim, uma única resposta correta para solucionar um caso difícil (MACCORMICK, 2010, p. 169-171).

Dworkin, por sua vez, diferencia criticamente os modelos de po-

deres discricionários, sendo dois mais fracos, de um terceiro tipo mais forte. O poder discricionário forte é aquele, então, em que se concebe um dever ao funcionário público para que, fundamentadamente, deixa de aplicar determinados padrões normativos previamente estabelecidos, não ficando adstrito a eles. Dworkin (2002, p. 55) explica que é nesta terceira metodológica que Hart pensava ser possível a execução do poder discricionário, uma vez que quando o juiz se depara com um caso em que não se tem certeza sobre a aplicação da regra, ele decide “livremente”. É neste ponto que se situa o debate entre Hart e Dworkin, que observa haver, na atividade jurisdicional, outros componentes com força suficiente para conduzir os argumentos dos juízes em determinada direção, os princípios (DWORKIN, 2002, p. 49-53).

Então Dworkin amplia o plexo normativo ao incorporar os princípios e explica que quando o juiz se depara com casos em que nenhuma regra é aplicável, deverá exercer a discricionariedade ao aplicar os princípios⁹. Contudo, os juízes não podem dispor de quaisquer princípios a qualquer tempo, daí então que deve existir sistemas de padronização e verificação, tipo o de precedentes (DWORKIN, 2002, p. 119).

Dworkin recusa a discricionariedade “forte” de Hart, em que há a desobrigação de quaisquer padrões derivados da autoridade da lei, quando não há regra clara a ser aplicada. Em outras palavras, os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõe obrigações (DWORKIN, 1998, p. 55). Diante disso, a partir do reconhecimento dos princípios como “parte” do direito, é possível que uma obrigação jurídica possa ser interposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida.

Assim, a tarefa judicial não é discricionária, tampouco ativista. É, isso sim, baseada em deveres e valores morais comunitariamente compartilhados, em um exercício de responsabilidade política dos juízes, na qual impera o dever de justificação e racionalização das suas decisões. Além disso, os artigos 489 e 926 do Código de Processo Civil

9 Para Dworkin (2002, p. 36) o positivismo jurídico ignora os padrões que estabelecem objetivos a serem alcançados (*policies*) e a serem observados (princípios) – ressalva-se como acertada a crítica de MacCormick (2006, p. 338) para quem o termo *policies* é um convite para a má utilização linguística e para a confusão textual daqueles não operadores do direito não tão hábeis na filosofia jurídica –. Ainda, destaca que os casos *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 22 N.E 188 (1889) e *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A. 2d69 (1960), não teriam solução jurídica normatizada pelas regras jurídicas, e que foi essencial para o deslinde destes que se recorresse a princípios jurídicos.

de 2015 inauguram uma preocupação não inédita – mas agora oficializada e exigida – sobre a demonstração da racionalidade das decisões judiciais, seja pela necessária fundamentação e justificação das decisões, seja pelo significado que cada decisão exprime e significa ao sistema jurídico. Mas, fica evidentemente demonstrado que a má discricionariedade judicial pode ser mitigada pela busca de racionalização do discurso jurídico. Assim, questiona-se se a discricionariedade judicial pode ser boa, e em sendo, isso a torna aceitável?

É possível a abstração de que existem duas distintas classificações para o fruto do poder inventivo dos juízes, diga-se, uma boa discricionariedade e uma má discricionariedade. O grande problema é que, na verdade, ambas são ontologicamente más, embora uma seja também deontologicamente e praxiologicamente má, enquanto outra resolve satisfatoriamente problemas jurídicos que, talvez, não deveriam ter sido resolvidos pelo Judiciário naquele momento mas que, no entanto, foi decidido e resolveu impasses jurídicos importantes. E o judiciário tem sido instado a se pronunciar sobre questões politicamente relevantes.

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ter sua apreciação suprimida do poder judiciário (art. 5º, inciso XXXV), assim ao judiciário recorrerão todos aqueles cidadãos que quiserem ter seus direitos contemplados. Desse modo, o Poder Judiciário não tem a autonomia de não decidir¹⁰ sobre as lides que lhe são propostas, ficando silente sobre questão destinada à jurisdição à espera de uma decisão política.

Há, portanto, uma grande judicialização. E a chamada cultura do litígio vem sendo combatida em âmbito processual, com a adoção de medidas, sobretudo a partir do CPC de 2015, para a harmonização da jurisprudência, celeridade processual e maior racionalização da prestação jurisdicional, com o fito de maior racionalidade discursiva (GAVIÃO FILHO, 2016).

10 Bickel (1986, p. 69) considerava que há três possibilidades de uma atuação do poder judiciário quando se deparasse com quaisquer temas que demandassem um adentramento em matéria ainda não decidida pela esfera política originariamente competente para deliberar político-moralmente sobre o assunto. As duas primeiras são as de que se conceda o pedido do reclamante ou de que se julgue o pedido improcedente, ao passo que a terceira via seria a de não fazer nada, no aguardo de uma decisão democrática (legislativa) sobre a matéria. Assim, frente ao dispositivo constitucional em alusão, no Brasil fica prejudicada a terceira alternativa de Bickel. O Judiciário brasileiro não pode deixar de decidir em virtude da deferência democrática. No caso de anomias e lacunas, a não ação se daria no movimento de espera, do Poder Judiciário, pela solução representativamente mais adequada à questão não normatizada; mas essa nem sempre é a postura dos juízes.

Em termos de direitos fundamentais, todos aqueles agentes políticos que decidem algo sobre direitos devem se valer da técnica da proporcionalidade, exatamente para concretizar os direitos fundamentais na máxima medida otimizável possível (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 239). Contudo, do decidido pelo legislador, a depender da postura adotado pelo órgão jurisdicional, haverá controle repressivo posterior, ficando, em última análise, a decisão final sobre a questão como aquela proveniente do órgão jurisdicional. Como evitar isso?

Alexy formulou a teoria da margem de apreciação, segundo a qual, os espaços deixados propositalmente pelas constituições para que sejam decididas pelos legisladores constitui espaços nos quais há margem de atuação livre da política (margem estrutural). Essa teoria propõe o controle moderado e é decisiva pois fundamenta a conciliação entre direitos fundamentais e democracia ao propor uma constitucionalização adequada (ALEXY, 2007, p. 345).

No mesmo sentido, ainda que se decidam sobre questões que deveriam ser resguardadas às instâncias ordinárias, pelas razões alinhavadas, deve haver outros arreios a atuação judicial. Para Alexy (2014, p. 205) a representatividade do Poder Judiciário decorre da inclinação argumentativa e racional pelas quais as decisões destes poderes são tomadas. Mas como o processo de racionalização discursivo-argumentativamente pode ser facilitado na prática jurisdicional?

A Teoria da Argumentação Jurídica (“TAJ”), centrada em Alexy e MacCormick, oferece uma resposta. MacCormick elaborou modelo de justificação baseado na coerência como dever de todo discurso jurisdicional inserido em um certo contexto jurídico. Enquanto Alexy oferece os conceitos argumentativos da pretensão de correção e da justificação externa. É possível destacar que a argumentação jurídica possui protagonismo na busca de soluções melhores, mais aceitáveis e mais corretas, através de um discurso racional (ALEXY, 2011, p. 211-228).

No Brasil, na linha do dever de coerência e do argumento do uso dos precedentes, foi encontrada outra maneira para a limitação da revisão judicial no âmbito externo das cortes de maior hierarquia e da expansão do protagonismo da atuação judicial, que é o da uniformização das respostas judiciais, sobretudo a partir de uma valorização maior de pronunciamentos vinculantes que terão observância obrigatória, a partir do artigo 927 do Código de Processo Civil. Nessa tentativa, tentou-se trazer maior propósito, racionalidade e sentido à atuação dos membros do poder judiciário, dando-lhes deveres de observância e

deveres de coerência, integridade e uniformização da jurisprudência. Assim, ao menos, há maior garantia de segurança jurídica para os jurisdicionados e de igualdade entre eles, por mais que possa ser criticado o quesito da preocupação com o sentido material do pronunciamento que se tornará vinculante.

Isto resolve em parte o problema, mas não por completo. Ainda se depende muito da postura adotada (quase que por política) dos membros do poder jurisdicional para uma maior racionalização do discurso jurídico e, assim, um maior distanciamento à realidade ativista. De modo que é necessário a suavização do fenômeno por parte dos juízes de menor poder hierárquico, e a racionalização gradual dos discursos e das posturas dos juízes da Suprema Corte do Brasil. Sem a racionalidade de cada indivíduo integrante do 3º poder do Estado, de nada adiantará a preocupações formais sobre estabilização de sentido do direito, ainda que se incorpore a preocupação material a esses discursos.

6 CONCLUSÃO

O combate à discricionariedade judicial será, pelo visto, eterno. Alguns mecanismos, como os precedentes, e algumas teorias, como a da margem de apreciação exercem papel substancial para a limitação da atuação jurisdicional. Juízes não podem fazer política ao decidir, tampouco impor suas próprias visões de mundo, cruzando competências constitucionais e administrativas. Isto não significa que as suas decisões não tenham efeito político prático, mormente ao fato de se fundamentarem em princípios e valores morais, que são emanados pela comunidade política, ou que pelo menos estão latentes nela. Ainda, não se pode ignorar que avanços democráticos efetivos foram concretizados a partir da atuação mais proativa da instância judiciária. Contudo, não se pode legitimar o arbítrio jurisdicional com base em acertos históricos, principalmente pela falta de legitimidade democrática para decidir sobre desacordos políticos e interesses sociais, os quais é à competência legislativa estatal resguardada.

Ressalta-se o papel da ideia de universalidade no raciocínio jurídico, em especial na justificação. Assim, o critério da universalidade garante que a lei seja aplicada de maneira igualitária a todos, isto é, exige que as normatizações legais ganhem igual consequência normativa a partir das mesmas interpretações dessas a casos relevantemente semelhantes.

Por fim, nota-se a implicação deste critério, e de todo o raciocínio apresentado, para a formulação de regras cujo objetivo seja o de

trazer racionalidade à atividade judicial, como, e.g., a preocupação com a coerência ao sistema jurídico, à interpretação e a aplicação do direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. Constitutional rights, democracy and representation. In: **Ricerche Giuridiche**, v. 3, n. 2, 2014, p. 197-209.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Precedentes e Argumentação Jurídica. 2016. CONPEDI. p. 27-47. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes>. Acesso em: 17 jun. 2020.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Trad. Wal-dea Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

A PROBLEMÁTICA DO ACESSO (NÃO) DEMOCRÁTICO À INTERNET NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO ACESSO À INFORMAÇÃO

THE PROBLEM OF THE (NON) DEMOCRATIC ACCESS TO THE INTERNET IN BRAZIL: AN ANALYSIS OF ACCESS TO INFORMATION¹¹

1 INTRODUÇÃO

A pandemia mundial do COVID-19 mudou o cenário cotidiano abruptamente, obrigando a população e seus governantes a tomarem medidas de segurança rápidas para evitar que o número de infectados e mortos aumentasse. A solução *a priori* encontrada foi a de implementação do isolamento social. Como consequência, o acesso à educação, através da ida dos alunos à escola, foi amplamente afetado; por ser o ambiente escolar um grande facilitador para o contágio e com o intuito de não impactar o ano letivo, as aulas foram transportadas para a plataforma virtual, em que os alunos poderiam interagir com os seus professores e ao mesmo tempo, continuar com os seus estudos.

Ocorre que, no Brasil, em que o nível de pobreza social é deveras alto, milhares de crianças e adolescentes não possuem meios para assistirem as aulas no conforto de suas casas e os que estão matriculados na rede pública de ensino, possuem dificuldades ainda maiores, tendo que, por muitas vezes, buscar conexões de internet pelo bairro, ou até mesmo, recebendo o material impresso.

Neste contexto, por não conseguirem assistir as aulas através da plataforma criada pelo MEC, acabam atrasando na aprendizagem do con-

11 Luiza Beskow Pelegrini. Advogada. Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Pós-Graduada em Direito Ambiental e Urbanístico na Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Vinculada ao Grupo de Pesquisa “Sociedade da informação e Fake Democracy: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional” na Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8380719611154536>. E-mail: luizamais00@hotmail.com

Thatyane Regina Gomes Oliveira Colares. Advogada. Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Especialista em Direito Processual Civil; em Direito e Processo do Trabalho e; em Direito Eletrônico pela Universidade Estácio de Sá. Vinculada ao Grupo de Pesquisa “Sociedade da informação e Fake Democracy: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional” na Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8074641519035421>. E-mail: thatyaneoliveira@terra.com.br

teúdo ou, até mesmo, buscam meios próprios para aprenderem sozinhos. O ano de 2020 irá, sem sombra de dúvidas, prejudicar muitos jovens brasileiros que aguardavam o ENEM para concretizarem seus sonhos e com o avanço da pandemia, não possuem meios para estudar, ainda mais que dependendo da cidade, as bibliotecas estão fechadas.

A vulnerabilidade social em que se encontram esses estudantes, demonstra a notória fragilidade do nosso ensino, apesar dos professores enviarem esforços para auxiliá-los, o problema é mais profundo. O vírus apenas escancarou a situação que já existia – a desigualdade do acesso à informação – sem que houvesse um avanço por parte do Poder Público para encontrar soluções tangíveis. Há regiões no Brasil, inclusive, que não se tem conexão com a internet, inviabilizando o acesso desses jovens ao conhecimento através do ensino regular, obstaculizando, assim, a aprendizagem e gerando problemas aos futuros profissionais que irão tomar conta do País.

A pesquisa é bibliográfica e o método utilizado foi o hipotético-dedutivo.

2 PROBLEMA

Considerando a necessidade de implementação das aulas escolares por meio remoto após o início da Pandemia de COVID-19 no Brasil, seria correto afirmar que o acesso à informação e à educação foi obstaculizado em virtude do acesso (não) democrático à internet no Brasil e isso impactaria, de alguma forma, o desenvolvimento intelectual de crianças e adolescentes?

3 METODOLOGIA

A metodologia adotada foi o método hipotético-dedutivo, pois buscou-se explorar o assunto através de premissas gerais para as específicas.

4 REFERENCIAL TEÓRICO

O acesso à educação é um direito de todo o cidadão brasileiro. Essa premissa é tão verídica que o direito à educação é o primeiro direito social insculpido no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 e não é à toa, uma vez que todo ser humano, como um ser de natureza pensante, tem o direito constituído de ter acesso à educação para desenvolver o seu intelecto.

Ocorre que, em que pese a educação ser um direito de todos, ela não se configura como sendo universal e horizontal no Brasil, havendo uma latente discrepância no ensino escolar, principalmente na rede pública de educação. As desigualdades no âmbito da educação não são novas, o sucateamento do ensino sofre, há anos, as mazelas da falta de organização, planejamento, orçamento e gestão do Poder Público.

Em 2020, em virtude da Pandemia do COVID-19 que emergiu no Brasil – e também no mundo – as discrepâncias sociais e educacionais ficaram latentes. O Coronavírus, um vírus invisível, mas com uma força equiparada a de uma avalanche, acentuou as desigualdades educacionais que já existiam no Brasil e vem impactando, de forma ascendente, os alunos sem acesso à internet.

Na esfera educacional, as consequências da pandemia são notáveis. As escolas públicas, que já sofrem com a problemática do sucateamento, não estavam – e continuam não estando – preparadas para as aulas na modalidade *online* e os alunos vêm sofrendo o forte impacto das aulas à distância, pois muitos sequer possuem internet e meios tecnológicos para acompanhar as aulas de suas casas.

À luz de Edvaldo Souza Couto, Edilece Souza Couto e Ingrid de Magalhães Porto Cruz:

As desigualdades sociais também são acompanhadas de exclusão digital. O acesso à Internet continua desigual no País. No Brasil, praticamente metade da população não tem acesso à Internet ou tem acesso limitado e instável. As desigualdades no acesso e usos da Internet em muitas áreas urbanas periféricas e zonas rurais reforçam as diferenças marcadas por vulnerabilidades sociais (COUTO; COUTO; CRUZ, 2020, p. 210).

As desigualdades sociais vão de encontro com o acesso não democrático à internet no Brasil, aprofundando, por completo, a distância entre os estudantes de escola pública e de escola privada. Acarretando, como consequência, um não democrático acesso às universidades, impactando, por óbvio, o futuro destes alunos sem acesso às aulas na modalidade *online*.

Em que pese a Constituição Federal, no seu artigo 23, inciso V, asseverar que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação”, percebe-se justamente o contrário: crianças e adolescentes

sendo tolhidos do acesso à educação porque não possuem acesso à internet (BRASIL, 1988).

O que se vislumbra, bem em verdade, é a inércia do Estado perante a problemática do não acesso às aulas pelos alunos mais vulneráveis da rede pública de educação. Segundo Eucídio Pimenta Arruda (2020) é necessária a implementação, no Brasil, da universalização do acesso à internet através de Políticas Públicas específicas como, por exemplo, disponibilizar pacotes de dados específicos para os alunos acessarem a base de dados educacionais.

Cita-se, com a finalidade de exemplificar a gravidade da melindrosa temática aqui discutida, o lastimável caso do menino Willian Marciel, de 13 anos, de Goiás. O menino, estudante de escola pública, não tinha equipamento tecnológico, tampouco internet em casa para ter acesso às aulas na modalidade *online*.

Desta forma, o adolescente juntou e vendeu latinhas de metal para adquirir um celular. Todavia, ainda estava sem acesso à internet. Para driblar o problema de acesso, o menino pediu o *Wifi* emprestado de um açougue, na cidade de Hidrolândia, para acompanhar a aula sentado em um banco da praça da cidade.

Iracema Santos do Nascimento e Patrícia Cerqueira dos Santos (2020, p. 124) bem enfatizam que:

[...] outros milhões de famílias e estudantes estão excluídos das propostas (ou imposições) de ensino remoto com base em tecnologias digitais, que Secretarias Municipais e Estaduais de todo o país, despejaram sobre suas redes como alternativa para que se cumpra o calendário escolar em meio ao distanciamento físico exigido pela pandemia (NASCIMENTO; SANTOS, 2020, p. 124).

Certo é que existem vários alunos no Brasil na mesma situação que Willian, mas que são desconhecidos, uma vez que ainda não viraram matéria jornalística, mas, com certeza, estão espalhados pelo Brasil, sem acesso à educação porque não possuem acesso à internet e, portanto, estão sendo ceifados do acesso à informação. Estes são os alunos que estarão “competindo” com os alunos da rede privada de educação nos vestibulares e que estarão buscando uma vaga no ensino superior através do ENEM.

À luz de Andréa Zacarias Vieira (2012, p. 75) “a sociedade que privilegia a educação está alicerçada numa base muito mais sólida, consubstanciada num modelo centrado no respeito aos direitos fundamentais”.

Desta forma, a problemática que envolve o acesso não democrático à internet no Brasil acarreta, de forma inteligível, a falta de acesso ao aprendizado necessário, bem como afeta o desenvolvimento das potencialidades individuais e da capacidade intelectual dos alunos, demonstrando que em que pese o direito à educação estar constitucionalmente garantido, na prática, ele não está plenamente concretizado.

5 CONCLUSÃO

O Brasil não pode – e não deve – esperar passar a pandemia do COVID-19 para buscar soluções para os alunos que estão tendo que driblar diariamente as adversidades da vida para construir seu futuro. Ainda, não há a possibilidade de fingir que o problema da falta de acesso à informação através da falta de acesso à internet é pequeno, pois suas consequências afetarão o futuro dos profissionais que vão comandar o País logo ali na frente. É preciso pensar no que pode ser feito para que a desigualdade social amplamente demonstrada nos noticiários, seja ao menos apaziguada o tanto quanto possível.

São necessárias políticas públicas voltadas ao ensino para melhorar sua qualidade e não basta ser por um prazo determinado, pois a educação é a maior ferramenta e a maior virtude que a sociedade tem, apesar de muitas vezes não ser valorizada. Frisa-se que mesmo quando a pandemia terminar, ainda levará um tempo para que a população volte a sua normalidade, o que só demonstra a indispensabilidade da inclusão digital e social para esses jovens possam ter acesso à educação.

Agora é o momento de buscar diminuir a desigualdade entre o ensino privado e o ensino público para evitar grandes danos, como o que vai ocorrer no ENEM do ano de 2020, em que muitos estudantes tiveram suas possibilidades de estudos ceifadas no momento em que não conseguem acesso às aulas na modalidade *online* ou até mesmo, com a dificuldade do ensino à distância e observando seus pais sendo demitidos em virtude da caótica situação econômica, acabam indo trabalhar para auxiliar no sustento da casa.

A realidade apresentada nos dias atuais não foi apenas criada pelo COVID-19, pois são situações que já existiam e foram majoradas com as dificuldades, sem contar que agora a imprensa está amplamente divulgando os casos, o que para muitos ficou uma notícia nova, faz parte da triste rotina de grande parte da população brasileira.

Por fim, a pandemia evidenciou a necessidade de investimentos para a educação e mostrou como a falta de inclusão digital afeta não só os estudantes, mas toda a população. Ainda, causa uma evidente exclusão social, pois aquele indivíduo que não consegue estudar, precisa ficar em casa e não tem internet para poder comunicar-se com as outras pessoas. Os impactos no aprendizado com a falta de acesso às aulas já ocorreram e os professores no próximo ano letivo vão precisar buscar maneiras de reparar o dano gerado e auxiliar os alunos em sua formação escolar.

6 REFERÊNCIAS

ARRUDA, Eucidio Pimenta. Educação remota emergencial: elementos para políticas públicas na educação brasileira em tempos de Covid-19. EmRede. **Revista de Educação a Distância**, v. 7, n. 1, p. 257-275, 2020.

BARRETO, Andreia Cristina Freitas; ROCHA, Daniele Santos. Covid 19 e educação: resistências, desafios e (im) possibilidades. **Revista Encantar-Educação, Cultura e Sociedade**, v. 2, p. 01-11, 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 20 de jul. 2020.

COUTO, Edvaldo Souza; COUTO, Edilece Souza; CRUZ, Ingrid de Magalhães Porto. # fiqueemcasa: educação na pandemia da covid-19. **Interfaces Científicas-Educação**, v. 8, n. 3, p. 200-217, 2020.

DO NASCIMENTO, Iracema Santos. A normalidade da desigualdade social e da exclusão educacional no brasil. **Caderno De Administração**, v. 28, n. Edição E, p. 122-130, 2020.

MARTINS, Ronei Ximenes. A covid-19 e o fim da educação a distância: um ensaio. EmRede. **Revista de Educação a Distância**, v. 7, n. 1, p. 242-256, 2020.

ORTEGA, Lenise Maria Ribeiro; ROCHA, Vitor Fiuza. O dia depois de amanhã na realidade e nas mentes: o que esperar da escola pós-pandemia? **Pedagogia em Ação**, v. 13, n. 1, p. 302-314, 2020.

VIEIRA, Andréa Zacarias. O regime constitucional do direito à educação básica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** | vol. 81/2012 | p. 75 - 90 | Out - Dez / 2012.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS MIGRANTES CONTRA A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF MIGRANT CHILDREN AGAINST THE EXPLORATION OF CHILD LABOUR

Fernanda Martins Ramos¹²

Rafael Bueno da Rosa Moreira¹³

Maurício Nader Griguc¹⁴

O presente resumo analisa sobre a proteção aos direitos da criança e do adolescente migrantes contra a exploração do trabalho infantil. O problema busca entender de que forma os direitos das crianças e dos adolescentes migrantes estão assegurados contra a exploração do trabalho infantil. A hipótese desta questão é de que a os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes são garantidos e protegidos pela legislação brasileira e por convenções internacionais, que também preveem ações e programas para fazer cumprir esses direitos e combater a exploração do trabalho infantil. O método de abordagem é o dedutivo, que inicia a análise em questões gerais fundamentais para, então, entender o tema e suas especificidades, sendo o método de procedimento monográfico com técnicas e pesquisa bibliográfica e docu-

12 Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, e em Direito da União Europeia na Universidade do Minho em Braga-Portugal, integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social do PPPG/UNISC. Email: f.mramos@yahoo.com.br.

13 Pós-doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, Doutor em Direito com Bolsa Proscap Capes Modalidade II e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC) e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário da Região da Campanha – URCAMP/Bagé e Coordenador do Grupo de Pesquisas sobre Direitos Humanos e Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes (GEDIHCA-URCAMP) e coordenador do Projeto de Pesquisa sobre Direito, Inovação e Novas Tecnologias da Urcamp. Endereço eletrônico: rafaelbmoreira2@yahoo.com.br.

14 Graduando em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do PPGD/UNISC.

mental. Foram usados os dispositivos sobre direitos da criança e do adolescente, teses, dissertações e artigos acadêmicos sobre o assunto, encontrados em plataformas voltadas à pesquisa acadêmica. Os principais resultados obtidos foram que com as normas da legislação brasileira que visam a proteção da criança e do adolescente, e ações criadas para erradicar o trabalho infantil, o número de crianças e adolescente que se encontram nessa situação caiu nos últimos anos, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, porém tais dispositivos e ações parecem não estar atingindo suficientemente as crianças imigrantes, pois estas se encontram com maior potencial de exploração no trabalho infantil, visto que são as principais atingidas pelos trabalho sem fiscalização e realizados de maneira informal.

Primeiramente cabe destacar que, conforme o artigo 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, “considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, salvo quando, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.” (BRASIL, 1990, a). Ou seja, no âmbito internacional, criança é toda aquela pessoa com idade inferior de 18 anos. Já no âmbito nacional, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 2º, criança é a pessoa com até 12 anos de idade, sendo dos 12 aos 18 considerados adolescente (BRASIL, 1990, b).

A proteção internacional das crianças e dos adolescentes vai muito além da legislação, é um processo que exige o amadurecimento de toda a sociedade, dessa forma criou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que visa no âmbito internacional o sistema de direitos humanos das Nações Unidas (GOMES; MAZZUOLI, 2010).

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi promulgada pela Organização das Nações Unidas no ano de 1990, tendo dado prioridade internacional aos direitos inerentes à infância, obrigando os Estados-Membros que a ratificar a respeitar e a garantir esses direitos, conforme dita seu artigo 2.

Artigo 2 1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais. 2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança

contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares (BRASIL, 1990, a).

No âmbito nacional, os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, estão garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, em seu artigo 227 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, em seu artigo 4 que dispõe sobre a proteção jurídica da criança e do adolescente, com base no princípio da prioridade absoluta na efetivação de direitos, da triplíce responsabilidade compartilhada e da proteção integral.

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. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1990, b).

Quanto a migrantes, o Brasil possui a Lei de n. 13.445, de 24 de maio de 2017, que trata sobre os direitos e deveres do migrante e do visitante, regulando a sua entrada e sua estada no país e estabelecendo os princípios e diretrizes aplicáveis nas políticas públicas para o imigrantes (BRASIL, 2017).

Para trata de crianças e adolescente, foi criado a resolução conjunta n. 1, de 09 de agosto de 2017, publicada no Diário Oficial da União em 18 de agosto de 2018, pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública em conjunto com a Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania e com o Departamento de Migrações Coordenação-Geral de Assuntos de Refugiados Comitê Nacional para os Refugiados. Essa resolução “estabelece procedimentos de identificação preliminar, atenção e proteção para criança e adolescente desacompanhados ou separados, e dá outras providências” (BRASIL, 2017).

Quanto as normas de proteção da criança ou adolescente migrante no Brasil contra a exploração do trabalho infantil, não existe um dispositivo referente apenas a esses, sendo assim, usa-se o mesmo dispo-

sitivo geral, ou seja, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que garantem os devidos direitos para todos, incluindo-se também os jovens migrantes.

O trabalho infantil pode ser definido como qualquer forma de atividade econômica ou de subsistência, independentemente de ter fins lucrativos, remunerado ou não, e é realizado por crianças e adolescentes que não têm idade mínima para ingresso no mercado de trabalho, conforme a idade mínima prevista em lei. O Brasil possui ampla legislação sobre isso, tendo previsão na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), Lei n. 8.742, de 07 de dezembro de 1993 (MORAIS; RAMOS, 2019).

Ou seja, conforme artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal, artigo 60 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o artigo 403 da Consolidação das Leis do Trabalho, a idade mínima para trabalhar no Brasil deve ser de dezesseis anos, com a exceção do trabalho na condição de aprendiz, que pode ser aos quatorze anos. Também, assevera-se que é proibido o trabalho noturno, perigoso, insalubre ou numa das piores formas de trabalho infantil abaixo dos dezoito anos de idade:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...] XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998). (BRASIL, 1988).

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata sobre a proibição de qualquer forma de trabalho a pessoas com menos de 16 anos, exceto o trabalho aprendiz, ele enfatiza a proibição de locais ou atividades sociais que sejam considerados desfavoráveis à sua formação e desenvolvimento físico, mental e moral, ou trabalho realizado que prejudique de alguma forma a sua escolaridade (PAGANINI, 2011).

Além disso, no âmbito internacional, em 1973, foi ratificado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) a Convenção nº 138 e a Recomendação n. 146, que dispõe sobre a idade mínima de admissão ao emprego e ao trabalho, conforme artigo 2º, 3: “A idade mínima fixada em cumprimento do disposto no parágrafo 1 do presente artigo, não deverá ser inferior à idade em que cessa a obrigação escolar, ou em todo caso, a quinze anos” (BRASIL, 2002).

A Convenção n. 138, foi aprovada na 58ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, entrou em vigor internacionalmente em 19 de junho de 1976, tendo sido aprovada no Brasil em 28 de junho de 2001 e promulgada pelo Decreto n. 4.134, de 15 de fevereiro de 2002, entrando em vigor no âmbito nacional em 28 de junho de 2002 (BRASIL, 2002).

A Convenção sobre a idade mínima de admissão ao emprego é uma das convenções fundamentais da organização e tem por finalidade a erradicação do trabalho infantil em todos os países do mundo. Esta abarcou o conteúdo de todas as anteriores sobre o mesmo tema, tornando-se o instrumento geral. Esta convenção, através de seus dezoito artigos, tem por fim a ser seguido por seus membros, a criação de uma política nacional para abolir de forma efetiva o trabalho infantil, elevando progressivamente a idade mínima de admissão ao emprego até que seja possível o mais completo desenvolvimento físico e mental. A idade mínima referida não pode ser menor que a idade na qual cesse a obrigação escolar, ou em todo caso, a quinze anos, podendo, excepcionalmente, baixar a idade para catorze anos, nos casos em que os Países Membros não estejam com a economia e os meios de educação suficientemente desenvolvidos. (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2018)

Juntamente com a Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho, no dia 6 de junho de 1973, foi convocada e reunida em Genebra, pelo Conselho de Administração da Secretaria Internacional do Trabalho, em sua 58ª reunião, foi aprovada a Recomendação 146 que também versa sobre a Idade Mínima para Admissão a Emprego.

Para complementar a convenção mencionada a Recomendação n. 146, em seu artigo 1º, dispõe que é necessária a adoção de uma política nacional, para garantir a efetiva erradicação do trabalho infantil, sendo que deverá ser conferido às políticas e aos programas nacionais de desenvolvimento, prioridade às necessidades das crianças e dos adolescentes afetados, para assim assegurar melhores condições para seu desenvolvimento físico e mental.

Todavia, antes da ratificação desta convenção e recomendação no Brasil, já havia sido criado em o Programa de Eliminação do Trabalho Infantil, que faz busca atender às necessidades de crianças e adolescentes, realizando ações voltadas ao fortalecimento do ambiente familiar durante o período da infância e juventude (RODRIGUES, 2017).

Em abril de 2013, foi instituído o reordenamento do Programa Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), que fez grandes mudança na política de prevenção e erradicação do trabalho infantil, com isso, o PETI

deixou de ser apenas para atendimento de crianças e adolescentes e passou a promover ações intersetoriais integradas e articuladas (SOUZA, 2016).

O conceito de reordenamento envolve a promoção de um conjunto de ações intersetoriais integradas e articuladas para erradicar o trabalho infantil, estruturadas em cinco eixos: 1) Informação e mobilização; 2) Identificação do trabalho infantil; 3) Proteção social a crianças, adolescente e suas famílias; 4) Defesa e Responsabilização dos casos de exploração de trabalho infantil; e 5) Monitoramento das políticas públicas locais. O reordenamento (PETI) pode se constituir como um avanço na concretização de ações articuladas para prevenir e erradicar o trabalho de crianças e adolescentes. (SOUZA, 2016, p. 14)

Com as convenções internacionais e normas nacionais o número de crianças na situação de trabalho infantil diminuiu, segundo dados disponibilizados pelo Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que demonstra que entre os anos de 2000 à 2010, e idades entre 10 e 17 anos, havia no ano de 2000 um total de 3.935.495 crianças e adolescentes trabalhando, e já no ano de 2010 esse número passou para 3.406.514 (IBGE, 2010).

Já na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua, no ano de 2016, o número de crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos tinha reduzido para 2,4 milhões, destacando-se que deste número havia 1,7 milhões de crianças ou adolescentes que realizavam tarefas domésticas ao mesmo tempo em que trabalhavam e estudavam, sendo que “a maior concentração de trabalho infantil está na faixa etária entre 14 e 17 anos, somando 1.940 milhão” (FNPETI, 2020).

No Brasil ainda não há dados oficiais que tratam especificamente de crianças e adolescentes migrantes, e desta forma elas possuem um maior potencial de violação de direitos, pois em sua chegada elas ficam mais propensas a procurar qualquer forma de sustento, e com a difícil fiscalização nestes casos, acabam se submetendo a trabalhos perigosos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção

sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 nov. 1990, a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Decreto 4.134, de 15 de fevereiro de 2002. Promulga a Convenção n. 138 e a Recomendação n. 146 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Idade Mínima de Admissão ao Emprego. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 fev. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1990, b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 mai. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2020

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. A influência do direito internacional no processo de erradicação do trabalho infantil no brasil. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 23, n. 2, 2018. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. Acesso em: 11 ago. 2020.

FÓRUM NACIONAL DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. **Trabalho Infantil no Brasil**, 2020. Apresenta dados sobre o trabalho infantil no país. Disponível em: <https://fnpeti.org.br/cenario>. Acesso em: 12 ago. 2020.

GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 3 ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Informações sobre Trabalho Infantil no Brasil, com base nas informações dos Censos Demográficos 2000 e 2010**. Brasil, IBGE, 2010. Vários gráficos, color. Disponível em: <https://ibge.gov.br/>. Acesso em: 12 ago. 2020.

MORAIS, Dulce Teresinha Barros Mendes de; RAMOS, Débora Marques. Trabalho Infantil: Como Proteger o Direito Fundamental de Proteção a Crianças em Situação de Vulnerabilidade. **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, [S.l.], v. 10, n. 39, p. 122-136, ago. 2019. Disponível em: <http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/103>. Acesso em:

10 ago. 2020.

PAGANINI, Juliana. O trabalho infantil no Brasil: uma história de exploração e sofrimento. **Amicus Curiae**. v. 5, n. 5 (2008), 2011. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/amicus/about>. Acesso em: 11 ago. 2020.

RODRIGUES, Gabriela. Conheça o PETI, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil. 2017. Disponível em: <https://www.chegadetrabalho infantil.org.br/>. Acesso em: 11 ago. 2020.

SOUZA, Ismael Francisco de. **O reordenamento do programa de erradicação do trabalho infantil (PETI): estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil**. 2016. 279 f. Tese. Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz do Sul, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br>. Acesso em: 11 ago. 2020.

DA AUTONOMIA DE VONTADE DO CÔNJUGE E DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA¹⁵

SPOUSE'S AUTONOMY OF WILL AND FUNDAMENTAL RIGHT TO INHERITANCE

Evelyn Silva de Sousa¹⁶

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa sobre a liberdade dos cônjuges para a escolha do regime de bens e o direito fundamental à herança, disposto no art. 5º, XXX, da Constituição Federal.

A evolução das relações familiares, a independência e a individualidade dos indivíduos estão se exteriorizando nos pactos antenupciais, o ideal de casamento como um negócio, está cedendo espaço à felicidade do casal. A preocupação em separar os bens, acompanha a nova realidade de muitos que optam pela adoção do regime da separação convencional.

A liberdade é expressa no art. 5º, da Constituição Federal e quanto ao regime de bens resta assegurada no art. 1.639, do Código Civil, dispositivo legal que claramente assegura aos nubentes a autonomia de escolha do regime de bens, optando pelo regime da separação convencional de bens em pacto antenupcial deixam o plano meramente factual para assumir um significado jurídico, porém, seus resultados no campo sucessório não foram especificados de forma clara pela legislação, motivo

15 Artigo desenvolvido para o IV Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa – EGRUPE, Grupo de trabalho (01- Políticas Públicas em Direitos Fundamentais e Jurisdição: interconexões cambiantes. Da autonomia de vontade do cônjuge e do direito fundamental à herança, sob orientação do prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, no âmbito do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

16 Advogada. Pós-graduada em Direito Civil, com ênfase em Direito de Família e Sucessões pelo IDC e aluna do curso de Pós-Graduação em Direito Civil e Processo civil da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: evelynsousaadvg@gmail.com.

pelo qual implicou em diversos debates acerca das consequências jurídicas advindas pela escolha do regime da separação convencional de bens.

Ainda, há um evidente desconhecimento por parte dos nubentes e de alguns operadores do direito, quanto às consequências sucessórias advindas do regime da separação convencional de bens, motivo pelo qual, é necessário analisar como fica o direito à herança quando se opta pelo regime da separação convencional de bens, é preservada a liberdade de escolha dos nubentes dispostas no pacto antenupcial ou haverá a partilha dos bens quando do óbito do cônjuge?

Para atingir o resultado pretendido, foi adotado o método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio de revisão da doutrina, legislação e jurisprudência pertinentes ao objeto da pesquisa.

Ademais, mostra-se essencial evidenciar que a liberdade conferida aos nubentes quanto à escolha do regime de bens, discorrendo sobre a forma como se exterioriza, abordando a existência de algumas restrições, para, após, trazer a divergência doutrinária existente quanto ao tema, evidenciando qual o entendimento da doutrina a respeito da questão, bem como as diferenças existentes quanto às regras que regulam o direito família e o direito sucessório.

Assim, em razão do debate doutrinário e a evolução jurídica exposta, a fim de sanar a celeuma existente quanto à interpretação conferida às disposições sucessórias no que se refere ao regime da separação convencional de bens, quando da apreciação da questão nos primeiros julgados analisados o Superior Tribunal de Justiça adotava um posicionamento, no sentido de preservar a autonomia e a liberdade dos cônjuges, no entanto, posteriormente, alterou radicalmente o seu entendimento demonstrando uma postura mais legalista e conservadora.

Destarte, restando estabelecer respostas para a questão a qual até então ainda é centro de diversos debates e discussões por parte da doutrina, a pesquisa é em torno da questão: de que forma o direito fundamental a liberdade de escolha manifestada pelos nubentes quando optam pelo regime de separação convencional no pacto antenupcial é respeitado à luz do art. 1.829, I, do Código Civil?

2 HIPÓTESE

Das hipóteses encontradas: a) Exige ponderação no caso concreto, tendo em vista que tanto o direito à liberdade dos cônjuges, quanto o direito à herança são direitos fundamentais e merecem ser ponderados e não excluídos; b) Não é possível ponderar os direitos

em questão, consoante entendimento jurisprudencial, tendo em vista que há possibilidade de restringir a autonomia e liberdade dos nubentes de dispor em pacto antenupcial quando evidenciado que estão contrariando normas de ordem pública, entre elas as normas que disciplinam o direito à herança.

3 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A legislação é clara e confere aos nubentes a autonomia na escolha do regime de bens que melhor lhes aprouver, consoante dispõem expressamente o art. 1.639, do Código Civil Brasileiro. (BRASIL, 2002).

Entretanto, caso escolhido regime diverso do legal, exige-se a realização de pacto antenupcial. O pacto antenupcial é considerado um “contrato formal e solene pelo qual as partes regulamentam questões patrimoniais relativas ao casamento”. (TARTUCE, 2017, p. 1301). Ocorre que por se tratar de um contrato, ambos os nubentes possuem liberdade para disciplinarem sobre as cláusulas patrimoniais que o compõem.

No entanto, ainda que o pacto antenupcial confira aos nubentes a possibilidade da disposição acerca do regime de bens e outras questões, tal liberdade não se mostra absoluta, encontrando limites na dignidade da pessoa humana e nas normas de ordem pública. (TARTUCE, 2017, p. 1302).

A legislação civil, especificamente no art. 426, do Código Civil Brasileiro, é clara ao mencionar que: “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.” (BRASIL, 2002).

Por outro lado, convém salientar que parte da doutrina entende que limitar a autonomia dos nubentes exercida no pacto antenupcial afronta o direito fundamental à liberdade de escolha. (RODRIGUES JUNIOR, 2015).

Como mencionado, a autonomia e a liberdade de escolha devem ser asseguradas aos nubentes quando da realização do pacto antenupcial.

Desse modo, optando os nubentes pelo regime da separação convencional de bens disposto no art. 1.687, do Código Civil Brasileiro, em pacto antenupcial, estes exercem a liberdade de escolha quanto ao regime, bem como destacam claramente no documento a vontade de não partilhar os bens que possuem (presentes) e os que vierem a adquirir (os futuros).

Todavia, de forma diversa das disposições que regem o direito à meação, quando tratamos do direito à herança, muito embora optado em pacto antenupcial por não partilharem os bens presentes e futuros, quanto à herança, o art. 1829, inciso I, do Código Civil Brasileiro, dispõem de forma genérica que:

*Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no **regime da comunhão universal**, ou no da **separação obrigatória de bens** (art. 1.640, parágrafo único); ou se, **no regime da comunhão parcial**, o autor da herança não houver deixado bens particulares.” (BRASIL, 2002, grifo nosso).*

Consoante o dispositivo acima citado, não há menção expressa quanto ao regime da separação convencional de bens, apenas quanto aos regimes: comunhão universal, separação obrigatória e comunhão parcial, tendo em vista a ausência de previsão expressa, tal disposição trouxe divergências doutrinárias.

Inicialmente, convém salientar que parte da doutrina entende que a previsão contida no art. 1829, I, do Código Civil, caso aplicássemos aos cônjuges casados sob o regime da separação convencional de bens, estaríamos afrontando a liberdade do casal, portanto não defendem a participação do cônjuge na herança. (DIAS, 2004; GAGLIANO; FILHO, 2018).¹⁷

Entretanto, em sentido diverso e adotando posicionamento mais legalista, defendendo a participação do cônjuge na herança e a prevalência das disposições de ordem pública que regulamentam o direito sucessório, ressaltando, portanto, que o cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens concorrerá à herança do falecido, com ascendente, descendente ou sozinho. (DIAS, 2019; TARTUCE, 2017; ROSA; RODRIGUES, 2019).

Destarte, verifica-se pela análise da doutrina que reconhece o direito à herança ao cônjuge casado sob o regime de separação convencional de bens que, com todo o respeito ao entendimento, de certo modo o que se preconiza é que são disposições legais tidas como ordem pública, todavia, não há como não salientar que ao aplicar o art. 1829, I, do CCB, aos cônjuges casados sob o regime da separação convencional, não está sendo respeitada a vontade pactuada pelas partes.

Em decorrência de toda a celeuma e divergência de posicionamento apontado, o Superior Tribunal de Justiça, em jurisprudência inicial, apreciando o tema, posiciona-se de forma contrária a aplicação literal do art. 1829, I, do Código Civil Brasileiro, proferindo decisão preservando a autonomia de vontade dos cônjuges e respeitando a escolha

¹⁷ Assim, cumpre salientar: Como o legislador constituinte emprestou relevo especial ao direito à liberdade, além de assegurar proteção irrestrita à família, não é possível aceitar que alguém não tenha o direito de casar e dispor da forma que lhe aprouver sobre o destino de seu patrimônio após o seu falecimento (DIAS, 2004);

do regime de separação de bens convencional manifestada no pacto antenupcial às questões sucessórias¹⁸.

No entanto, ao julgar o [Recurso Especial 1.382.170-SP](#), que implicou na publicação do Informativo de nº 562, de 18 a 28 de maio de 2015, a corte superior, alterou substancialmente o seu entendimento, o que denota nitidamente a adoção de uma nova posição mais conservadora e legalista, reconhecendo o direito à herança ao cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens, desconsiderando por completo a vontade manifestada em pacto antenupcial no quanto as disposições que regem o regime de bens e a sua partilha futura. ([REsp n.1.382.170-SP](#), de Relatoria do Min. Moura Ribeiro, j. 22/4/2015, DJe 26/5/2015).

Observa-se que é este o entendimento mencionado que se mantém nos julgados atuais, fato que, evidencia que a posição trazida pela jurisprudência vem sendo a saída de muitos para a solução do impasse legal entre as disposições que regem o regime de bens afetas ao direito de família e as que versam sobre o direito sucessório.

Portanto, depreende-se que a ausência de regulamentação expressa no art. 1.829, I, do Código Civil Brasileiro, restou sanada pela interpretação jurisprudencial dada pelo Superior Tribunal de Justiça.

4 CONCLUSÃO

O trabalho realizado teve como objetivo contribuir e elucidar com o debate existente acerca da concorrência sucessória do cônjuge casado sob regime da separação convencional, através do que restou demonstrado que a autonomia e liberdade conferida aos nubentes não é respeitada quando se trata de direito sucessório, diante da atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

O desenvolvimento das relações familiares e a modificação de valores e ideais de casamento, desdobra em uma análise dos direitos sucessórios dos cônjuges frente a situação da adoção do regime da sepa-

18 Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça salientou em julgado que: se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado. (STJ – 3.ª Turma – REsp. n.º 992.749/MS – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. em 1.º dez. 2009 – DJ 05 fev. 2010).

ração convencional de bens. Aliás, o avanço das relações e as mudanças de paradigmas, implicaram em uma alteração jurisprudencial, a qual de início esboçou uma tímida intenção de preservar a autonomia de vontade dos nubentes prevista no pacto antenupcial, conquanto, posteriormente, confere uma interpretação totalmente diversa e legalista, a qual a meu ver desconsidera por completo a vontade e a liberdade dos cônjuges. A presente pesquisa concentrou-se no direito sucessório dos cônjuges casados pelo regime da separação convencional de bens, tendo como principal destaque o Código Civil, especificamente o artigo 1.829, I, do CCB. O dispositivo mencionado faz menção a concorrência sucessória do cônjuge, no entanto, não disciplina de forma expressa acerca do regime da separação convencional de bens.

Além disto, convém destacar que a doutrina diverge a respeito do tema, embora, o entendimento adotado por boa parte da doutrina, defenda a aplicação literal do art. 1.829, I, do CCB, qual seja, pela concorrência do cônjuge à herança, ainda que casado sob o regime da separação convencional de bens.

Observa-se que em Informativo de nº 562 do Superior Tribunal de Justiça, alterando o posicionamento proferido em julgado anterior, profere decisão favorável à concorrência sucessória do cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens, entretanto, entendo que não pondera os direitos em conflito, liberdade de escolha e direito à herança, adota as disposições sucessórias sob fundamento que são normas de ordem pública, contrariando por completo a vontade registrada em pacto antenupcial. Portanto, até o presente momento, a jurisprudência é no sentido de que o cônjuge casado sob regime da separação convencional herda, todavia, resta evidente a necessidade de análise e ponderação do caso concreto, pois tal decisão efetivamente resguarda a herança, mas não a verdadeira vontade dos cônjuges.

Assim, faz-se necessária a cautela e a ponderação dos direitos em conflito pelos operadores do direito e demais atuantes na área (Tabeliães) e julgadores do caso concreto, a fim de que se preservem ao máximo os direitos fundamentais colidentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm: Acesso em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 992.749/MS. Recorrente: Segredo de justiça. Recorrido: Segredo de justiça. Relatoria. Min. Nancy Andrighi, julgado em 1 dez. 2009, DJ 05 fev. 2010. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200702295979.REG>. Acesso em: 09 de agosto de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.382.170-SP, Recorrente: Segredo de justiça. Recorrido: Segredo de justiça. Relatoria. Min. Moura Ribeiro, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22/4/2015, DJe 26/5/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revisita/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1382593&num_registro=201301311977&data=20150526&formato=PDF> Acesso em: 09 de agosto de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Direito das sucessões e o novo código civil**. Texto: Filhos, bens e amor não combinam. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. Vol. Único. 6ª ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodium, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. volume 7: direito das sucessões. 5.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GOMES, Orlando. Sucessões. 17ª ed. revista e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria; Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: **direito das sucessões**, São Paulo: Saraiva, 2008.

LEAL, Adriano José. **Inventários e partilhas**: doutrina, prática, legislação, jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Mizuno, 2010.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego; SILVA, Rafael Cândido da. **A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra**. São Paulo: Revista dos Tribunais online, dez/2016. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sr-guid=i0ad6adc500000173e4502f807d67b896&docguid=Ib774ebc0ae1811e6995c010000000000&hitguid=Ib774ebc0ae1811e6995c010000000000&spos=1&e->

pos=1&td=700&context=57&crumb-action=append&crumb-label=Documento &isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em 12 de agosto de 2020.

NETO, Inácio de Carvalho Neto. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. 2. ed., rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A autonomia privada nas relações familiares**. In: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Joseane Araújo (Coord.) Temas contemporâneos de direito das famílias, v. 2. São Paulo: Pillares, 2015.

SOUSA, Felipe Soares de. **A sucessão dos descendentes: Análise crítica da impossibilidade de afastamento da transmissibilidade sucessória dos bens entre os cônjuges e os efeitos do regime de bens do casamento em relação à legítima**. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, agosto/2018. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000173e452609158873bd3&docguid=I8dd65740872e11e89c6b010000000000&hitguid=I8dd65740872e11e89c6b010000000000&spos=2&e-pos=2&td=699&context=71&crumb-action=append&crumb-label=Documento &isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>> Acesso em : 12 de agosto de 2020.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antônio. **Inventário e Partilha**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. vol. único. 7ªed. rev e atual- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

DIVÓRCIO IMPOSITIVO: UMA NOVA MODALIDADE POSSÍVEL À LUZ DA AUTONOMIA PRIVADA¹⁹

IMPOSING DIVORCE: A NEW VIABLE MODALITY IN THE LIGHT OF PRIVATE AUTONOMY

Ana Júlia de Campos Velho Reschke²⁰

Luiza Tramontini Benites²¹

1 INTRODUÇÃO

Assim como grande parte dos institutos do Direito de Família, o casamento passou por profundas transformações no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, em razão da forte influência da igreja católica no Brasil, o casamento foi por muito tempo considerado indissolúvel. Em 1977, o Direito de Família sofreu um enorme avanço, isso porque, com o advento da Emenda Constitucional nº 09, aboliu-se a indissolubilidade do casamento. A fim de regulamentar o tema, foi editada a Lei nº 6.515/77, conhecida como “Lei do Divórcio”, a qual estabeleceu a separação judicial como requisito prévio e indispensável para viabilizar o pedido de divórcio.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §6º, reduziu os prazos de separação prévia para um ano de separação judicial e dois

19 Artigo desenvolvido para o IV Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa – EGRUPE, Grupo de trabalho01 - Políticas Públicas em Direitos Fundamentais e Jurisdição: interconexões cambiantes, sob orientação do prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, no âmbito do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

20 Bacharelada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: anajucvr@hotmail.com

21 Bacharelada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: luizatramontini@Hotmail.com.

anos de separação de fato, sistemática essa também adotada pelo Código Civil de 2002. Dessa forma, o divórcio somente passou a ser visto como um direito potestativo com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, que suprimiu a exigência da prévia separação judicial, além de extinguir o requisito do lapso temporal para a propositura da ação, pondo fim ao denominado divórcio indireto, ou seja, por conversão, bem como à discussão de culpa para o fim da relação.

Nessa senda, este artigo se propõe a analisar o instituto do divórcio impositivo, que surgiu com o Provimento nº 06/2019 editado pela Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça de Pernambuco, o qual, contudo, foi vetado pelo Conselho Nacional de Justiça por meio da Recomendação nº 36 de 30 de maio de 2019 destinada aos tribunais de justiça do país. Para tanto, objetiva-se promover uma análise histórica do instituto do divórcio, bem como da Lei nº 11.441 de 2007, que reconheceu a possibilidade do divórcio extrajudicial direto em Cartório de Registro Civil.

2 PROBLEMA

Frente aos princípios da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana, por qual razão deve ser possibilitado o divórcio impositivo, requerido unilateralmente, direto em Cartório de Registro Civil?

3 HIPÓTESE

Considerando que, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 66, de 2010, o divórcio é visto como um direito potestativo em que o outro consorte encontra-se em uma posição de sujeição, não há qualquer óbice para que um dos cônjuges pretenda a averbação de divórcio direto em Cartório de Registro Civil unilateralmente sem a concordância do outro. Nesse sentido, para a regulamentação da temática, espera-se a aprovação do Projeto de Lei nº 3.457 de 2019, a fim de incluir o artigo 733-A no Código de Processo Civil, concretizando a possibilidade do divórcio extrajudicial de forma unilateral por qualquer dos cônjuges, facilitando o procedimento do divórcio.

4 METODOLOGIA

O método adotado será o dedutivo, realizando-se pesquisas bibliográficas, prioritariamente, por meio de revisão da doutrina e da análise da

legislação atual e pretérita, buscando compreender a evolução histórica do divórcio, e, em seguida, analisar o denominado divórcio impositivo.

5 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A partir da Constituição Federal de 1988, o artigo 226 passou a prever o prazo de um ano para a obtenção do divórcio por conversão, bem como o instituto do divórcio direto, tendo como único requisito o decurso de mais de dois anos de separação de fato. Esse sistema prevaleceu até a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/2010, que trouxe o divórcio como o simples exercício de um direito potestativo livre de qualquer exigência de lapso temporal.

Além disso, a Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, trouxe a possibilidade de realização de divórcios e de separações consensuais por intermédio de escritura pública, o que “representou um avanço significativo em termos de agilidade dos processos, de desafogamento do Poder Judiciário e, sobretudo, de redução da intervenção estatal nas relações familiares” (SANTOS, 2010, p. 50). Se os requisitos do divórcio extrajudicial forem preenchidos, as partes terão a faculdade de fazê-lo em Cartório de Registro Civil, podendo optar pela via judicial se assim preferirem.

No ordenamento jurídico brasileiro, há duas possibilidades de divórcio: o divórcio consensual e o litigioso, de acordo com a existência de desavença ou não entre as partes. Em se tratando de divórcio consensual, as partes podem deliberar livremente acerca das questões intrínsecas ao fim do relacionamento e dissolver o casamento em juízo ou em Cartório de Registro Civil, desde que observados os requisitos legais. Nessa perspectiva, o divórcio judicial deve ser entendido como uma via de exceção, para que, assim, possa-se incentivar o acesso mais célere, simples e direto em Tabelionato de Notas.

O divórcio impositivo, por sua vez, é o divórcio requerido unilateralmente, ou seja, por apenas um dos cônjuges, direto no Cartório de Registro Civil, independentemente da anuência do outro e dispensando o acesso ao Poder Judiciário. Essa nova modalidade de divórcio surgiu após a publicação do Provimento nº 06/2019 do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Nesse sentido, o divórcio impositivo seria uma vertente do divórcio litigioso, visto que nele a dissolução é decretada de forma unilateral, no entanto, com averbação no Cartório de Registro Civil.

A iniciativa do TJPE, sem dúvidas, alinha-se à doutrina majoritária, que defende ser o divórcio, após a EC nº 66/2010, um direito potes-

tativo de qualquer das partes, “não havendo necessidade de se ter a anuência nem mesmo audiência prévia do outro cônjuge quanto à questão do divórcio em si” (BRITO, 2019). Entretanto, o Conselho Nacional de Justiça vetou a prática do divórcio impositivo por meio da Recomendação nº 36 (BRASIL, 2019) aos tribunais de justiça de todo o país.

De acordo com o Ministro Humberto Martins, Corregedor-Geral do Conselho Nacional de Justiça, em decisão prolatada em pedido de providências instaurado de ofício no final do mês de maio de 2019, existiriam dois óbices jurídicos ao Provimento do Estado de Pernambuco. O primeiro teria natureza formal, já que o divórcio impositivo implicaria na inexistência de consenso entre os cônjuges. Ocorre que, não há amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro para que o divórcio em hipótese de litígio seja realizado de forma extrajudicial, apenas por meio de uma sentença judicial, nos termos dos artigos 693 a 699 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Ainda, por tratar-se de matéria alusiva ao Direito Civil, ao Direito Processual Civil e aos registros públicos, a competência legislativa é privativa da União, de modo que tal matéria só poderia ser disposta em lei federal, conforme preceitua o artigo 22, incisos I e XXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Nesse sentido, não seria possível abordar o referido assunto por meio de uma norma de cunho administrativo no âmbito da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Pernambuco.

Ademais, além do vício formal, o Provimento nº 06/2019 da CGJ/PE não observaria o princípio da isonomia, “uma vez que estabelece uma modalidade específica de divórcio no Estado de Pernambuco, criando disparidade entre esse e os demais Estados que não tenham provimento de semelhante teor”. Em vista disso, caso mantida a sua vigência, “haveria uma consequência gravíssima para a higidez do direito ordinário federal, cuja uniformidade é um pressuposto da Federação e da igualdade entre os brasileiros”.

Nesse contexto, tramita o Projeto de Lei nº 3.457/2019, que visa a regulamentar o denominado divórcio impositivo. O principal objetivo do Projeto de Lei é incluir o artigo 733-A no Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), o qual, nos termos do *caput*, dispõe que “na falta de anuência de um dos cônjuges, o outro poderá, unilateralmente, requerer a averbação do divórcio no Cartório de Registro de Nascimentos, Casamentos e Óbitos no local onde foi lançado o assento de casamento”. O cônjuge não anuente será notificado posteriormente para fins de conhecimento da averbação pretendida. Na hipótese de não ser

encontrado, será feita sua notificação por edital. Após efetivada a notificação do não anuente, o Oficial do Registro Civil procederá em cinco dias à averbação do divórcio.

Conforme assinala Flávio Tartuce (2019), muitas são as situações concretas em que o divórcio impositivo ou “unilateral” traz vantagens práticas. Primeiramente, o autor cita a hipótese em que o outro cônjuge não quer conceder o fim do vínculo conjugal por mera “implicância pessoal”, mantendo-se inerte quanto à lavratura de divórcio consensual e negando-se também de comparecer em juízo. Em segundo lugar, o autor menciona os casos em que um dos cônjuges encontra-se em local incerto e não conhecido ou mesmo desaparecido há anos, não podendo o outro divorciar-se para contrair novo casamento. Por fim, destaca, também, as situações de violência doméstica, nas quais o diálogo entre as partes é impossível e deve ser evitado, sendo urgente e imperiosa a decretação do divórcio do casal.

Nessa conjuntura, o divórcio impositivo é visto como um instrumento apto a reduzir o número de demandas no Poder Judiciário e possibilitar uma maior dinamicidade nas varas de família, além de facilitar e desburocratizar um direito que cabe apenas à seara do próprio casal, afinal, ninguém é obrigado a permanecer em um vínculo conjugal contra a sua vontade. Sublinha-se, ainda, que a ideia de propiciar meios de facilitação do divórcio não significa desestimular o casamento, posto que “quem se divorcia não o faz somente para desfazer uma união cuja permanência não mais se justifica, mas, muitas vezes, pela esperança de encontrar o amor em uma nova relação” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 51).

6 CONCLUSÃO

A liberdade individual nas relações familiares durante muito tempo era um valor que deveria ser esquecido em nome da tradição da sociedade, fortemente influenciada pela igreja católica. Hoje, em homenagem à família eudemonista e da busca pela felicidade que prevalece nas relações familiares, o divórcio pode ser postulado a qualquer tempo, sem exigência de observância de qualquer lapso temporal e causa, em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e da mínima intervenção estatal.

Com o advento da EC nº 66/2010, o divórcio passou a ser um direito potestativo, isto é, basta que apenas um dos cônjuges manifes-

te o seu desejo de não mais permanecer casado, sem a necessidade de concordância do outro. Ainda, mesmo que requerido judicialmente, o outro cônjuge não pode se opor ou contestar, pois se encontra em um estado de sujeição. Nesse sentido, não há razão para não se admitir o divórcio impositivo, que permite a um dos cônjuges requerer a averbação de divórcio no Cartório de Registro Civil unilateralmente, mesmo sem a concordância do outro.

Outrossim, não há nenhum prejuízo ao outro consorte, tendo em vista que, com exceção da cláusula relativa à alteração do nome do requerente, nenhuma outra pretensão poderá ser cumulada ao pedido de divórcio, especialmente alimentos, arrolamento e partilha de bens ou medidas protetivas, as quais deverão ser tratadas no juízo competente em ação própria. Assim, o pedido de divórcio impositivo direto em Cartório de Registro Civil tem como objetivo maior tão somente a facilitação do procedimento do divórcio por ato de autonomia de vontade de um dos cônjuges.

Destarte, para a regulamentação do divórcio impositivo, imprescindível a aprovação do Projeto de Lei nº 3.457 de 2019, a fim de incluir o artigo 733-A no Código de Processo Civil, concretizando a possibilidade do divórcio extrajudicial de forma unilateral por qualquer dos cônjuges direto em Cartório de Registro Civil, facilitando o procedimento do divórcio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL [Código de Processo Civil]. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Brasília, DF: Presidência da

República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007**. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. **Pedido de Providências n. 0003491-78.2019.2.00.0000**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2019]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/divorcio-unilateral-pernambuco.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.457, de 2019**. Acrescenta o art. 733-A à Lei nº 13.195, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7964616&ts=1594034956865&disposition=inline>. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. **Recomendação nº 36, 30 de maio de 2019**. Dispõe sobre a vedação aos Tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal de regulamentarem a averbação de divórcio por declaração unilateral emanada de um dos cônjuges. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2019]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2923>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Divórcio impositivo**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/6950/Div%C3%B3rcio+impositivo#_ftn1. Acesso em: 10 jul. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** [livro eletrônico]. - 4. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. - 12. ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **O divórcio na atualidade**. - 4. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio**: alteração constitucional e suas consequências. Disponível em:<http://www.ibdfam.org.br/artigos/629/Div%C3%B3rcio%3A+Alter%C3%A7%C3%A3o+constitucional+e+suas+consequ%C3%Ancias>. Acesso em: 21 jul. 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. - 10. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio impositivo**: o que é? Disponível em:<http://www.rodrigodacunha.adv.br/divorcio-impositivo-o-que-e/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

PERNAMBUCO. **Provimento nº 06 de 2019**. Regulamenta o procedimento de averbação, nos serviços de registro civil de casamentos, do que se denomina de “divórcio impositivo” e que se caracteriza por ato de autonomia de vontade de um dos cônjuges, em pleno exercício do seu direito potestativo, no âmbito do Estado de Pernambuco, e dá outras providências. Recife: Corregedoria Geral da Justiça, 2019. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/dl/tj-pe-autoriza-pedido-divorcio.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2020.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Divórcio e separação extrajudiciais à luz da Emenda Constitucional 66/2010**. In: Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais/ coordenadores: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. - 2. ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010

TARTUCE, Flávio. **O divórcio unilateral ou impositivo**. Disponível em:<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/305087/o-divorcio-unilateral-ou-impositivo>. Acesso em: 17 jul. 2020.

INELEGIBILIDADES NAS ELEIÇÕES 2020: REFLEXOS DA EC 107/2020^{22,23}

INELEGIBILITIES IN THE 2020 ELECTIONS: REFLECTIONS OF EC 107/2020

Janine Rosi Faleiro²⁴

Thomás Henrique Welter Ledesma²⁵

TEMA

O legislador constituinte adotou o modelo democrático representativo para a tomada de decisões sobre assuntos públicos. Os cidadãos, ao invés de decidirem diretamente, escolhem, a partir do exercício do sufrágio, seus representantes que, se eleitos, serão titulares de mandato eletivo.

Diante da importância do pleito eleitoral, as datas para realização das eleições estabelecidas pelo texto constitucional – primeiro e último domingo de outubro (BRASIL, 1988) – e diversos outros fatores capazes de influenciar no processo eleitoral são limitados pelo Princípio da Anulidade ou Anterioridade Eleitoral (art. 16 da Constituição Federal), que se caracteriza como uma “muralla da democracia” (SALGADO, 2015, p. 238), pois impede a produção de efeitos de uma lei capaz de “alterar as regras do jogo”, ou seja, uma lei editada em período inferior a um ano contado da data da eleição.

A inelegibilidade é um impedimento aplicado ao cidadão, consistindo em uma hipótese de suspensão dos direitos políticos passivos. Porém,

-
- 22 Resumo expandido oriundo dos estudos do Grupo de Pesquisa da Fundação Escola Superior do Ministério do Estado do Rio Grande do Sul – FMP/RS “Reflexões acerca do problema do critério normativo e sua determinação vinculante: entre a casuística e o padrão decisório”, sob a coordenação do professor Dr. Maurício Martins Reis.
 - 23 Grupo de Trabalho 01: Políticas Públicas em Direitos Fundamentais e Jurisdição: interconexões cambiantes.
 - 24 Mestre em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – FMP/RS. Promotora de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: jrfaleiro@mp.rs.gov.br.
 - 25 Mestre em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – FMP/RS. Doutorando em Direito pela FADISP/SP. E-mail: thomasledesma@gmail.com. Advogado no Estado de Mato Grosso do Sul.

não é sinônimo de perda dos direitos políticos, considerando que permanece o direito ao voto (direitos políticos ativos) (PANUTTO, 2013, p. 69)

Em decorrência dos efeitos da pandemia gerada pela COVID-19 no Brasil e em diversos outros países, a data das eleições 2020 foi, excepcionalmente, redesignada para 15 de novembro (primeiro turno) e 29 de novembro (segundo turno), conforme o art. 1º, *caput*, da EC nº 107/2020. Apesar do adiamento da data do pleito no ano da eleição, a modificação do texto constitucional acima mencionada não pode ser considerada uma violação ao princípio da anterioridade eleitoral, pois decorreu de uma situação excepcional, em que houve “[...] uma necessária mitigação do princípio da anualidade exclusivamente por força da ocorrência de uma absoluta situação de anormalidade que configurara uma clara causa impeditiva da própria realização do processo eleitoral [...]” (ZILIO; CASTRO, 2020).

Apesar do necessário adiamento da data das eleições, em decorrência da pandemia causada pela COVID-19 – fato que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da anterioridade eleitoral –, a EC nº 107/2020 foi omissa em relação à prorrogação ou não do prazo das inelegibilidades, tratados na Lei Complementar 64/90, – tratadas na Lei Complementar 64/90 – cujo marco temporal para o término de seu cômputo, em algumas de suas naturezas, é a data de igual número ao oitavo ano seguinte à realização do pleito eleitoral que tornou o candidato inelegível (Súmula 19 TSE). Diante de tal cenário, há necessidade de se verificar qual a melhor solução a ser buscada, em razão da omissão do legislador da emenda constitucional sobre a prorrogação (ou não) da contagem dos prazos de inelegibilidade.

PROBLEMA

A Lei Complementar nº 64/90 prevê formas distintas de cômputo do prazo de inelegibilidade, a depender da natureza do fato que ensejou a suspensão do direito político passivo do cidadão (capacidade de ser votado). Por exemplo, as alíneas “e” (condenação transitada em julgado por crimes previstos na própria lei), “f” (considerados indignos do oficialato) e “g” (rejeição de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade e por decisão irrecorrível do órgão competente) do art. 1º, I estabelecem o início da contagem do prazo de inelegibilidade de 8 anos a partir das hipóteses previstas nos próprios dispositivos, enquanto o prazo de 8 anos, em outras situações, é contado a partir do término do mandato. Por exemplo: art. 1º, I, alíneas “b” (perda de

mandato dos membros do Poder Legislativo Federal, Estadual e Municipal, por violação ao art. 55, I e II da Constituição Federal), “c” (perda do cargo de Governador, Vice-Governador, Prefeito e Vice-Prefeito por violação à Constituição Estadual ou Lei Orgânica) e “d” (representação procedente transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em apuração de abuso de poder econômico ou político), sempre haverá marcos temporais fixos para o término do período de 8 anos após o término da legislatura em que houve a suspensão do direito político passivo (BRASIL, 1990).

Para as inelegibilidades contadas a partir da data do fato que tornou o cidadão inelegível e não a partir do término do mandato, com o adiamento do pleito eleitoral do ano de 2020, em decorrência da edição da EC 107/2020, há possibilidade de exaurimento de prazo de inelegibilidade antes de 15 de novembro, fato que, em tese, não impediria eventual candidatura (BRASIL, 2020).

O tema não foi regulamentado pela EC nº 107/2020, gerando insegurança jurídica sobre qual prazo será utilizado como parâmetro: o previsto no dispositivo constitucional temporário (considerando que apenas as eleições de 2020 terão um prazo distinto do previsto no art. 19, I e II da Constituição Federal (BRASIL, 1988), cuja redação é originária), ou o contido na lei das inelegibilidades, que está em harmonia com o princípio da anterioridade (anualidade) eleitoral.

HIPÓTESE

A Lei Complementar 64/90, conhecida como lei das inelegibilidades, prevê situações que tornam determinados cidadãos inelegíveis, além de estabelecer prazos de inelegibilidade e a forma de sua contagem, alguns como termo *a quo* a data da eleição, por exemplo, do art. 1º, alíneas “d”, “e”, “f” e “g” da Lei Complementar 64/90. Com o adiamento das eleições, qual interpretação deve ser utilizada para contagem dos prazos de inelegibilidade que como termo *a quo* a data da eleição? Será considerada aquela prevista na EC 107/2020? Ou, em razão da omissão do legislador constituinte reformador, permanecem válidos para o pleito eleitoral de 2020 os marcos temporais previstos na Lei de Inelegibilidades?

METODOLOGIA

O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo, a partir de uma análise da teoria das inelegibilidades interpretada

conjuntamente com o princípio da anterioridade eleitoral e com as disposições da EC 107/2020, para se verificar qual a melhor interpretação que deverá ser aplicada aos cidadãos que terão suas inelegibilidades extintas entre a primeira semana de outubro e a nova data das eleições do ano de 2020.

Como forma de embasamento para o presente trabalho, foram realizadas pesquisas bibliográficas e legislativas sobre o tema abordado.

RESULTADO

O adiamento da data das eleições do ano de 2020, pela Emenda Constitucional 107/2020 (BRASIL, 2020), ensejou a prorrogação de diversos outros prazos relevantes para o processo eleitoral, tais como: data das convenções, início da propaganda eleitoral no rádio e na televisão, registro de candidatura e eventuais impugnações. Porém, o legislador não fez menção aos prazos de inelegibilidades contidos na Lei Complementar 64/90 (BRASIL, 1990), principalmente aqueles que não prazo fixo para início da contagem (8 anos após o término do mandato), por exemplo, aqueles que como data *a quo* o dia das eleições.

Como não houve disciplina legal, há possibilidade de o cidadão que estaria inelegível na primeira semana de outubro de 2020 (prazo originário do 1º turno das eleições, previsto na Constituição Federal) estar apto a participar do processo eleitoral, em decorrência do adiamento da data da eleição para 15 de novembro de 2020. O presente trabalho teve por objetivo buscar a melhor interpretação, com o intuito de posicionar-se sobre eventual impasse jurídico que poderá ocorrer.

É sabido que toda e qualquer alteração eleitoral deverá observar o princípio da anterioridade eleitoral (CF, art. 16), que, ao vedar a aplicação da lei eleitoral editada em prazo inferior a um ano da eleição, busca “[...] proteger as diversas alas em disputa de ações deletérias das maiorias parlamentares, as quais podem alterar as regras da disputa eleitoral com a finalidade de surpreender os grupos minoritários e facilitar a perpetuação no poder [...]” (REIS, 2014, p. 109).

O princípio da anterioridade eleitoral pode ser considerado como grande fundamento para o conteúdo da EC 107 (BRASIL, 2020), pois, apesar do risco de perpetuação do caos causado pela pandemia gerada pelo Coronavírus, o legislador optou por realizar as eleições ainda no ano de 2020, considerando que a prorrogação automática dos mandatos de Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores causaria uma enorme ruptura no

sistema político nacional e feriria, frontalmente, a regra prevista no artigo 16 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

As inelegibilidades desempenham um papel relevantíssimo no processo eleitoral brasileiro, considerando que “[...] surgem com o objetivo de proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, além de garantir a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico [...]” (ALVIM, 2018, p. 43), consequentemente, auxiliando na lisura não apenas do processo eleitoral, mas também na gestão de eventual mandato, em decorrência de afastar candidatos considerados inaptos pelo Poder Judiciário ou pelo controle político.

A primeira hipótese a ser apresentada é a de não extensão dos prazos de inelegibilidade, mesmo com o adiamento das eleições, sendo considerados aqueles previstos na Lei Complementar 64/90, interpretados a partir da data base fixada pela EC 107/2020. Logo, o candidato se apresente elegível na nova data do pleito, deverá ter seu registro de candidatura deferido. Tal tese fundamenta-se na ideia de interpretação não restritiva dos direitos políticos, diante de sua natureza fundamental (MARRAFON; ROBL FILHO, 2018, p. 1515). Como direitos fundamentais, os direitos políticos estão protegidos pelas cláusulas pétreas, o que inclui o direito ou a posição jurídica de não ser impedido de exercitá-lo sem lei restritiva que obedeça ao princípio da anterioridade eleitoral.

A segunda hipótese refere-se à vedação da contagem do prazo para fins de elegibilidade, ou seja, o prazo “extra”, previsto para a realização das eleições não pode ser considerado como data base para verificação das condições de elegibilidade, permanecendo aquele previsto na Lei Complementar 64/90 em interpretação conjunta com os dispositivos constitucionais originários (art. 28, art. 29, II e art. 77) que determinam que as eleições são realizadas no primeiro domingo de outubro.

Em que pese o tema encontrar-se num vácuo legislativo, a conclusão do presente trabalho é a de que as inelegibilidades deverão ter como data base aquela prevista nos dispositivos constitucionais originários (art. 28, art. 29, II e art. 77), não se aplicando – para fins de inelegibilidade – a prorrogação da data das eleições, previstas no art. 1º da EC 107/2020. O fundamento principal para adoção deste posicionamento é o princípio da anualidade eleitoral, considerando que, permitir que cidadãos que cumpriram o prazo de inelegibilidade segundo a lei e precedentes aplicáveis à época sejam classificados como inaptos para participar do processo eleitoral de 2020, seria uma clara violação às regras do jogo e,

consequentemente, uma violação (desnecessária e irrazoável) ao artigo 16 da Constituição Federal, considerando que a EC 107 não foi editada um ano antes das eleições.

Ademais, para reforçar o posicionamento adotado, outro critério possui extrema relevância: a vontade do legislador. A partir da análise do conteúdo da EC 107, verifica-se que o legislador fez constar expressamente todos os prazos que deveriam ser prorrogados em razão da excepcional situação causada pelo Coronavírus, mencionando inclusive a prorrogação de alguns prazos de desincompatibilização (art. 1º, IV, alínea “a”). No caso das inelegibilidades, conforme antes já se mencionou, a Emenda nada previu quanto à prorrogação destes prazos.

Portanto, conclui-se que o cidadão não poderá sofrer restrição em seu *jus honorum* sem lei que o restrinja dentro do prazo legal de pelo menos um ano, considerando que interpretação em sentido contrário violaria o conteúdo do princípio da anterioridade eleitoral e que não há menção na EC nº 107 sobre o tema, enquanto houve manifestação sobre as hipóteses em que a data base seria alterada.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Frederico Franco. A elegibilidade e seus impedimentos no direito comparado e nos pactos internacionais. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Wálber de Moura (Coord.). **Elegibilidade e inelegibilidade**: tratado de direito eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018. t. 3, p. 35-88.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. **Lei complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64.htm. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 107, de 2 de julho de 2020**. Brasília, DF, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc107.htm. Acesso em: 18 jul. 2020.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Direito fundamental ao sufrágio passivo e princípios democrático, da probidade e da moralidade: análise constitucionalmente adequada das leis complementares nº. 64/1990 e nº. 135/2010. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 13, n. 3, 2018. Dis-

ponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/13730>. Acesso em: 18 jul. 2020.

PANUTTO, Peter. **Inelegibilidades**: um estudo dos direitos políticos diante da Lei da Ficha Limpa. São Paulo: Verbatim, 2013.

REIS, Marlon. **Direito eleitoral brasileiro**. 2. ed. Brasília, DF: Alumnus, 2014.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ZILIO, Rodrigo López; CASTRO, Edson de Resende. EC nº 107/2020: breves comentários. **Revista do TRE-RS**, Porto Alegre, ed. 48. Disponível em: https://ava.tre-rs.jus.br/ejers/pluginfile.php/9267/mod_resource/content/5/index.html. Acesso em: 18 jul. 2020.

MEDIAÇÃO EM AMBIENTE VIRTUAL: PROMOÇÃO DA SOLUÇÃO CONSENSUAL DOS CONFLITOS DE FAMÍLIA EM TEMPOS DE PANDEMIA (COVID - 19)²⁶

MEDIATION IN VIRTUAL SETTINGS: PROMOTING CONSENSUS SETTLEMENT OF FAMILY CONFLICTS IN PANDEMIC TIMES (COVID - 19)

*Cíntia Burille*²⁷

*Fernanda Rosa Coelho*²⁸

1 INTRODUÇÃO

Atualmente o mundo está passando por uma significativa transformação e adaptação, ocasionada pela pandemia do COVID-19, nova variação da família viral Coronavírus, conhecida desde os anos 60. Os primeiros casos foram identificados no final de 2019, na cidade chinesa de Wuhan e rapidamente se alastram por todo o mundo. O primeiro caso brasileiro foi confirmado em 26 de fevereiro de 2020, um homem de São Paulo que havia viajado à Itália entre 9 e 21 de fevereiro. Entre 8 e 14 de

26 Artigo desenvolvido para o IV Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa – EGRUPE, Grupo de trabalho 01- Políticas Públicas em Direitos Fundamentais e Jurisdição: interconexões cambiantes sob orientação do prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, no âmbito do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

27 Advogada. Mestranda na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP/RS. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Graduada em Direito pelo UniRitter. Pesquisadora do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8877831168384011>. E-mail: cintia@burilleadvocacia.com.br.

28 Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pela FMP/RS. Graduada em Direito pela FMP/RS. Pesquisadora do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6350877101110884>. E-mail: nandarosa.coelho@gmail.com.

março surgiram casos por todo o país e começaram a ser identificadas situações de transmissão comunitária, ou seja, entre a população local (PORTAL FIOCRUZ, 2020).

A partir desse momento, diversas medidas foram adotadas para conter ao máximo o contágio, visando proteger a população e evitar um colapso no sistema de saúde nacional. Dentre as orientações da Organização Mundial de Saúde – OMS para controle da pandemia, o distanciamento social foi acatado no Brasil, não obstante o grande debate que tal medida ainda acarreta. Tal decisão refletiu no Poder Judiciário com a suspensão dos prazos processuais, redução ou, por vezes, interrupção do atendimento presencial no foro, sessões de julgamento realizadas virtualmente, entre outras medidas que buscassem atender os cuidados sanitários, sem inviabilizar a prestação jurisdicional.

Nesse contexto, o presente trabalho busca analisar a realização da mediação em ambiente virtual, sobretudo nos conflitos familistas e sua efetividade no momento atual de pandemia. Para isso, inicialmente expõe-se os contornos da mediação, sobretudo sua abordagem enquanto Política Pública instituída pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Ato contínuo, analisa-se a sua aplicabilidade no âmbito do Direito de Família, sobretudo como método adequado para resolução de conflitos dessa natureza. Passa-se, então, ao exame das necessárias adaptações da prática mediativa para o ambiente virtual, ressaltando os benefícios e os pontos que ainda carecem de um maior desenvolvimento. Por fim, aponta-se o legado que a mediação em ambiente virtual deixará à prestação jurisdicional com o fim da pandemia.

2 PROBLEMA

A mediação realizada em ambiente virtual se mostra como uma ferramenta adequada para efetivação das resoluções dos conflitos de família em tempos de pandemia (Covid-19)?

3 HIPÓTESE

Diante da situação de pandemia vivenciada atualmente, sendo o distanciamento social uma das formas mais eficazes de frear o contágio (se não a única até o momento), os meios de comunicação *online* ganham maior relevância. No âmbito do Poder Judiciário não é diferente, incluindo, nesse contexto, a mediação em ambiente virtual. Assim, entende-se

que a realização de práticas mediativas de forma *online* durante o período da pandemia não acarreta qualquer prejuízo aos mediandos, sendo importante a manutenção do fomento à resolução consensual dos litígios, sobretudo nas demandas familistas. Ainda, acredita-se que a continuidade da mediação em ambiente virtual pós-pandemia deva ser incentivada, com vista a dar maior amplitude à resolução consensual de conflitos.

4 METODOLOGIA

A metodologia da presente pesquisa tem como abordagem o método dedutivo, partindo da análise da mediação como forma de resolução consensual dos conflitos especificamente relacionados ao Direito de Família, para então chegar no exame da efetividade de sua aplicação em ambiente virtual, ocasionada pela pandemia de Covid-19. A pesquisa é abordada qualitativamente, com caráter exploratório, através de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio de doutrina e legislação pátrias, sobretudo artigos jurídicos, revistas jurídicas, normas constitucionais e infraconstitucionais.

5 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A sociedade muda, evolui, e com isso as relações sociais e os conflitos dela originados ganham novos contornos, cada vez mais complexos. A garantia pura e simples de acesso ao Poder Judiciário por meio do processo judicial já não se mostra suficiente para o tratamento dos litígios contemporâneos²⁹. Urge, assim, a necessidade da abertura desse sistema à novas formas de resolução de litígios, não apenas mais eficazes e céleres que a justiça estatal, mas, sobretudo, mais adequadas às peculiaridades do conflito que se está a tratar.

Nesse novo cenário de abertura a novos métodos de resolução de conflitos que se insere a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a Política Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Dentre os “considerando” da Resolução, destaca-se “a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de

29 Tal garantia tem caráter constitucional a partir da previsão do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se da chamada garantia de acesso à Justiça ou, ainda, do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

solução de litígios”, “que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas” e, finalmente, “que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”.

Os chamados métodos consensuais de resolução de conflitos ganham espaço e incentivo com o Código de Processo Civil promulgado em 2015³⁰, sendo a mediação, ainda, merecedora de legislação própria, a Lei 13.140/2015. A mediação “é um processo cooperativo, que leva em conta as emoções, as dificuldades de comunicação e a necessidade de equilíbrio e respeito dos conflitantes e que pode resultar num acordo viável, fruto do comprometimento dos envolvidos com a solução encontrada” (GRINOVER, 2015, p. 5). Trata-se da substituição do paradigma bélico da resolução dos conflitos, no qual um sai vencedor e outro vencido, pelo paradigma da cooperação, levando os sujeitos em conflito a atuar pela busca da mudança, do crescimento e da evolução das relações³¹.

Em que pese seja de ampla aplicação, é no Direito de Família que a mediação encontra seu maior público. Isso porque, as lides familistas não raro (para não dizer sempre) vêm repletas de motivações muito além do simples conflito judicial. “O que se almeja no procedimento mediativo é uma postura de responsabilidade pelo projeto de futuro que vai nortear a vida daquelas pessoas vinculadas por relações de afeto e familiares” (ROSA, 2012, p. 281).

30 O art. 3º do CPC traz em seu § 2º que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Ainda, no § 3º do mesmo artigo afirma que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Outrossim, o CPC traz em seus arts. 165 a 175 disposições esclarecedoras acerca da função e características dos conciliadores e mediadores judiciais.

31 Nas palavras de Fernanda Tartuce: “Na lógica de julgamento inerente à via contenciosa, as partes atuam em contraposição, disputando posições de vantagens; a análise dos fatos foca o passado, e um terceiro é chamado a decidir com caráter impositivo. Diversamente, na lógica consensual, o clima é colaborativo: as partes se dispõem a dialogar sobre a controvérsia, e a abordagem não é centrada apenas no passado, mas inclui o futuro como perspectiva a ser avaliada. Por prevalecer a autonomia dos envolvidos, o terceiro não intervém para decidir, mas para facilitar a comunicação e viabilizar resultados produtivos”. (TARTUCE, 2017, p. 101).

A relevância da mediação nas lides familistas é tamanha que o próprio CPC amplia sua aplicação, sendo, *a priori*, indisponível a realização de audiência prévia entre as partes³², o que não ocorre nos demais casos, os quais podem dispensar a realização da audiência prévia³³. A adoção da mediação mostra-se “como um dever dos profissionais do Direito, da Psicologia e do Serviço Social, que laboram nos litígios familiares, a adoção dessa prática, para a construção de novas alternativas aos atores da vida familiar” (ROSA, 2020, p. 749).

As práticas consensuais de resolução de conflitos são orientadas por alguns princípios, expressos no art. 166 do CPC, quais sejam, “da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”³⁴. A mediação poderá ser realizada de maneira judicial ou extrajudicial³⁵, inclusive “pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo”³⁶.

32 Tal afirmativa se dá a partir da leitura conjunta do art. 694 e 695 do CPC:

Art. 694, CPC: Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Art. 695, CPC: Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

33 Art. 334, CPC. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. [...]

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

34 O art. 2º da Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação) traz um rol dos princípios muito semelhante ao disposto no diploma processual: “i) imparcialidade do mediados; ii) isonomia entre as partes; iii) oralidade; iv) informalidade; v) autonomia da vontade das partes; vi) busca do consenso; vii) confidencialidade; viii) boa-fé”.

35 A possibilidade de mediação extrajudicial especificamente nas demandas de família encontra previsão no art. 694, parágrafo único, do CPC, ao passo que a Lei de Mediação traz, em seus arts. 21 a 23 regras a serem peculiaridades atinentes à mediação extrajudicial.

36 Previsão expressa no art. 46 da Lei de Mediação.

Por certo que o legislador ao prever tal possibilidade não estava a pensar em seu uso durante uma situação de pandemia, mas é nesse momento que tal dispositivo ganha novas luzes e sua maior aplicabilidade. O que ganha o centro do debate no tema são as necessárias adaptações do ambiente físico ao ambiente virtual e, principalmente, a atenção aos princípios norteadores da prática mediativa nesse novo cenário digital. Nesse contexto, o princípio da informalidade ganha mais relevo que nunca, visto que diversas situações até então impensadas pelo legislador e jamais vivenciadas pelos operadores do direito surgem e devem ser solucionadas da maneira mais adequada possível. Não obstante, entende-se que não se podem negar outras garantias aos mediandos sob pretexto da efetivação da prática, tampouco acobertados pela informalidade que rege tal prática.

É o que ocorre notadamente com o princípio da confidencialidade. Tanto o CPC quanto à Lei de Mediação se preocuparam em consignar que as informações relativas ao procedimento de mediação serão confidenciais em relação à terceiros, sendo tal princípio aplicável a todos aqueles que participam da sessão de mediação. Pensando nas demandas familistas, acredita-se que a confidencialidade ganhe ainda mais relevo, visto que para muito além de um problema jurídico, os mediandos estão expondo aspectos pessoais e íntimos de sua privada, o que certamente pode causar certo desconforto, para não dizer constrangimento, em publicizar essas informações³⁷.

No entanto, sendo a mediação realizada em ambiente virtual, de maneira que aquilo que “se vê e se escuta” durante a sessão pode ser plenamente controlado pelos participantes (basta mutar o microfone e ajustar a câmera, por exemplo, para que seu interlocutor fique “cego e surdo” durante o diálogo), como garantir que de fato as informações serão mantidas no sigilo desejado e preconizado pela lei?

Entra em cena um outro princípio, norteador não apenas das práticas mediativas, mas também do ordenamento jurídico como um todo: a boa-fé. Não se pode obstar tal prática partindo da presunção de que as sessões virtuais podem dar azo às fraudes ou más aplicações. Deve-se contar, agora mais do que nunca, com a boa-fé dos mediandos e, principalmente dos operadores do direito que acompanham a sessão, sejam eles advogados ou mediadores, zelando não apenas pelo sucesso da

37 As mediações e conciliações realizadas em ambiente virtual serão registradas, preservando-se o princípio da confidencialidade, de modo que, as informações produzidas no curso da conciliação ou sessão de mediação não poderão ser gravadas pelo conciliador ou mediador, conforme consta no item 3.2 do Ofício-Circular n. 045/2020, editado pela Corregedora-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), Des.^a Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak (2020).

prática mediativa e observância dos seus preceitos legais, mas, sobretudo, da efetiva resolução dos conflitos entre as partes ali envolvidas.

Nesse contexto, alguns tribunais já têm regulamentado a prática da mediação em ambiente virtual, e tal experiência, ao que parece, tem sido muito frutífera. No Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, em 18 de abril de 2020 foi autorizada a utilização de aplicativos para a realização de atos processuais, inclusive as mediações no âmbito familiar³⁸. A partir de então, cresce cada vez mais o número de Comarcas que vem implementando o meio virtual para realização das sessões de mediação, através dos Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs)³⁹.

Por fim, reflete-se acerca da perpetuação das práticas mediativas em ambiente virtual pós-pandemia. Não raro há casos em que as partes residem em Estados ou em Comarcas distintas, o que dificulta a efetividade da mediação em razão do tempo e custo de deslocamento. Ainda, outras tantas situações podem ser identificadas em cada caso que a adoção da técnica virtual é mais adequada que sua aplicação presencial.

6 CONCLUSÃO

Os efeitos decorrentes da Covid-19, notadamente, o encarceramento pelo confinamento social, acentuaram o processo de virtualização das relações sociais, já em ascendência nos últimos anos. Contudo, no cenário jurídico, a necessidade de isolamento social, mostrou-se como um fator determinante para a transição entre a engessada obrigatoriedade da presença física e a viabilidade de realização de atos processuais em ambiente virtual, de

38 Através do Ofício-Circular n. 035/2020 de 18 de abril de 2020, através do qual restou autorizado “a utilização de computadores ou de dispositivos móveis (como Skype, Google Hangouts e WhatsApp) para a realização de atos processuais, como audiências de conciliação e oitiva de testemunhas”, mediante a observância das regras ali dispostas. Posteriormente, em 13 de maio do ano corrente, no Ofício-Circular n. 045/2020, buscou-se sobre a realização de audiências por videoconferência durante o Sistema Diferenciado de Atendimento de Urgência, com a previsão de diversas recomendações.

39 Em 13 de maio de 2020, o CEJUSC da Comarca de Pelotas realizou a primeira dissolução de união estável em ambiente virtual. A sessão de mediação foi conduzida por Vanessa da Silva, mediadora do TJ/RS. Toda a sessão de mediação foi realizada em ambiente virtual. O caso foi levado ao CEJUSC da Comarca de Pelotas, de modo pré-processual (PELOTAS, 2020). Embora não se tenha até o momento informação com os números oficiais – de quantas Comarcas já implementaram a mediação em ambiente virtual –, há conhecimento de que o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) está trabalhando na reunião dessas informações, com o intuito de divulgar esses dados, o que não ocorreu até o momento da conclusão desta pesquisa.

forma síncrona, em especial, as sessões de mediações familiares.

As reflexões que fizemos, longe de conclusivas, são um convite para o debate. É necessário desmistificar o receio do uso das novas tecnologias também no mundo jurídico. A utilização do meio virtual para realização de mediações familiares veio para somar e não substituir a forma tradicional.

Portanto, tem-se que a mediação realizada em ambiente virtual – que atende aos princípios norteadores das práticas consensuais de resolução de conflitos – não apenas se mostra uma ferramenta adequada para o tratamento dos conflitos de família em tempos de pandemia, visto que surge como meio de não inviabilizar totalmente a prestação jurisdicional, mas também nos ganhos que a permanência dessa modalidade em um mundo pós-pandemia pode proporcionar, especialmente se devidamente aprimorada e aperfeiçoada.

REFERÊNCIAS

FORO DE PELOTAS REALIZA A PRIMEIRA DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL VIRTUAL. **Foro Comarca de Pelotas**. Disponível em: <http://forodepelotas.blogspot.com/2020/05/foro-de-pelotas-realiza-primeira.html>. Acesso em 14 ago. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de conflitos no novo CPC. In: **O novo Código de Processo Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.

PORTAL FIOCRUZ. **Qual a origem desse novo coronavírus?** Rio de Janeiro, 03 fev. 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/qual-origem-desse-novo-coronavirus>. Acesso em: 13 ago. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. **Ofício-Circular n. 035/2020 de 18 de abril de 2020**. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/destaques/doc/2020/Oficio-Circular_035_2020_CGJ.pdf. Acesso em 14 ago. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. **Ofício-Circular n. 045/2020 13 de maio 2020**. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/static/2020/06/SEI_TJRS-1909609-Of%C3%ADcio-Circular-45-CGJ.pdf. Acesso em 14 ago. 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família contemporâneo**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços**: os novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

TARTUCE, Fernanda. **Processo civil no direito de família**: teoria e prática. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Métodos, 2017.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO NO ENSINO FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO REFERENTE AO TRANSTORNO DO DÉFICIT DE ATENÇÃO E HIPERATIVIDADE

PUBLIC POLICIES FOR INCLUSION IN FUNDAMENTAL EDUCATION: AN ANALYSIS OF JUDICIALIZATION REGARDING THE ATTENTION AND HYPERACTIVITY DEFICIT DISORDER

Silvio Gama Farias⁴⁰

O direito à educação está previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, integrando, dessa forma, o elenco dos direitos amparados por um regime jurídico especialmente protegido. Importa considerar as dificuldades vivenciadas pelas pessoas com Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade e analisar o que tem motivado a judicialização nas políticas públicas para as pessoas portadoras desse Transtorno, numa perspectiva inclusiva.

Note-se que a condição humana é muito complexa e as limitações que cada um experimenta lhe é muito peculiar, sendo que políticas públicas efetivas podem contribuir para minimizar os efeitos dessas limitações. Esclareça-se que o tema envolve um olhar crítico no sentido de analisar o respeito ao ser humano num sentido mais amplo e não apenas formal, levando-se em conta que o desenvolvimento da pessoa deve ser pleno.

Apresenta-se, na sequência, o tema, o problema de pesquisa, objetivos, hipótese, metodologia, bem como os resultados até então obtidos.

O Supremo Tribunal Federal já manifestou entendimento que o direito à educação é considerado direito indisponível e diante da omissão do Poder Público o Poder Judiciário pode determinar a sua implementação. Assim, a delimitação temática do artigo envolve a análise acerca das circunstâncias que tem motivado a judicialização das políticas públicas para as pessoas portadoras de Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade, levando-se em conta a efetividade dos direitos fundamentais numa perspectiva de educação inclusiva.

Entender o TDAH é fundamental para se verificar as circunstâncias da judicialização no âmbito das Políticas Públicas de educação inclu-

40 Mestrando em Direito (UNESC). Advogado inscrita na OAB/SC 19.186. Especialista em Direito Público. Professor de Graduação em Direito Público. E-mail: sfarias.adv@hotmail.com

siva. Por isso, importa verificar quais situações tem motivado o acesso ao Poder Judiciário para buscar a efetividade de medidas de inclusão dessas pessoas. Há embasamento científico para o diagnóstico do Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade, sendo que essa disfunção é encontrada em diversos países, tanto que a Organização Mundial da Saúde – OMS, a qual possui o controle e cadastro das doenças que existem, tanto as mais comuns, como as raras, já reconheceu referido transtorno.

1 TEMA E GRUPO DE TRABALHO

A pesquisa tem como eixo temático políticas públicas no âmbito da educação inclusiva. Vincula-se ao Grupo de Trabalho 01 - Políticas Públicas em Direitos Fundamentais e Jurisdição: interconexões cambiantes.

2 DELIMITAÇÃO DO TEMA

A judicialização nas políticas públicas para as pessoas portadoras de Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade, levando-se em conta a efetividade dos direitos fundamentais numa perspectiva de educação inclusiva.

3 PROBLEMA DE PESQUISA

Considerando as garantias fundamentais e a perspectiva da educação inclusiva, que circunstâncias tem motivado a judicialização das políticas públicas para as pessoas portadoras de Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade no ensino fundamental?

4 OBJETIVO GERAL

Analisar as circunstâncias que tem motivado a judicialização das políticas públicas para as pessoas portadoras de Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade no ensino fundamental, considerando-se o prisma da educação inclusiva.

5 METODOLOGIA

O método de procedimento utilizado consiste no monográfico e comparativo. O primeiro deve-se à preocupação com o aprofundamen-

to do tema em estudo, ao passo que o segundo advém da necessidade de comparação analítica entre leis, normas e regulamentação, além da doutrina. Para GIL (2008), entende-se o método como o conjunto das atividades sistemáticas e racionais que nos permite alcançar os objetivos propostos a partir de conhecimentos, na busca de procedimentos para fins de se atingir os resultados.

Quanto ao método de abordagem a ser aplicado nessa proposta é do tipo dedutivo, uma vez que serão analisados documentos legais, doutrinários e jurisprudenciais vinculadas ao tema proposto no projeto, sempre do âmbito geral para o específico. No que tange a técnica de pesquisa a mesma possui natureza qualitativa.

6 HIPÓTESE

Estudar políticas públicas a luz de uma visão de concretude e efetividade é cativante, pois notório que há um distanciamento da realidade e o desafio é grande. A condição humana é muito complexa e as limitações que cada um experimenta lhe é muito peculiar. Por isso, tem-se por hipótese que, basear-se em parâmetro meramente formal diante das especificidades de quem se encontra com algum tipo de deficiência ou disfunção, quer seja física, mental, intelectual ou sensorial, não é suficiente pois há carência de uma real implementação de políticas públicas que possam contribuir para minimizar dificuldades.

A hipótese do presente estudo considera que o Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade, vivenciado por diversas pessoas, lhes trazem importantes dificuldades de aprendizado e socialização. Assim, há necessidade de atender melhor a realidade do referido transtorno a fim de contemplá-lo, inclusive, não somente em previsão normativa, mas efetivamente deve-se implementar medidas que garantam uma efetiva inclusão.

Tem-se, então, por hipótese, que a judicialização envolvendo esse tema é motivada justamente pela falta de medidas que efetivem e contemplem a contento as necessidades dessas pessoas e, ainda, esse contexto demonstra a real necessidade de ampliação das políticas públicas no âmbito do TDAH, considerando o direito fundamental à educação inclusiva.

No enfoque da normatização, tem-se que recentemente alguns estados aprovaram leis que garantem assentos escolares à frente da sala para alunos que possuem o TDAH. Todavia, a depender da gravidade do referido transtorno tal medida não se faz suficiente.

A Lei Brasileira de Inclusão, lei nº 13.146, tem o enfoque de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Contudo, a sua implementação efetiva encontra alguns obstáculos como questões envolvendo necessidade de adequações, capacitação de profissionais e questões orçamentárias ligadas a chamada reserva do possível.

7 RESULTADOS JÁ OBTIDOS

Deve-se encarar políticas públicas como um meio para implementar direitos fundamentais. Nesse giro, SILVA (2012, p. 65), lembra da importância da construção desses direitos e não apenas de encará-los formalmente:

A democracia impõe-se como postulado no contexto do constitucionalismo contemporâneo, ultrapassando o conceito de legalidade, para alcançar o da legitimidade, emprestando às constituições, efetivamente, a função de “constituir”, para além de meramente “declarar” direitos. Vê-se, portanto, que as estruturas e forças sociais têm papel determinante sobre as decisões de interesse da sociedade, em especial aquelas denominadas “de governo”, tornando-se claro que tal esfera de deliberação não pode mais permanecer circunscrita ao ambiente formal do governo. O sucesso de uma política pública relaciona-se ao grau de conhecimento que se detém sobre o seu objeto, o que tende a maximizar a viabilidade de implantação de programa de ação governamental, ao mesmo tempo em que sua eficácia está vinculada ao grau de articulação de seus atores (poderes e agentes públicos).

Schmidt (2018, p. 133) aborda muito bem sobre as técnicas e os ciclos das políticas públicas. No que tange a chamada “janela de oportunidade” salienta:

A noção de janela, de oportunidade política, é relevante não apenas para governantes e representantes de grupos de interesse, mas também para ativistas sociais, lideranças populares e cidadãos comuns. A luta por causas populares, além de militância ativa e capacidade de mobilização, requer a identificação das melhores formas e do melhor momento de inserir as demandas nas engrenagens do jogo político

Em sua tese de doutorado, (SILVA 2015), fala dos marcos históricos envolvendo pessoas com deficiência, passando pela fase em que elas eram descartadas da sociedade, pois as condições de sobrevivência as eliminavam. Contudo ela aborda, nessa evolução, uma construção de novo tipo de sociedade mais inclusiva.

Constata-se a necessidade presente de se ter um olhar crítico e não somente formalista em relação a implementação dos direitos fundamentais como aplicação efetiva dos direitos humanos. Nesse raciocínio (WOLKMER 2017, p. 37), alerta: *“Para melhor compreensão crítica dos Direitos Humanos torna-se primordial direcioná-las pedagogicamente em termos interculturais”*.

Uma postura crítica rompe com a concepção dos direitos humanos meramente monocultural, formalista e estadista, viabilizando um novo olhar que abre alternativas para ações que permitam concretizar os direitos básicos ou, pelo menos, trabalhar efetivamente a busca da real implementação desses direitos.

Pertinente consignar, por envolver a ideia nuclear do presente estudo, bem como sua relevância, que o direito a educação é tido como fundamental por estar vinculado a um pressuposto que zela por um processo de desenvolvimento tanto individual como social, que são próprios da condição de ser humano.

Ficou estabelecido (BRASIL, 1988) com base constitucional o dever do Estado de, efetivamente, garantir a educação inclusiva com a integração do estudante com deficiência no ensino regular. Nos termos do art. 208 “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) prioriza um rol de medidas a serem efetivadas, incluindo a criação de programas de prevenção e atendimento especializado. Em seu artigo 227, § 1º, II, tem-se que:

criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

Note-se que há uma percepção da responsabilidade do poder público em promover ações que visem o acesso à educação para aqueles

que possuem necessidades especiais, já que o Estado tem o dever de agir diante do direito subjetivo previsto constitucionalmente.

Ocorre que, alegando limitações de ordem geral ligadas a chamada “reserva do possível” como escassez de recursos materiais, humanos e orçamentários, além de uma interpretação exageradamente formalista da norma, percebe-se que a realidade é diferente no que tange a implementação efetiva de medidas eficazes.

Isso inviabiliza a disponibilização da estrutura necessária para implementar de forma efetiva o acesso à educação de pessoas com algum tipo de necessidade, o que se observa em casos de alunos com o chamado Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade.

Colhe-se do julgado no Recurso Especial Nr. 594018 AgR:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DE PROFESSORES. UNIDADES DE ENSINO PÚBLICO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. ARTS. 205, 208, IV E 211, PARÁGRAFO 2º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. é dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que “[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental [...]. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revelasse possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 594018 AgR, relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-148.PUBLIC 07-08-2009).

Sobre políticas públicas e os direitos fundamentais, BARCELOS (2016, p. 127) destaca: “(...) Não se pode descartar que também entre os direitos fundamentais posicionam-se previsões relacionadas às políticas públicas, como, por exemplo, os direitos sociais”.

Desenvolver políticas públicas para proporcionar uma efetiva inclusão dessas pessoas, em uma análise macro, passa pela noção da questão social.

Nesse passo, ante a negativa do Poder Público em fornecer uma estrutura necessária para viabilizar o acesso e a efetiva e adequada permanência dessas pessoas em sala de aula, há uma considerável incidência de processos judiciais buscando tutelar o direito fundamental à educação inclusiva.

Ademais, é importante verificar que circunstâncias tem motivado a judicialização no âmbito do Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade. Para Schmidt (2018) o poder público em raras vezes proporciona a adoção de medidas que possam beneficiar todos igualmente, considerando-se que se vive em sociedades que apresentam desigualdades.

Sabe-se que existem variáveis a serem consideradas pelo administrador público e a questão de recursos econômicos notadamente sempre é trazida à baila para justificar a não contemplação de diversas necessidades sociais.

Todavia, não se pode perder de vista que diversas demandas giram em torno de necessidades que se evidenciam dentro de uma condição ligada a dignidade da pessoa humana e que precisam ser minimamente contempladas em atendimento ao conhecido e tão buscado por muitos que é o mínimo existencial. Note-se que para as pessoas que desenvolvem o transtorno aqui em estudo, a falta de uma efetividade mínima do ponto de vista inclusivo afeta diretamente o seu acesso à educação, podendo lhes trazer sérias consequências no âmbito afetivo e educacional.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Luiza Berg. **Direitos sociais e políticas públicas**: algumas aproximações. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 11, n. 2, p.109-138, ago. 2016. DOI: 10.5433/1980-511X.2016v11n2p109. ISSN: 1980-511X.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 22/05/2020.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4 ed. São

Paulo: Atlas, 2002.

LEI Nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 22/07/2020.

SCHMIDT, João Pedro. **Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas**. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul. v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688/7826>. Acesso em: 22/07/2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v3i56.12688>.

SILVA, Rogério Luiz Nery da. **Políticas Públicas e Administração Democrática**. UFSC, Sequência, n. 64, p. 57-84, jul. 2012. Doi: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p57>

WOLKMER, Antonio Carlos. **Repensando os direitos humanos desde uma perspectiva latinoamericana**. In: WOLKMER, Antonio Carlos; PINTO, Lorena Gonzáles (orgs.). Justiça e direitos humanos: para uma discussão contemporânea desde a América Latina. Canoas, RS: Ed. Unilasalle, 2017. Disponível em: Acesso em: 22/08/2020.

GT 2 Estado, Mercado e Sociedade: equações de equilíbrios

A SOCIEDADE LÍQUIDA E O COOPERATIVISMO: INDIVIDUALISMO E COOPERAÇÃO^{41 42}

THE LIQUID SOCIETY AND COOPERATIVISM: INDIVIDUALISM AND COOPERATION

Claudia Bauer Gonçalves, Yduan de Oliveira May

O presente trabalho tratou do individualismo e da cooperação. Almejou-se minimizar os impactos do individualismo da sociedade moderna. Para tanto, entende-se que substituição da solidez da ordem que dominava o período do medievo pela fluidez e a liquidez de uma estrutura Estatal que não se consegue delimitar proporcionou aos indivíduos a tão sonhada liberdade de ter para si asseguradas algumas garantias e criar um mercado. Não obstante, esse novo período conhecido como modernidade, também ressaltou valores como a individualidade e a competitividade. Tudo isso fez com que as desigualdades sociais e econômi-

41 Claudia Bauer Gonçalves, integrante do Núcleo de Pesquisa de Direito e Sociedade Econômica (DISE) e do Núcleo de Pesquisa em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC). Mestranda em Direito, Estado e Sociedade do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (PPGD/UNESC). Taxista pelo Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Ensino Superior (PROSUC/CAPES) e UNESC/PROPEX. UNACSA. Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, Criciúma. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. Contato: direitoclaudiab@gmail.com.

42 Yduan de Oliveira May, Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharel em Administração pela Escola Superior de Administração e Gerência da Universidade do Estado de Santa Catarina (ESAG/UDESC). Professor Titular dos Programas de Pós-graduação Stricto Sensu e Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Coordenador do grupo de pesquisas Direito e Sociedade Econômica (DISE/UNESC). Coordenador da rede de pesquisa internacional Direito e Desenvolvimento (*Law and Development*). Advogado. ym@unesc.net

cas se tornassem pontos marcantes dessa sociedade que conta com um poder estatal quase que invisível. Muitas críticas são tecidas com relação a esse novo período, inclusive reflexões sobre o excesso de criticidade que raramente resulta em medidas práticas. A partir disso, uma nova sociedade descrente das instituições e que não confia em ninguém além de si próprio fortalece cada vez mais esse sistema fluido e é enfraquecida em termos de valores afetivos, tudo se torna mercadoria. “Nadando contra a corrente”, algumas estratégias se apresentam para melhorar a cooperação entre indivíduos e criar laços reais entre pessoas, como é o caso do Cooperativismo. Com isso, o presente trabalho teve como intuito apresentar para a sociedade individualista moderna e pós-moderna artifícios que podem combater o egoísmo e elevar ideais de cooperação.

Cronologicamente, de maneira sucinta, pode-se dizer que após a Idade Média surge a Idade Moderna. Durante a Idade Média havia sociedades dentro da sociedade, no sentido literal dos termos. Não havia uma unicidade, nem um Estado que pudesse articular limites. Para Grossi (2012), em resumo, a experiência dos tempos medievais se passa com a ausência de um Estado. Dessa forma, durante a Idade Média, sem a presença do Estado existiu uma ordem jurídica, e a partir dela que se concretizavam as formas de controle. A preocupação do poder político vigente naquele período não ultrapassava os limites mínimos daquilo que era obrigatório. A solidez do período do medieval se concretizava na sua ordem e a maneira como as relações se davam.

Foi a crise do medievo que culminou na modernidade. Essa passagem não foi rápida nem brusca, aconteceu lentamente. Um período sólido como era o período medieval, passou por uma espécie de derretimento (BAUMAN, 2001). Assim, a libertação que a modernidade pareceu ter trazido consigo resultou no individualismo de uma sociedade regida por estruturas que antes tinham forma sólida, e passaram a ser líquidas e fluídas. Portanto, se o medievo se caracterizou por uma imensa teia de conexões e relações que se mantiveram por meio da autonomia da ordem, a nova forma de consumação de um poder político: o Estado, veio caracterizado pela individualização (GROSSI, 2012).

A impressão que se tinha era a de que a solidez do medievo com a ausência de um Estado impedia que os indivíduos fossem completamente livres e que substituir as estruturas de poder existentes por um modelo mais fluído traria a tão sonhada liberdade. Ocorre que a liberdade também veio acompanhada do individualismo, do olhar que se volta apenas para si e que ao buscar seu lugar de expressão dentro de uma massa social

não há tempo para cuidar de seu papel como cidadão. A liberdade, portanto, sem regras, é, em resposta, uma nova forma de cárcere. E o cárcere moderno, os controles que o Estado exerce, a cidadania que se concretiza, não saem da esfera digital. Dessa forma, todos participam da vida de todos e têm opiniões formadas sobre tudo, porém, são poucas as ações que se ocupam em pôr em prática soluções para os conflitos existentes.

Tudo isso abriu espaço para que a economia e os desejos da sociedade também fossem fluídos e líquidos. O resultado, conforme o próprio Bauman (2001, p. 74) previu, “condições econômicas e sociais precárias treinam homens e mulheres [...] a perceber o mundo como um contêiner cheio de objetivos descartáveis [...]”. Apesar disso, a competição que isso acarretou dentro da economia tem sido criticada por provocar estragos além dessa esfera, atingindo fortemente questões sociais. Em razão dos problemas que esse tipo de economia tem gerado, criando sociedades cada vez mais desiguais e individualistas, algumas vertentes filosóficas, sociais e econômicas propõem mecanismos que diminuem a desigualdade dentro do mercado e enaltecem condições justas de trabalho e de consumo. Singer (2002, p. 10) escreveu que “se toda economia fosse solidária, a sociedade seria muito menos desigual”.

Com isso, uma “tecla” que a chamada Economia Solidária menciona é a necessidade de desenvolver uma mentalidade nos indivíduos que possibilite realizar a tarefa de gerar uma economia mais igualitária. Para isso, seus seguidores defendem que a cooperação deve primar as relações humanas. (SINGER, 2002). Pode-se dizer que esse sistema cooperativista que iniciou com os tecelões de Rochdale se mostrava como “[...] um sistema capaz de promover o desenvolvimento econômico, social, político e cultural, para as nações de maneira equitativa, a importância de preservar suas características e princípios do trabalho coletivo.” (NUNES; FOSCHIERA, 2017, p. 230). Centrado em princípios éticos, o cooperativismo é mais do que uma válvula de escape para aqueles que precisam de ajuda para alavancar seus empreendimentos. Também pretende servir como um norteador para uma sociedade mais cooperativa e solidária. Não obstante, isso se refletiu nos princípios que a Aliança Cooperativa Internacional elencou como obrigatórios a serem seguidos pelas cooperativas, são eles: associação voluntária; controle democrático dos membros; participação econômica dos sócios; autonomia e independência; educação, formação e informação; cooperação entre cooperativas; sentimento de comunidade (ACI, 2019).

Outrossim, por essa lógica, em sua obra *Comunidade* (2003), Bauman assegurou que viver em comunidade é um dos sonhos de todos, por razões óbvias, como a segurança de poder contar com os outros integrantes de determinada comunidade, inclusive, define a palavra da seguinte maneira:

A palavra “comunidade” [...] sugere uma coisa boa: o que quer que “comunidade” signifique, é bom “ter uma comunidade,” “estar numa comunidade”. Se alguém se afasta do caminho certo, frequentemente explicamos sua conduta reprovável dizendo que “anda em má companhia”. Se alguém se sente miserável, sofre muito e se vê persistentemente privado de uma vida digna, logo acusamos a sociedade — o modo como está organizada e como funciona. As companhias ou a sociedade podem ser más; mas não a comunidade. Comunidade, sentimos, é sempre uma coisa boa. (BAUMAN, 2003, p. 7).

Contudo, no mundo moderno em que as relações se equiparam com a aquisição de bens materiais e objetos, parece surreal idealizar uma comunidade que se mantém apenas por laços de afinidade natural. Porém, a abordagem cooperativista também pode se expandir para o desenvolvimento de uma mentalidade menos competitiva e mais solidária como um senso da comunidade.

Nesse sentido, observou-se que utilizando métodos de aprendizagem que estimulam o cooperativismo entre alunos eram obtidos resultados bastante favoráveis na educação, comprovando a tese de que a cooperação é uma possível alternativa, conforme:

[p]ara além dos benefícios no domínio da realização escolar, o contexto cooperativo tem apresentado resultados positivos sobre um conjunto importante de outras variáveis. Através da aprendizagem cooperativa, a escola e a sala de aula, verdadeiros microcosmos da sociedade, abraçam a vivência de processos democráticos, na forma como as decisões são tomadas e aplicadas e no tipo de relacionamento que os alunos adotam entre si. (BESSA; FONTAINE, 2002, p. 125).

Ainda, para Bessa e Fontaine (2012), o contexto da sociedade moderna que fica situado sob a matriz do mercado faz com que os vínculos sociais e a relação entre os indivíduos se perca e as filosofias adotadas no pensamento comum da sociedade costumam ter um cunho mais liberal e compatível à competitividade de um capitalismo selvagem. Esse caráter se replica em todos os âmbitos da vida e das estruturas, como por

exemplo dentro da própria sala de aula, com um sistema de notas que diferencia alunos e avalia algumas particularidades específicas dos estudantes. Pode-se dizer que a pós-modernidade se rege por um capitalismo desorganizado que culmina na desigualdade social, econômica e cultural e que se multiplica. Todavia, é possível contornar os problemas levantados pela crítica com uma ação prática: o cooperativismo.

Marcada pela descrença no público e pela crítica sem propostas, bem como pelo capitalismo desorganizado, a pós-modernidade talvez ainda possa ser salva. Contrariando as afirmações levantadas por Bauman (2001) sobre a falta de opções reais além da crítica, apontou-se o cooperativismo para minimizar os efeitos menos humanísticos da pós-modernidade. Construiu-se essa opção com base nos princípios adotados pelo cooperativismo. Primeiramente, os princípios do cooperativismo são obrigatórios para garantir o funcionamento adequado de qualquer empreendimento que adote suas diretrizes. No entanto, do que já foi apresentado não é necessário adotar uma filosofia cooperativista apenas abrindo uma associação cooperativa para fins econômicos, pois uma estrutura de cooperação pode ser aplicada inclusive no sistema de ensino. Com isso, subentende-se que é possível utilizar tais ideais em todos os setores e na vida dos indivíduos e de suas comunidades (SINGER, 2002; BESSA; FONTAINE, 2012; BAUMAN, 2001).

Criticou-se que a modernidade e a pós-modernidade que provocaram um esvaziamento dos espaços públicos, fazendo com que cidadãos sejam meramente indivíduos que se enxergam dentro de um grupo de forma escusa de qualquer responsabilidade sobre os rumos que a sociedade tomará. No entanto, o cooperativismo ressalta a democracia de forma autogestionária, ficando a cargo de todos as decisões de tudo, inclusive porque têm consciência de que qualquer decisão tomada recairá sobre todos (GROSSI, 2012; BAUMAN, 2001; SINGER, 2002). Dessa forma, o cooperativismo e a cooperação em si, devem ser adotados como alternativa para os problemas da competição e do individualismo que massacram a sociedade atual.

Concluiu-se que o cooperativismo, apesar de ser visível pelas cooperativas, que são associações sem fins lucrativos, constituídas voluntariamente por indivíduos que possuem um objetivo econômico em comum, supre a necessidade material e de consumo, melhorando as oportunidades de acesso aos bens materiais que tanto desejam e necessitam. Ao mesmo tempo, fomenta o ideário de que a opinião de todos é importante, independentemente do poder e da posição social que ocupam, assim como valores de solidariedade.

Para tanto, utilizou-se o método de pesquisa dedutivo, pelo procedimento monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos e sítios eletrônicos. Primeiro, apresentou-se características da Idade Média para a compreensão da Idade Moderna, que, em segundo momento, foi delineada de acordo com a teoria da liquidez de Zygmunt Bauman. Após, explicou-se o cooperativismo de maneira mais restrita às questões da comunidade e da cooperação. Ao final, relacionou-se a teoria de Bauman com algumas contribuições que o cooperativismo pode oferecer ao mundo moderno.

Palavras-chave: Cooperativismo; Modernidade Líquida; Cooperação; Individualismo

REFERÊNCIAS

ACI, Alianza Cooperativa Internacional. **Identidad cooperativa:** nuestros principios y valores, 2019. Disponível em: <https://www.ica.coop/es/cooperativas/identidad-alianza-cooperativa-internacional>. Acesso em: 12 dez. 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

_____, Zygmunt. **Ética Pós-Moderna**. São Paulo: Paulus, 1997.

_____, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BESSA, Nuno; FONTAINE, Anne Marie. **A aprendizagem cooperativa numa pós-modernidade crítica**. Educação Sociedade e Culturas, Portugal, nº 18, 2002, pp. 123-147. Disponível em: <https://www.fpce.up.pt/ciie/?q=publication/revista-educacao%20A7C3A3o-sociedade-culturas/edition/educacao%20A7C3A3o-sociedade-culturas-18>. Acesso em: 13 out. 2019.

GROSSI, Paolo. **Da sociedade de sociedades à insularidade do Estado entre medievo e idade moderna**. Revista Sequência, Florianópolis, n. 55, p. 9-28, 2007. Janeiro: Lumes Juris, 2012.

NUNES, Juraildes Barreira; FOSCHIERA, Atamis Antonio. **Cooperativismo:** o processo histórico do cooperativismo e a visão do estado brasileiro. Humanidades e Inovação, [s. l.], v. 4, n. 5, p. 227-237, 2017.

SEBRAE, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Os princípios do cooperativismo**, 2019. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/artigosCoperacao/os-principios-do-cooperativismo,73af438af>

1c92410VgnVCM100000b272010aRCRD#. Acesso em: 13 dez. 2019.

SINGER, Paul. **Introdução à economia solidária**. 1ª ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

VOLLES, Adriana et al. (Orgs.). **Ensaio Sobre o Cooperativismo Solidário**. INFOCOS, Francisco Beltrão, 2010.

INOVAÇÃO E EMPREENDEDORISMO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: O DESAFIO JURÍDICO DO DIMENSIONAMENTO DO RISCO DO INVESTIDOR-ANJO DE *STARTUPS*.⁴³

INNOVATION AND ENTREPRENEURSHIP IN THE INFORMATION SOCIETY: THE LEGAL CHALLENGE OF DIMENSIONING THE RISK OF STARTUP ANGEL-INVESTORS.

Renata Vielmo Guidolin⁴⁴

Resumo: O presente trabalho, partindo da revisão bibliográfica e utilizando-se do método dedutivo, que contará com futuro estudo de caso prático, tem por finalidade examinar a importância do investimento-anjo para o fomento do empreendedorismo no Brasil, os riscos assumidos pelo investidor-anjo e a necessidade de se conferir segurança jurídica a essa figura que é de primordial importância ao desenvolvimento das *startups*. A este efeito, a primeira parte do estudo é dedicada a uma reflexão sobre o cenário no qual surge o novo modelo de negócios propiciado pela difusão das novas tecnologias, a denominada sociedade da informação ou sociedade em rede. A segunda parte do texto apresentará o surgimento de um novo modelo de negócio que se convencionou chamar de *startups*, e suas formas de financiamento. A terceira parte do trabalho apresentará a atuação e dimensionamentos dos riscos do investidor-anjo nas *startups*, oportunidade na qual será examinada a legislação pátria sobre o tema.

Palavras-chave: Direito; Empreendedorismo; Novas Tecnologias; Sociedade da Informação; Startups

43 Resumo expandido desenvolvido sob a orientação do prof. José Tadeu Neves Xavier, elaborado a partir de debates desenvolvidos no Projeto de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade e Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, desenvolvido na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).

44 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade e Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, coordenado pelo Prof. José Tadeu Neves Xavier. Especialista em Direito Tributário Empresarial – FGV (2005). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. (2002). Advogada. Endereço eletrônico: renata@guidolinadvogados.adv.br

Abstract: The present work, through bibliographic review, using the deductive method, that will count with a future study on a practical case, has the scope to examine the importance of the angel investment to the encouragement of entrepreneurship in Brazil, the risks assumed by angel investors and the necessity to provide legal certainty to this figure, that has primary importance to the development of startups. To this effect, the first part of the study is dedicated to a consideration of the scenario in which the new business model arises from the diffusion of new technologies, the so-called information society, or network society. The second part of the text will present the emergence of a new business model that was conventionally called startups, and its forms of financing. The third part of the work will present the performance and dimensioning of angel investor risks in startups when the national legislation on the subject will be examined.

Keywords: Law; Entrepreneurship; New Technologies; Information Society; Startups

INTRODUÇÃO

O empreendedorismo vem ganhando papel de destaque no cenário mundial, fato que começa a ocorrer também no Brasil com mais veemência no início do século XXI. Nunca antes se falou tanto sobre o tema como se tem falado nos últimos tempos. Desta euforia coletiva, ainda que em tempo de crise, expressivo número de empreendedores vem a cada dia se dedicando a colocar suas ideias em prática, criando soluções inovadoras e com grande potencial financeiro.

Surge então, a partir do final do século XX e com mais intensidade no início do século XXI, um novo modelo de empresa, as denominadas *startups*. Contudo, na grande maioria das vezes os recursos que dispõem estes empreendedores são insuficientes para financiar o crescimento do negócio em escalas maiores, momento então que se torna necessária a busca de financiamento externo das atividades. O foco da pesquisa é investigar o dimensionamento do risco do investidor-anjo, figura de suma importância no estágio inicial das *startups*.

Nesse contexto, afigura-se relevante questionar: o modelo de responsabilidade civil aplicado ao investidor, regulado pela legislação e interpretado e aplicado pelos nossos Tribunais, é adequado a essa nova

realidade empresarial? Em que medida esse modelo de responsabilização dificulta o fomento do empreendedorismo no Brasil?

A este efeito, a primeira parte do texto é dedicada a uma reflexão sobre o cenário no qual surge o novo modelo de negócios propiciado pela difusão das novas tecnologias, a denominada sociedade da informação ou sociedade em rede. A segunda parte do estudo apresentará o surgimento de um novo modelo de negócio que se convencionou chamar de *startups*, e suas formas de financiamento. A terceira parte do trabalho examinará a atuação e dimensionamentos dos riscos do investidor-anjo nas *startups*, oportunidade na qual será examinada a legislação pátria sobre o tema.

OBJETIVO

A finalidade do presente trabalho é apurar a delimitação do risco de uma figura essencial ao fomento das atividades em estágio inicial deste novo modelo de negócios, que é o investidor-anjo. Nesse contexto o problema posto e que o presente estudo, ainda em fase inicial, pretende responder diz com a adequação ou não do modelo de responsabilidade civil aplicado ao investidor-anjo, regulado pela legislação e interpretado e aplicado pelos nossos Tribunais, e de que forma tal modelo de responsabilização dificulta ou favorece o fomento do empreendedorismo no Brasil.

METODOLOGIA

Para alcançar a finalidade pretendida no presente estudo será utilizado o método de abordagem dedutivo, por meio de técnica de pesquisa na modalidade qualitativa, com base em pesquisa sobre a doutrina e legislação sobre o tema, que contará com futuro estudo de caso prático.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Desde o início dos anos 1980 o mundo está vivendo um processo de transformação estrutural, o qual está ligado ao surgimento de um novo paradigma tecnológico, baseado nas tecnologias de comunicação e informação. A realidade hoje é de um fluxo de informações intenso, o que permite uma constante mudança, caracterizando um mundo desterritorializado, onde não existem barreiras de tempo e de espaço para que as pessoas se comuniquem. Este novo mundo pode ser definido como “um mundo em disparada”, onde “não só o ritmo

da mudança social é muito mais rápido que em qualquer sistema anterior; também a amplitude e a profundidade com que ela afeta práticas sociais e modos de comportamento preexistentes são maiores” (GIDDENS, 2002a, p. 21).

O sociólogo Manuel Castells denomina esta nova realidade como sociedade em rede, onde “a tecnologia não determina a sociedade: é a sociedade” (CASTELLS, 2005, p. 17), e tal ocorre pois é a sociedade quem molda a tecnologia de acordo com as necessidades, convicções e anseios dos que fazem uso das tecnologias. A ultrapassada sociedade industrial teve nas redes energéticas a sua coluna vertebral enquanto a sociedade em rede é baseada nas redes de comunicação digital, as quais possibilitam a existência de redes que ultrapassam limites históricos e territoriais (CASTELLS, 2005, p. 18). A comunicação em rede não conhece fronteiras, as redes são globais, logo, a sociedade em rede é também mundial.

Neste contexto, a sociedade pós-industrial tem na informação um novo bem precioso, que se torna, agora, o poder da economia. A ideia implícita ao conceito de sociedade em rede ou sociedade de informação, também denominada de Terceira Onda (TOFFLER, 1980, p. 138), é o de uma sociedade posta num processo de mudança constante, fruto dos avanços na ciência e na tecnologia, e que acarreta a necessidade de rompimento com velhos paradigmas.

O cenário da globalização da economia, onde todo mercado tem acesso a bens e serviços criados em qualquer país ou países apresenta uma tendência de colocar as empresas nacionais em competição aberta com empresas estrangeiras de qualquer parte do globo (LIVRO VERDE PARA A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO EM PORTUGAL, 1997, p. 49), e por tal motivo é necessário que o Estado apoie o aumento da competitividade e a capacidade de internacionalização das empresas nacionais no contexto da sociedade da informação (LIVRO VERDE PARA A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO EM PORTUGAL, 1997, p. 62).

Nessa nova realidade um número cada vez mais expressivo de projetos baseados na inovação tem surgido na busca por espaço no mercado, principalmente após a crise financeira vivenciada mundialmente nos anos 2007-2008, a qual também representou uma grande oportunidade para a exploração de soluções criativas apresentadas por estas novas empresas denominadas *startups* (SANTOS, 2017, p. 242).

O termo *startup* foi inicialmente usado nos Estados Unidos da América na chamada “bolha da internet”, que ocorreu entre 1996 e 2001, e se destinava a especificar “um grupo de pessoas que trabalhava com uma

ideia diferente que poderia alcançar um grande nível de lucro e crescimento” (SANTOS, 2017, p. 243). Apesar de o significado do termo ter evoluído ao longo dos anos, a premissa essencial continua sendo a mesma - seu caráter inovador e a possibilidade de crescimento rápido, que independe do local onde o negócio se desenvolve (ROSSETTI, 2014, p. 6).

No Brasil o conceito legal de *startups* foi introduzido pela Lei Complementar n. 167/2019, legislação que busca fomentar a criação, formalização, desenvolvimento e consolidação de *startups* e empresas de inovação de caráter incremental ou disruptivo. Essa legislação trouxe três requisitos para que a empresa seja considerada uma *startup* pelo prisma legal, quais sejam: caráter inovador, objetivo empresarial e ambiente de atuação. Importante notar que a partir dos elementos trazidos, a nova legislação se caracteriza como alinhada à dinâmica realidade da inovação nos dias atuais.

Ressalte-se que as *startups* têm reconhecidamente grande dificuldade de acesso aos recursos disponibilizados pelo sistema bancário, que no mais das vezes se mostra relutante em emprestar dinheiro a novas empresas com garantias limitadas, muito em virtude de seu curto histórico de crédito e seu alto grau de incerteza quanto ao sucesso (SANTOS, 2017, p. 247). O financiamento destes novos negócios é, contudo, primordial para que as ideias sejam colocadas em prática, uma vez que seus fundadores na maior parte das vezes não dispõem de recursos próprios para tanto. Nesse cenário o financiamento externo se configura como essencial à subsistência das *startups*, até o momento em que a empresa tenha condições de manter seu crescimento.

É nesta época do desenvolvimento das *startups* que surge a possibilidade de três formas de financiamento externo aos quais estas empresas costumam recorrer: o *Initial Coin Offerings*, o *Crowdfunding*, e o investimento em capital de risco. O foco do presente estudo é o investimento em capital de risco, que se difere das formas tradicionais de financiamento mormente em face da “assunção directa dos riscos do negócio por parte do capitalista de risco, mas também, e consequentemente, pela possibilidade de apoio técnico à equipa dirigente da empresa, através de conhecimento e experiência acumulada” (CALDEIRA, 2014, p. 5). É nesta categoria de investimento que está o investidor-anjo, figura que possui um papel de destaque na fase inicial das *startups*. Tomando como base tais informações, cabe definir: o que o Direito tem a ver com o ecossistema? O Direito faz parte desse conceito? E se fizer, é um elemento importante?

O investimento realizado pelo investidor-anjo não é apenas financeiro, mas também intelectual, representado por orientações e diretrizes

aos empreendedores, uma vez que grande parte dos investidores atuam ou já atuaram no mercado de negócios, detendo assim larga experiência na sua área de atuação, desejando investir seu capital e expertise em novas ideias, no mais das vezes ligadas à tecnologia. Assim, em face da importância da figura do investidor-anjo para o ecossistema das *startups*, é primordial ao analisar as questões jurídicas do processo de financiamento de *startups* que seja garantida proteção jurídica aos envolvidos.

Outro ponto relevante é o do reconhecimento jurídico dos processos de investimento em empresas nascentes. Este é um problema cotidiano: novas formas de investimento em empresas nascentes surgem com mais rapidez do que o Direito é capaz de acompanhar. Os perigos que revestem operações de investimento atípicas são muitos: pode-se citar desde a falta de proteção informacional de acionistas e empreendedores, perpassando pela insegurança em limitação de responsabilidade e resultando em questões tributárias e trabalhistas.

Necessário atentar para o fato de que o investidor ao ingressar no quadro societário de uma *startup*, além de arriscar perder o valor investido, poderá perder muito mais, tendo em vista a possibilidade da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em determinados casos, que consiste na possibilidade do levantamento do véu societário para alcançar-se o patrimônio pessoal dos sócios ou administradores.

Crucial, portanto, a atuação do Estado na legislação e a regulação das responsabilidades assumidas pelo investidor ao empregar seu capital nesses novos modelos de negócio (FEIGELSON et al, 2018, p. 57). É possível dizer que o Direito influencia diretamente a qualidade de um ecossistema empreendedor, o que se dá primordialmente pelos institutos jurídicos: legislação, políticas públicas de fomento à pesquisa e inovação, nível de regulação de mercado, dentre outros – existentes e vigentes em um determinado ambiente. Nesse cenário, o Estado que atua com qualidade no ambiente empreendedor é aquele que gera institutos jurídicos capazes de encorajar o ato de empreender. E a grande questão que surge é justamente como fazer com que institutos jurídicos, naturalmente rígidos, sejam flexíveis e adaptáveis ao dinamismo do empreendedor.

O nascimento do investidor-anjo no sistema jurídico pátrio deu-se com a publicação da Lei Complementar 155/2016, a qual trouxe a descrição da participação do investidor nas sociedades, na participação dos lucros, período de vigência do contrato de participação e a regulamentação da tributação que recairá sobre o investidor-anjo. Persiste, contudo, o questionamento sobre a falta de determinação do tipo societário que

recairá sobre o investidor-anjo e sobre qual regime tributário incidirá sobre o investidor-anjo pessoa jurídica.

CONCLUSÃO

Na nova realidade, denominada de sociedade da informação ou sociedade em rede, a inovação e o empreendedorismo, junto com o surgimento das novas tecnologias, são fatores que impulsionam o desenvolvimento de um país. É importante que se desenvolva um bom ecossistema empreendedor, uma vez que as relações jurídicas, sejam legais ou contratuais, influenciam diretamente o desempenho desses negócios e, por conseguinte, impactam os benefícios daí advindos. O atuar do Poder Público neste cenário, legislando e regulando, deve conduzir à criação e manutenção de instituições sólidas, que reforçam relações de confiança no setor privado, possibilitando assim o desenvolvimento do empreendedorismo no Brasil.

O tema se encaixa em um contexto de ascensão das *startups* – empresas inovadoras – pelo mundo e também no Brasil. Fomentar a inovação e dar condições ao surgimento de empresas *startups* significa melhorar as condições que um país tem de crescer economicamente, uma vez que o desenvolvimento social pode decorrer também da inovação. Para que se propicie o crescimento e desenvolvimento destas empresas é necessário que seja criado um ambiente favorável, que propicie segurança jurídica, à importante figura do investidor-anjo. Nesse passo, o Estado tem especiais responsabilidades no fomento de um ambiente propício ao desenvolvimento de tecnologias e redes informacionais, uma vez que em não ocorrendo a inovação organizacional a inovação tecnológica por si só não irá estabelecer-se como fator de desenvolvimento e efetiva fonte de competitividade.

A partir da identificação do problema, e da forma como a doutrina especializada vem abordando a questão, é possível reconhecer, mesmo que provisoriamente, que ainda que nova legislação tenha vindo para regular a figura do investimento nas *startups*, um longo caminho ainda se tem a percorrer quando se trata da segurança jurídica a ser conferida à figura do investidor-anjo em face da responsabilização civil, mormente a desconsideração da personalidade jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Lei Complementar 155, de 27 de outubro de 2016*. Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp155.htm. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar 167, de 24 de abril de 2019*. Dispõe sobre a Empresa Simples de Crédito (ESC) e altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Lei do Simples Nacional), para regulamentar a ESC e instituir o Inova Simples. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp167.htm. Acesso em: 11 jul. 2020.

CALDEIRA, Rui. O Contributo das Sociedades de Capital de Risco para o Empreendedorismo. 2014. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/23051/1/O%20contributo%20das%20sociedades%20de%20capital%20de%20risco%20para%20o%20empreendedorismo.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. P. 17-29. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (coord.). *A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

FEIGELSON, Bruno, Erick Fontenele Nybo e Victor Cabral Fonseca. *Direito das startups*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2002, Base de Dados Minha Biblioteca.

LIVRO VERDE PARA A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO EM PORTUGAL, 1997. 125 p. Disponível em: <http://homepage.ufp.pt/lmbg/formacao/lvfinal.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

ROSSETTI, Pedro; SANTOS, Armando. Startups de Base Tecnológica na UP-TEC, 2014, p. 6, Disponível em: <http://docplayer.com.br/39097845-Startups-de-base-tecnologica-na-uptec.html>. Acesso em: 10 jul. 2020;

SANTOS, João Vieira dos. Aspectos jurídicos das Startups. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 77, p. 241-279, Lisboa, jan.-jun. de 2017.

TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*. Rio de Janeiro: Record, 1980.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: OS IMPACTOS DE UMA LEI AINDA SEM VIGÊNCIA⁴⁵

GENERAL DATA PROTECTION REGULATION: THE IMPACTS OF A REGULATION WITHOUT ACTUAL VALIDITY

Ana Luiza Liz dos Santos⁴⁶

INTRODUÇÃO

No contexto da Sociedade da Informação, diante do constante processo de desenvolvimento e evolução das relações sociais e do ambiente digital, especialmente por decorrência do avanço tecnológico, o crescimento dos fluxos de informações fez crescer, de igual forma, a importância atribuída às informações. Nesse cenário, assume especial relevância a necessidade de uma legislação específica e efetiva com instrumentos de tutela para a proteção dos direitos de personalidade, que estão cada vez mais dotados de uma conotação mais ampla.

O Brasil alcançou um avanço legislativo quando foi promulgada, pela Presidência da República, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), em 14 de agosto de 2018. A aprovação de uma lei que protege especificamente o cidadão com relação ao uso de seus dados pessoais é de extrema importância para o adequado desenvolvi-

45 Resumo desenvolvido para o IV Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa – EGRUPE, para o “Grupo de Trabalho 2 – Estado, Mercado e Sociedade: Equações de Equilíbrios”, sob orientação do Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier, no âmbito do Grupo de Estudos Relações Tensionais entre Estado, Mercado e Sociedade: Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

46 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade: Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, coordenado pelo Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Assessora Jurídica (Cargo em Comissão) em Gabinete de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1213105149446784>. E-mail: analuizaliz.s@hotmail.com.

mento do país, o que se observa especialmente a partir da exitosa experiência vivenciada pelos países que já possuem legislação específica sobre a temática. É por isso que, uma vez promulgada a Lei, mesmo que ainda sem vigência, cabe aos operadores do Direito a disseminação da importância de seu conteúdo, bem assim a ação para que suas disposições sejam efetivamente cumpridas.

Diante deste contexto, o presente estudo se propõe, em um primeiro momento, a expor o cenário decorrente da Sociedade da Informação, a partir do avanço tecnológico e da evolução do ambiente digital, bem como da reestruturação das relações pessoais, sociais e econômicas com base nos fluxos de conhecimento e informação. Nesse contexto, os direitos à intimidade e à privacidade assumem um conteúdo mais aberto e abrangente, ocasionando uma ampliação e, consequentemente, uma mudança na perspectiva do bem jurídico tutelado. Na sequência, se dispõe a tratar da importância da contribuição da Lei Geral de Proteção de Dados para a tutela e para a efetivação dos direitos de personalidade, bem assim das consequências decorrentes do adiamento do início da vigência desta lei no ordenamento jurídico brasileiro e, finalmente, sobre a contribuição dos operadores do Direito para o impulsionamento das disposições da LGPD, a fim de conscientizar as pessoas físicas e jurídicas – estas de direito público e privado – e a sociedade como um todo acerca da necessária tutela dos dados pessoais e da autodeterminação informativa.

PROBLEMA

Diante do constante processo de desenvolvimento e evolução da Sociedade da Informação, na medida em que também evoluem as relações sociais e o ambiente digital, quais os mecanismos para a efetivação dos direitos de personalidade, em especial o direito à proteção de dados e o direito à autodeterminação informativa, a partir da promulgada, mas ainda não vigente, Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), em face da reestruturação das relações pessoais, sociais e econômicas com base nos fluxos de conhecimento e informação?

HIPÓTESE

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) foi sancionada no ano de 2018 pela Presidência da República, e representa um

marco legal para a proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro, tanto em termos de efetivo instrumento de tutela destes direitos, quanto em termos de inserir o Brasil no grupo de países que possui legislação específica sobre a temática. Vislumbra-se, portanto, sua primordial importância, uma vez que tem por principal objetivo a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

O inciso II do artigo 65 do texto original da Lei nº 13.709/2018 previa um estágio de 24 meses de *vacatio legis* para, somente após este período, entrar em vigor. Contudo, em que pese esta disposição inicial, o Poder Executivo e o Poder Legislativo movimentaram-se no sentido de, em razão da pandemia mundial do Covid-19, postergar o início da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados. Este movimento pode ser percebido em razão da edição da Lei nº 14.010/2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). No mesmo sentido, a Presidência da República editou a Medida Provisória nº 959/2020 que, dentre outras disposições, prorroga a *vacatio legis* da Lei nº 13.709/2018. Quanto à esta medida, necessário ressaltar que, nos termos do § 3º do artigo 62 da Constituição Federal, as medidas provisórias terão eficácia durante o período de 60 dias, os quais poderão ser prorrogados uma vez por igual período. Isso significa dizer que, a referida Medida Provisória, que ainda não foi convertida em lei, poderá ter sua eficácia eliminada, conforme disposição do texto constitucional.

O ordenamento jurídico brasileiro aguarda o início da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, e este cenário acentua o debate sobre a importância assumida pela tutela dos direitos de personalidade, em especial dos dados pessoais e da autodeterminação informativa. Mesmo que a Lei nº 13.709/2018 ainda não esteja em vigor, a temática referente à proteção destes direitos tem, cada vez mais, feito parte dos debates jurídicos, das pesquisas de estudiosos e doutrinadores e, de igual forma, da tutela das decisões judiciais.

METODOLOGIA

O presente estudo será desenvolvido com a utilização do método de abordagem hipotético-dedutivo, mediante técnica de pesquisa na modalidade qualitativa, a partir de pesquisa sobre a doutrina e a legislação constitucional e infraconstitucional existentes sobre o tema.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

As novas tecnologias da informação possuem capacidade para integrar o mundo em redes globais de instrumentalidade e, em razão disso, o caminho percorrido pelas sociedades informacionais tem os primeiros passos históricos caracterizados pelo princípio organizacional da preeminência da identidade (CASTELLS, 2005, p. 57). Em que pese as principais descobertas tecnológicas tenham ocorrido a partir da II Guerra Mundial, apenas a partir da década de 1970 as novas tecnologias da informação foram amplamente difundidas, de modo a acelerar seu desenvolvimento e originar um novo paradigma (CASTELLS, 2005, p. 76).

Por decorrência da reestruturação das sociedades e dos novos modelos de relações, a partir da sua organização em torno dos fluxos de conhecimento e de informação, surgiu o que se convencionou chamar de Sociedade da Informação (GUTIÉRREZ, 2002, p. 3). Nesse contexto, cada vez mais as transformações técnicas, organizacionais e administrativas passaram a ter como elemento central os insumos decorrentes das informações propiciadas pelos avanços tecnológicos (WERTHEIN, 2000, p. 71).

A Sociedade da Informação vive em constante processo de desenvolvimento e evolução, na medida em que também evoluem as relações sociais e o ambiente digital. O final do século XIX demonstrou, com ainda mais potência, que os avanços e as mudanças decorrentes das inovações tecnológicas da difusão dos meios de comunicação poderiam originar novas formas de violações aos direitos de personalidade, na medida em que a “exposição excessiva e maliciosa de imagens e relatos sobre determinados indivíduos poderiam causar modalidades inéditas de invasão à esfera da privacidade daqueles expostos” (SARLET; FERREIRA NETO, 2019, p. 60). Este cenário, por sua vez, torna de fundamental importância a proteção dos direitos de personalidade, em especial os dados pessoais e os direitos dos usuários quanto à sua autodeterminação informativa e à sua privacidade.

A proteção dos direitos de personalidade é essencial para a promoção e resguardo da dignidade humana que, por sua vez, é fundamento

do Estado Democrático de Direito, constituindo valor unificador de todos os direitos fundamentais, tendo como uma de suas mais destacadas funções o fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, sendo que este segundo elemento advém da sua condição de princípio fundamental em sua dimensão objetiva (SARLET, 2015, p. 95-97). Ademais, os dados e as informações abraçados pelos direitos de personalidade correspondem a um conjunto abrangente de projeção da personalidade humana, o que exige uma firme proteção pelo ordenamento jurídico (SCHREIBER, 2019, p. 368).

No contexto da Sociedade da Informação, tem-se que, desde a segunda metade do século XX, poucos foram os conceitos jurídicos que sofreram significativa transformação como o conceito que envolve o direito à privacidade (MENDES, 2011, p. 46). A necessidade de adequação a partir do surgimento das novas tecnologias fez surgir, no direito à privacidade, uma necessidade de mudança de perspectiva do bem jurídico tutelado (DONEDA, 2019, p. 128), isto é, no atual contexto, a intimidade e a privacidade têm assumido uma conotação mais ampla, especialmente porque têm o condão de resguardar o cidadão com relação ao uso de seus dados os quais, cada vez mais, abrigam conteúdos econômicos (LIMBERGER, 2007, p. 58).

A persistência na temática da privacidade vai além da necessária garantia aos interesses englobados por ela, e que dela decorrem. Isso porque a reinvenção da proteção de dados é indispensável tanto para a adequada consolidação da proteção dos direitos fundamentais, quanto para que as sociedades não se tornem controladoras, vigilantes e socialmente seletivas (RODOTÀ, 2008, p. 21).

O direito à proteção de dados pretende o resguardo da esfera íntima, reservada e particular do indivíduo em face das atuações do Poder Público e de pessoas físicas e jurídicas. Em razão disso, a proteção dos dados pessoais é, certamente, um dos desafios mais sensíveis que o direito contemporâneo enfrenta, especialmente por decorrência do significativo e extraordinário avanço tecnológico verificado nas últimas décadas (SCHREIBER, 2019, p. 368).

A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (Lei nº 13.709/2018), promulgada em 14 de agosto de 2018, corresponde a um importante marco legislativo, e insere o Brasil no rol de países que possuem legislação específica sobre a temática. A promulgação de uma lei que protege os dados pessoais propicia um salto de qualidade normativa na regulamentação deste tema, “funcionando como alicerce instrumental para impedir (ou

ao menos reprimir) as contendas jurídicas que, no século XXI, crescem a ritmo acelerado, colocando em xeque, cada vez mais, o direito à privacidade” (CRESPO; RIBEIRO FILHO, 2019, p. 183).

Conforme texto inicial, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) teria um período de *vacatio legis* de 24 meses. Contudo, por decorrência da pandemia mundial do Covid-19, foi sancionada a Lei nº 14.010/2020 que, em vigor desde meados de junho de 2020, dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado, bem como foi editada pela Presidência da República a Medida Provisória nº 959/2020, sendo que ambas as disposições prorrogam para o ano de 2021 o início da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados.

Em que pese os movimentos realizados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, o cenário atual, inclusive acentuado pela pandemia mundial, tem gerado um ambiente de maior fragilidade dos dados pessoais. O contexto da Sociedade da Informação ocasiona constantes mudanças e inovações, bem como propicia uma disseminação praticamente instantânea das informações e, por isso, é imprescindível que se compreenda que a Lei Geral de Proteção de Dados, “sem a necessária aplicabilidade, não passará de um singelo conjunto de signos, muito longe do patamar de relevância e proteção para o qual foi criada” (CRESPO; RIBEIRO FILHO, 2019, p. 183).

Os estudiosos, a doutrina e a jurisprudência têm promovido debates e esforços para a disseminação das disposições e dos princípios que regem a Lei Geral de Proteção de Dados, mesmo que o início de sua vigência tenha se distanciado, especialmente porque ela tem por objetivo “proporcionar garantias aos direitos do cidadão, ao mesmo tempo em que fornece as bases para o desenvolvimento da economia da informação, baseada nos vetores da confiança, segurança e valor” (MENDES; DONEDA, 2018, p. 469). A Lei Geral de Proteção de Dados apresenta princípios, procedimentos, direitos e deveres significativamente claros, regulamentando o uso consciente dos dados pessoais e, por isso, está no radar dos operadores do Direito, mesmo que ainda não esteja em vigor.

CONCLUSÃO

No contexto da Sociedade da Informação, os dados pessoais e as informações adquirem conotação de bens economicamente valiosos e socialmente relevantes e, conseqüentemente, esta situação é potencializada pelo avanço tecnológico e da modernização das relações. A temática envolvendo a proteção dos dados e das informações pessoais, neste

cenário, torna-se essencial, especialmente porque a capacidade que as redes possuem para traçar os perfis dos usuários abre ampla margem para a existência de controle econômico, político e social.

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) surge, no ordenamento jurídico brasileiro, como um importante instrumento para a proteção e a regulamentação do uso dos dados pessoais, bem assim para a apresentação de sancionamentos passíveis de imposição por decorrência de descumprimento das disposições da Lei. Contudo, em que pese sua relevância para a sociedade brasileira – bem como para o país no contexto internacional – a Lei sancionada em 2018 ainda não possui vigência em nosso país. Isso porque o período de 24 meses de *vacatio legis* foi expandido sob a justificativa do contexto decorrente da pandemia mundial de Covid-19, de modo que as disposições da Lei Geral de Proteção de Dados entrarão em vigor apenas no ano de 2021.

Não é possível deixar de considerar a importância da promulgação de uma legislação específica sobre a temática da proteção de dados. Ao mesmo tempo, não é possível que passem despercebidos os atos dos Poderes Executivo e Legislativo no sentido de prorrogar o início da vigência de uma tão significativa e esperada lei. Em razão desta realidade, tanto no período em que se aguarda o início da vigência da LGPD, quanto a partir do momento em que a Lei passar a ser aplicável, maior relevância adquirem os atos dos operadores do Direito, no sentido de despertar interesse, difundir conhecimento e chamar atenção para a temática decorrente da nova realidade protetiva dos dados pessoais.

REFERÊNCIAS

BRASIL [Casa Civil]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 6 ago. 2020.

BRASIL [Casa Civil]. **Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal nº 13.709/2018)**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em 6 ago. 2020.

BRASIL [Casa Civil]. **Lei Federal nº 14.010/2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm>. Acesso em 6 ago. 2020.

BRASIL [Presidência da República]. **Medida Provisória nº 959/2020**. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/>

[mpv959.htm](#)>. Acesso em: 6 ago. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 8 ed., v. 1. Tradução de Roneide Venancio Majer e Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CRESPO, Danilo Leme; RIBEIRO FILHO, Dalmo. A Evolução Legislativa Brasileira sobre a Proteção de Dados Pessoais: A Importância da Promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 98, ano 20, p. 161-186, mar.-abr. 2019.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GUTIÉRREZ, Ileana. **América Latina ante la Sociedad del Riesgo**. Cátedra CTS+I Argentina-Uruguay, Primer Seminario OEI-UBA, 2002. Disponível em: <<https://www.oei.es/historico/salactsi/gutierrez.htm>>. Acesso em: 7 ago. 2020.

LIMBERGER, Têmis. **O Direito à Intimidade na Era da Informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MENDES, Laura Schertel. O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 79, p. 45-81, jul.-set. 2011.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões Iniciais sobre a Nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018.

RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje**. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O Direito ao “Esquecimento” na Sociedade da Informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SCHREIBER, Anderson. Direito ao Esquecimento e Proteção de Dados Pessoais na Lei 13.709/2018: distinções e potenciais convergências. In TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas Repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 367-384.

WERTHEIN, Jorge. **A Sociedade da Informação e seus Desafios**. Brasília, v. 29, nº 2, p. 71-77, mai./ago. 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2020.

O COOPERATIVISMO DE PLATAFORMA COMO ALTERNATIVA DE GERAÇÃO DE RENDA NA CRISE PANDÊMICA

PLATFORM COOPERATIVISM AS AN ALTERNATIVE TO GENERATE INCOME IN THE PANDEMIC CRISIS

Maicon Henrique Aléssio⁴⁷, Vanessa Cecin Chepp⁴⁸, Yduan Oliveira May⁴⁹

O presente artigo intenta abordar o momento atual da crise advinda com a pandemia pela COVID-19 e as possibilidades de alternativa de geração de renda por intermédio do cooperativismo. O objetivo principal é apresentar o cooperativismo de plataforma, dentre uma das alternativas do cooperativismo solidário como forma de inclusão social e geração de renda.

Em relatório divulgado antes da confirmação oficial dos primeiros casos da doença, em setembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) já havia alertado que o mundo não estaria preparado para um patógeno respiratório virulento e em movimento rápido pandêmico. A declaração de pandemia por COVID-19 em março deste ano por parte de diretor da Organização Mundial de Saúde transformou a incerteza em um ciclo vicioso de desaceleração econômica global.

Frente a este contexto internacional de restrição a fluxos produtivos e de consumo e um efeito cascata em todos os países atingidos, a desaceleração econômica global e crise humanitária surgem em momento de limitação dos grupos de risco e setores econômicos com potencial de aglomeração de pessoas são orientadas a suspender suas atividades pelos órgãos sanitários afim de conter a proliferação ainda maior do vírus.

47 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito – UNESC. maiconalessioadv@gmail.com

48 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – UNESC. vanessachepp@hotmail.com

49 Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharel em Administração pela Escola Superior de Administração e Gerência da Universidade do Estado de Santa Catarina (ESAG/UEDESC). Professor Titular dos Programas de Pós-graduação Stricto Sensu e Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Coordenador do grupo de pesquisas Direito e Sociedade Econômica (DISE/UNESC). Coordenador da rede de pesquisa internacional Direito e Desenvolvimento (*Law and Development*). Advogado. ym@unesc.net

Assim, em um cenário onde os encontros físicos devem ser evitados, o cooperativismo mostra-se como uma alternativa de renda e união de esforços para garantia do desenvolvimento regional, aqui abordados no cooperativismo de plataforma tecnológica.

Os impactos do novo Coronavírus (COVID-19) geram repercussões econômicas com efeitos que ressoam de modo distinto conforme o grau de vulnerabilidade macroeconômica dos países e microeconômica das cadeias globais de produção e consumo.

Com a classificação da doença como “pandemia” e todas as regiões do mundo afetadas com o sistema de saúde reportando o surto, gerou-se tensões inicialmente em mercados financeiros com queda de ativos, e em um segundo momento impactados na produção e no consumo ao longo das semanas em função do desabastecimento das cadeias de distribuição de produtos oriundo da China.

Para SENHORAS (2020), as condições de vulnerabilidade econômica dos países dependem não apenas dos efeitos de contágio humano na geração de expectativas em determinada economia nacional, mas, também, das trajetórias econômicas preexistentes à crise, bem como do comportamento volátil do mercado financeiro nacional e da regularização dos ciclos econômicos produtivos. Quanto maior for o tempo necessário para se conter a difusão internacional do novo Coronavírus, maiores serão os impactos humanos e maiores as consequências na desaceleração econômica, que inicialmente atingiu a China, mas muito rapidamente alastrou-se para outros países, seja em função da difusão das redes de contágio, seja em função dos encadeamentos de consumo e produção em relação à segunda maior potência econômica no mundo.

Senhoras (2020) esclareceu:

Embora a escala de letalidade do coronavírus seja relativamente baixa, a escala de difusão é elevada, repercutindo em uma rápida difusão dentro da China e mesmo no exterior. As repercussões de curto prazo já acontecem por meio de uma crescente autarquização das relações internacionais dos países em relação à China, com contenção dos fluxos humanos e corte de voos comerciais. Por sua vez, os impactos de médio e longo prazo potencializam um aumento da desaceleração econômica na China e repercussão negativa no crescimento mundial, reforçando as tendências internacionais de aumento do neoprotecionismo e do xenofobismo (SENHORAS, 2020, p. 33).

Mesmo antes do vírus ter se espalhado para todos os continentes, os mercados financeiros em função da incerteza, desde o mês de janeiro precificou a difusão de uma potencial pandemia global, o que gerou forte volatilidade nos mercados, com quedas abruptas nos mercados futuros, com repercussão na alta do dólar e valorização do ouro.

Na América Latina, já era notado, sem muita surpresa, que a pandemia geraria “um estrago brutal” e uma crise de “alta magnitude”, já que se alastraria em um momento de crescimento lento⁵⁰ gerando recessão em 2020. A diretora-gerente do FMI, Kristalina Georgieva, advertiu que a América Latina enfrenta o início de uma “profunda recessão” devido ao Coronavírus, o que levará a uma contração do PIB regional entre 1,8 e 4% em 2020.

Uma recessão econômica parece, portanto, inevitável e a superação da pobreza extrema e da desigualdade injusta continua a ser a causa inacabada da humanidade. Em um universo em que 1% dos mais ricos possui metade de toda a riqueza e no país no qual, segundo a organização Oxfam, seis pessoas possuem mais do que 100 milhões de brasileiros, a pandemia escancarou o déficit habitacional, a inadequação dos domicílios e a falta de saneamento, e o aumento do desemprego em meio a tudo o mais.

O grande desafio nesses momentos é elaborar estratégias que reúnam a um só tempo: capacidade de abarcar diferentes dimensões do problema; mecanismos de diálogo e articulação e resposta condizente com a urgência dos efeitos decorrentes da pandemia para as populações mais vulneráveis. Com a pandemia de COVID-19, o mundo ingressou em território de incertezas e os governantes ao redor do mundo prepararam-se para preservar a saúde, pois a pandemia é, antes de tudo, uma crise de saúde. No entanto, rapidamente foram observados os reflexos econômicos também.

Obviamente, esta não é a primeira crise econômica global, no entanto, as limitações sanitárias que impedem diversos setores econômicos de atuarem, as proibições de circulação de pessoas e aglomerações impedem a continuidade de diversos setores econômicos e demonstram a singularidade do momento vivenciado. Neste sentido, com a projeção de aumento do desemprego que se avizinha o modelo cooperativista pode ser ressignificado.

Os negócios de plataforma – aqueles que utilizamos um aplicativo para solicitar um serviço – são uma tendência no mundo. E, em

50 Em janeiro, o Fundo Monetário Internacional (FMI) calculou uma expansão de 0,1% em 2019 e projetou a de 2020 em 1,6%

diversas partes do mundo, o cooperativismo continua mostrando sua capacidade de adequar-se às novas exigências do mercado, inserindo-se nas plataformas digitais com os mesmos objetivos do cooperativismo. Scholz (2016) apresenta algumas reflexões, como por exemplo, porque um cidadão brasileiro deve encaminhar para uma empresa do Vale do Silício os lucros de uma locação feita no seu país por meio da plataforma de software Airbnb.

Nesse sentido, o ponto central do cooperativismo de plataforma é promover um empoderamento dos prestadores de serviços resultante da propriedade coletiva dos dispositivos (SCHOLZ, 2016). Esta espécie de cooperativismo, que também pode ser classificado como solidário⁵¹, seria, então, uma forma de organização econômica, deixando a forma de exploração do ser humano como se este fosse um material de força de trabalho e “nesse sentido, por não ter finalidade lucrativa as cooperativas estão voltadas para concretização de objetivos sociais” (MAY, GONÇALVES e CHEPP, 2020). Essas organizações funcionam na base da solidariedade, autogestão e cooperação e se fortalecem a partir da busca pela igualdade social, na autonomia institucional e na gestão democrática, com participação e igualdade social (BRASIL, 2012). Seu objetivo não é a busca pelo lucro, mas a promoção do desenvolvimento com inclusão social da comunidade local.

Diferentemente do que ocorre em empresas como Uber, Spotify, iFood dentre outros, a concentração de riquezas e poder decisório nas cooperativas de plataforma utilizam da transparência e o cooperativismo de plataforma representa o desenvolvimento de alternativas mais justas de negócios de economia compartilhada. Basicamente, uma plataforma cooperativa tem mais espaço para diversificação e promove melhor distribuição de benefícios.

Assim, o cooperativismo de plataforma pode ser considerado como uma alternativa de renda utilizada a partir dos princípios do cooperativismo solidário que garante o desenvolvimento equilibrado e justo dos cooperados. O preocupante quadro de desaceleração econômica global engendrado por crescentes impactos negativos com a constrição dos fluxos produtivos, de consumo e de comércio internacional passa repercutir diretamente no dinamismo empresarial não no longo prazo como

51 Oliveira (2004) define seis dimensões para conceituar um empreendimento de economia solidária: autogestão; democracia direta; participação efetiva; ações de cunho educativo; cooperação no trabalho; e distribuição igualitária dos resultados e benefícios.

eventualmente esperado, mas no curto prazo. Não se pode perder de vista que no sistema de cooperativas solidárias os cooperados estão unidos com o intuito de cooperação mútua para vencer barreiras que se apresentam para todos, como os riscos e custos da produção, dentre outros, bem como, igualitariamente dividir os lucros em nome da coletividade e o resultado impacta diretamente as famílias envolvidas, positiva e negativamente.

Desta forma, as cooperativas de plataforma se mostram como uma importante alternativa de renda e dignidade a este trabalhador para reorganizar a massa de trabalhadores desempregados, propagando um modo democrático, ou seja, com liberdade e de modo mais igualitário, uma determinada forma de organização da atividade econômica.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, utilizando-se a pesquisa documental bibliográfica e nos sites oficiais.

Palavras-chave: Cooperativismo, pandemia, crise, renda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Adriana Silva Oliveira et al. **Economia solidária e Desenvolvimento local sustentável: um estudo de caso em um sistema de agricultura familiar.** Organizações Rurais & Agroindustriais, v. 17, n. 2, p. 163-178, 2015.

GAIGER, Luiz Inácio. **A economia solidária e a revitalização do paradigma cooperativo.** Rev. bras. Ci. Soc., São Paulo, v. 28, n. 82, p. 211-228, June 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-9092013000200013&lng=en&nrm=iso. Acesso em 08/07/2019.

MAY, Yduan de Oliveira; GONÇALVES, Claudia Bauer; CHEPP, Vanessa Cecin. **Cooperativas: uma abordagem crítica.** Curitiba: CRV, 2020. 130 p. (Coleção Biblioteca DISE – Volume 2)

MAY, Yduan de Oliveira; POSSAMAI, Angélica Pereira; RAMOS, Thaís Scarpatto. **Direitos Socioeconômicos.** Curitiba: Multideia. 2018.

SCHNEIDER, José; LAUSCHNER, Roque. **Evolução e situação atual do cooperativismo brasileiro. O Cooperativismo no Brasil: Enfoques, análises e contribuição.** Friedrich Neumann/Associação de Orientação às Cooperativas, 1979.

SCHMIDT, Flávia; MELLO, Janine; CAVALCANTE, Pedro. **Estratégias de coor-**

denação governamental na crise da Covid-19. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9828>. Acesso em: 01 junho de 2020.

SENHORAS, Eloi Martins. NOVO CORONAVÍRUS E SEUS IMPACTOS ECONÔMICOS NO MUNDO. Boletim de Conjuntura (BOCA), Boa Vista, v. 1, n. 2, p. 39-42, feb. 2020. ISSN 2675-1488. Disponível em: <<https://revista.ufr.br/boca/article/view/Coronavirus/2901>>. Acesso em: 02 junho 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.5281/zenodo.3761708>.

SINGER, Paul. **Introdução à economia solidária**. São Paulo: Perseu Abramo, 2002.

SCHOLZ, Trebor. Cooperativismo de plataforma: contestando a economia do compartilhamento corporativa. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016. América Latina enfrenta crise ‘brutal’ e recessão por covid-19, dizem especialistas. UOL Economia. Disponível em <https://economia.uol.com.br/noticias/afp/2020/04/10/america-latina-enfrenta-crise-brutal-e-recessao-por-covid-19-segundo-especialistas.html>. Acesso em 14 de agosto de 2020.

Cooperativismo de plataforma no paradigma colaborativo. Revista da Escola Judicial do TRT4. Escola Judicial, Tribunal Regional do Trabalho da 4. Região, 2019-. Vol. 1, n. 1 (jan./jun. 2019), p. 41-45. https://lume.ufrgs.br/discover?filtertype=author&filter_relational_operator>equals&filter=Barzotto,%20Luciane%20Cardoso. Acesso em 12 de agosto de 2020.

GT 3 Segurança Pública e Política Criminal: a expansão da intervenção penal na sociedade contemporânea

A IMPLANTAÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE COMO MEDIDA DE AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA⁵²

THE IMPLEMENTATION OF COMPLIANCE PROGRAMS AS A MEASURE TO REMOVE THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE LEGAL ENTITY

RESUMO

O presente artigo pretende analisar se a implantação de um programa eficaz de *compliance* é capaz de afastar a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

No Brasil, a responsabilidade penal da pessoa jurídica possui amparo constitucional e ordinário, cujo principal exemplo é Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº. 9.605/98). Contudo, essa responsabilidade não pode ser objetiva, eis que, no Direito Penal, ela é subjetiva, da mesma forma como se sucede aos crimes cometidos por pessoas físicas. A questão passa a ser o exame desses elementos subjetivos em relação às organizações, visto que se trata de entidades despersonalizadas, apenas representadas por seus diretores e funcionários. Por isso, a teoria contemporânea considera que, se o delito for cometido em prol dos interesses da pessoa jurídica, ela deveria ser responsabilizada, cabendo-lhe comprovar o contrário.

Ao mesmo tempo, as empresas têm sido incentivadas a implantar programas de *compliance*, como forma de incrementar sua gestão

52 Roberta Schaun, mestranda em Direito (FMP). Especialista em Ciências Penais e Direito Penal Empresarial (PUCRS) e Direito Público (Verbo Jurídico). Advogada. E-mail: robertaschaun@gmail.com

interna e políticas de governança corporativa, sendo essa uma tendência mundial. Os programas de *compliance* são destinados a identificar riscos à atividade empresarial e estabelecer formas de prevenção, detecção e remediação desses riscos, consoante a natureza de cada atividade, eis que, em muitos casos, o risco é inerente a ela, não sendo possível eliminá-lo completamente.

Dessa forma, defende-se que, caso uma empresa comprove que implantou um programa eficaz de *compliance*, isto é, desenhados consoante sua natureza e atividade econômica individual, levando em conta seus riscos e características específicas, ela não deveria ser responsabilizada criminalmente por delitos cometidos por seus funcionários ou terceiros, sem qualquer relação ou gerência da pessoa jurídica, pois a adoção desse programa seria um indício de que a organização não compactua com os crimes, que adota mecanismos de prevenção e que seus representantes, cientes das políticas institucionais, estariam agindo por conta própria, sem o apoio da pessoa jurídica. Portanto, apenas os autores individuais, pessoas físicas, deveriam ser responsabilizados penalmente.

As técnicas de pesquisa empregadas serão a revisão bibliográfica, estudos de casos e legislação, brasileira e estrangeira.

DESENVOLVIMENTO TEÓRICO:

1 DO PAPEL DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCOS

O risco e o perigo são institutos inerentes à vida humana. Contudo, o que deveria ser proibido é o incremento do risco não permitido, que ultrapasse o risco natural, de modo a não cercear a própria liberdade humana. Apesar disso, sob o argumento de defesa da segurança, a liberdade tem sido sacrificada por meio da ampliação dos espaços de atuação do direito penal. A justificativa encontrada seria a de que, contrariamente ao ontem, os riscos de hoje ultrapassam o limite da permissão, do aceitável. Trata-se de perigos insuportáveis e que, por sua vez, demandam uma resposta estatal (MAYA; LORENZONI, 2019, p. 193).

Se estamos diante de um novo modelo de sociedade, é preciso se refletir a respeito de seus impactos na forma de Estado e de suas obrigações e deveres para com o cidadão. Por tal motivo, é relevante o questionamento de Alceu Maurício Júnior: “essa transformação é apenas uma adaptação do estado de direito às novas necessidades sociais

ou se estamos diante de uma mudança de suas próprias estruturas?” (MAURÍCIO JÚNIOR, 2017, p. 135).

André Maya sustenta que o direito penal nesta nova forma de sociedade, não teria por objetivo proteger determinados bens jurídicos, ou punir sua lesão, mas sim “assegurar a previsibilidade de existência da sociedade” por meio de tipos abertos, de antecipação do risco, crimes de perigo abstrato, em oposição ao perigo concreto tradicional, de criminalização dos atos preparatórios, ao invés da consumação (ou tentativa) etc. Não é preciso se esperar que o mal ocorra para que se justifique a intervenção penal (MAYA, 2019, p. 201-202).

Em decorrência dessa tentativa de contenção, no que tange a gestão e o controle das empresas, os programas de *compliance* se tornaram essenciais, pois, se a literatura reconhece a expansão do direito penal, para além de suas funções e finalidades originais, a questão se resume a conferir se este “novo direito penal” atende aos objetivos que se propôs (GLOECKNER, 2005, p. 160). Atualmente, tal novidade tem se mostrado falha, pois o incremento de novos tipos penais, da criminalização do risco e a punição dos delitos de perigo abstrato, em nada serviram para conter a respectiva criminalidade que, gradualmente, se adapta às normas e à natureza das relações sociais. Portanto, diante de sua ineficácia direta, coube ao direito penal exigir de outras instâncias sociais o controle das áreas que lhe eram inalcançáveis, punindo-as criminalmente em caso de insucesso. Os programas de *compliance* possuem natureza exclusivamente administrativo-sancionatória, mas com repercussões na seara penal. Logo, percebe-se que, em última análise, os programas de *compliance* são instrumentos de controle criminal.

2 DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

Segundo Renato dos Santos, os programas de *compliance* tiveram sua origem, ainda que primitiva, no sistema bancário norte-americano após o *crash* da bolsa de valores em 1929, como forma de corrigir e proteger o próprio sistema financeiro, significando um conjunto de ações a serem adotados por uma empresa com base em um código de ética e de conduta (SANTOS, 2011, p. 136). No entanto, somente depois dos escândalos envolvendo as empresas Enron (2001) e WorldCom (2002) é que as empresas passaram a adotar programas mais efetivos de *compliance*, capazes de antecipar os riscos potenciais, eis que os programas que existiam eram apenas formais, completamente insuficientes às finalidades (CRED-

IDIO, 2018, p. 86-87). Neste sentido, *compliance* pode ser “compreendida como um sistema de direção e organização empresarial”, ou governança corporativa (GLOECKNER, 2012).

A adoção de programas de *compliance* pode ser considerada um dos quatro pilares fundamentais de boas práticas de governança corporativa, além da *accountability* (prestação de contas), *disclosure* (transparência) e *fairness* (senso de justiça) (CRISTÓVAM; BERGAMINI, 2019, p. 186).

Os programas de *compliance* possuam a finalidade de conciliar os ideais de ética e eficiência empresarial com práticas eficazes de boa governança corporativa (LAMBOY; RISEGATO; COIMBRA, 2018, p. 4). De nada adianta um compromisso formal de que a empresa irá obedecer às normas legais e administrativas, se não comprovar o ajuste de seu comportamento, bem como é inócua uma empresa que não consiga executar as atividades comerciais respectivas em razão do atendimento severo a essas normas. É preciso se encontrar um equilíbrio entre o ser e o dever-ser no dia a dia empresarial. Os programas de *compliance* servem para demonstrar que qualquer empresa pode lucrar sendo ética e obedecendo as normas que disciplinam sua atividade econômica.

Segundo Camila Becker, o *criminal compliance* é uma consequência natural dos novos riscos (econômicos, sociais, ambientais, etc.) a que as empresas, e as pessoas em geral, estão submetidas, em função do avanço tecnológico e da expansão da atuação do Direito Penal (BECKER, 2018, p. 59). Com relação a esta expansão, Vinicius Silva destaca o recente crescimento do número de investigações, processos e condenações por delitos penais econômicos, quando comparado a anos anteriores, pois se tratava de uma espécie de criminalidade que não recebia a devida atenção estatal. Portanto, ao mesmo tempo em que o Estado passou a combatê-la com mais eficácia, as empresas começaram a cuidar de si mesmas, de modo a evitar tais punições (SILVA, 2019, p. 56).

Consoante um estudo empírico feito por Crisóstomo e Girão, existe uma tendência do empresariado brasileiro a implantar e melhorar suas práticas de governança corporativa, contudo, alguns itens destacam-se em suas conclusões: 1) os comitês de auditoria ainda estão fortemente mesclados ao Conselho Fiscal, embora possuam finalidades distintas; 2) tais comitês não possuem a independência e autonomia necessárias e recomendada, além de serem provisórios e não fixos; 3) não existe uma clara diferenciação entre os papéis de *compliance officer* e o de auditor interno; 4) as empresas dita tradicionais, no mercado bra-

sileiro, são as mais resistentes em adotar programas mais sofisticados de governança, em comparação às empresas de ramos mais diferenciados (CRISÓSTOMO; GIRÃO, 2019, p. 59-60).

Pode-se perceber então que, formalmente, as empresas admitem possuir programas ou práticas de *compliance*, para fins formais, no entanto, materialmente, ainda se está longe de ser uma medida largamente aplicada de modo eficaz.

3 DO AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA EM DECORRÊNCIA DA IMPLANTAÇÃO DE PROGRAMAS EFICAZES DE COMPLIANCE

Edmo Neves e Caio Figueiroa são contrários aos programas-padrão de *compliance* oferecidos por consultorias ditas especializadas, sem observar a natureza e as peculiaridades da empresa no qual serão instituídos, pois os riscos variam, influenciando a própria efetividade do programa de *compliance* (NEVES, FIGUEIROA, 2019, p. 32).

É importante destacar que uma prática lícita dentro de uma empresa pode ser utilizada para fins ilícitos, sem o conhecimento da alta direção, ao passo que, em outras oportunidades, a ausência de um maior rigor na condução das atividades econômicas é a brecha utilizada para o cometimento de delitos (*non-compliance*). Cabe ao setor responsável identificar quais procedimentos apresentam maior risco e corrigi-los, evitando que se torne uma regra e, por consequência, tenha maior gravidade (GLOECKNER, 2012).

O conteúdo de cada programa de *compliance* deve atender à natureza da empresa individual. Contudo, existem elementos comuns a todos, de modo que o próprio programa atenda às suas finalidades, quais sejam: a) atuação direta e apoio incondicional da Alta Direção (*tone at the top* ou *tone from the top*); b) indicação do responsável pelo programa de integridade; c) programa de integridade adequado às características de atuação da pessoa jurídica; d) criação de regras e procedimentos; e) comunicação; f) treinamento; g) canais de denúncia e sistema de premiação; h) medidas disciplinares; i) monitoramento; j) indicadores de desempenho; k) aplicação do programa e preocupação com os fornecedores e prestadores de serviços (CARVALHO; ALMEIDA, 2019, p. 62 e ss.).

Inicialmente, é preciso se destacar que a pessoa jurídica não se confunde com seus funcionários e/ou diretores, eis que se trata de pessoas físicas que agem em nome e interesse próprio, em um primeiro momento. Contudo, caso se comprove que seu agir ilícito não busca satisfazer um desejo pessoal, mas sim da empresa a qual esteja vinculado, aí sim pode-se falar em responsabilidade da empresa. Assim, por consequência, uma das teses defensivas a ser utilizada pelo ente imaterial é comprovar que a pessoa física agiu em desconformidade às diretrizes previamente estabelecidas, sendo esse o parâmetro normativo francês (BOTELHO, 2004, p. 232). Tais diretrizes são estabelecidas pelo programa de *compliance* que, como visto, irá apurar se a infração cometida poderia ser evitável ou não.

Na ótica do Supremo Tribunal Federal, uma pessoa jurídica pode ser responsabilizada penalmente sem a necessidade da punição conjunta da pessoa física que cometeu o ato criminoso. Em razão disso, faz-se preciso reforçar as hipóteses do afastamento dessa responsabilidade com base na própria empresa como ente legal autônomo, eis que a sua vontade (geralmente econômica, o fim da própria empresa) será cumprida por outro preposto, sem qualquer pessoalidade (COUTINHO, 2012, p. 71). Conceitos e figuras basilares do crime, como dolo/culpa não encontrariam espaço neste campo, pois dizem respeito a condutas praticadas por seres humanos, restando a culpabilidade como elementos da teoria do delito a ser debatida como possibilidade de exclusão da responsabilidade; uma culpabilidade empresarial específica (COUTINHO, 2012, p. 78-81).

Diante desse quadro, a principal justificativa para a responsabilização criminal de uma pessoa jurídica residiria na omissão (dolosa ou culposa) da empresa em dar concretude às normas que lhe foram instituídas e que, por consequência, criaram os riscos (não) permitidos que culminaram nos delitos praticados em seu favor. O defeito na organização da empresa, em atender a tais normas, seria o pressuposto de sua culpabilidade, não podendo ser ela individualizável, mas sim um conjunto de ações e omissões (COUTINHO, 2012, p. 84-86).

Portanto, a existência de um “defeito de organização” é um risco que deva ser detectado e resolvido por meio de um programa de *compliance*, como anteriormente defendido, pois essa é a finalidade desses programas. Um programa eficaz é aquele capaz de diagnosticar corretamente os riscos específicos de cada empresa, consoante as suas características, e que, diante deles, proponha medidas suficientes para sua eliminação e/ou mitigação, caso o risco seja permanente. A pessoa jurídica não pode se

aproveitar de defeitos de organização para se eximir de sua responsabilidade pelos atos praticados pelos seus funcionários, sob a alegação de que se trata de condutas sem relação com os interesses da empresa, pois é seu dever evitar que eles ocorram. Por outro lado, a comprovação de um programa efetivo de *compliance* deve afastar a responsabilização da empresa por atos cometidos por funcionários ou terceirizadas.

REFERÊNCIAS

BECKER, Camila Mauss. ***Compliance, autorregulação regulada e o sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito penal brasileiro***. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2018.

BOTELHO, Cristina Ossipe Martins. ***A culpabilidade e a punição da pessoa jurídica em delitos ambientais: a necessária revisão da dogmática penal***. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2004.

CARVALHO, Itamar; ALMEIDA, Bruno. Programas de compliance: foco no programa de integridade. In: CARVALHO, André Castro *et alii* (coord.). ***Manual de compliance***. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

COUTINHO, Camila Mendes de Santana. ***A responsabilidade penal da pessoa jurídica na lei de crimes ambientais: da necessidade de construção dogmática de um sistema de imputação penal autônomo do sujeito coletivo***. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2012.

CREDIDIO, Guilherme Simões. O compliance empresarial como ferramenta de redução da corrupção. In: **Revista CEJ**, Brasília: CEJ, v.22, n.74, jan./abr. 2018, p.85-90.

CRISÓSTOMO, Vicente Lima; GIRÃO, Aline Maria Coelho. Análise do *compliance* das empresas brasileiras às boas práticas de governança corporativa. **Revista Ambiente Contábil**. Natal, UFRN, v. 11, n. 2, p. 40 – 64, Jul./Dez. 2019.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERGAMINI, José Carlos Loitey. Governança corporativa na Lei das Estatais: aspectos destacados sobre transparência, gestão de riscos e *compliance*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 179-210, maio/ago. 2019.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal Compliance, Lavagem de Dinheiro e o Processo de Relativização do Nemo Tenetur se Detegere: cultura do controle e política criminal atuarial. In: XXI Congresso Nacional do COMPEDI, 2012, Niterói. Direito Penal e Criminologia. Florianópolis: FUNJAB, 2012. v. 1. p. 75-102. Disponível em: Acesso em: 06 abr. 2020.

LAMBOY, Christian K; RISEGATO, Giulia G. A. Pappalardo; COIMBRA, Marcelo de Aguiar. Introdução ao corporate compliance, ética e integridade. In: LAMBOY, Christian K (coord.). **Manual de compliance**. São Paulo: Via Ética, 2018.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. Do estado social ao estado de risco: a transformação do paradigma da segurança no estado constitucional de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.274, p. 133-173, jan./abr. 2017.

MAYA, André Machado. O processo penal na sociedade de risco: a persecução penal no Brasil entre os ideais de liberdade e segurança. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.18, n.73, p.197-219, abr./jun. 2019.

MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia. Ativismo judicial e sociedade de risco: reflexos no âmbito da jurisdição criminal a partir do HC 126.292. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.27, n.151, p.189-213, jan. 2019.

NEVES, Edmo Colnaghi; FIGUEIROA, Caio Cesar. Gestão de riscos. In: CARVALHO, André Castro *et alii* (coord.). **Manual de compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS, Renato de Almeida dos. **Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional**. Dissertação (Mestrado em Administração). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Administração, Programa de Pós-Graduação em Administração, São Paulo, 2011.

SILVA, Vinicius Lacerda e. O crime de lavagem de dinheiro no Brasil: compliance criminal corporativo e os métodos de prevenção e combate do conselho de controle de atividades financeiras. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.15, n.88, p. 55-75, fev./mar. 2019.

DEVERES DE PRESTAÇÃO NORMATIVA E A PROTEÇÃO ESTATAL PELA VIA PROCESSUAL PENAL: REFLEXÕES INICIAIS A PARTIR DO CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA

DUTIES OF NORMATIVE PROVISION AND STATE PROTECTION THROUGH CRIMINAL PROCEDURE: INITIAL REFLECTIONS BASED ON FAVELA NOVA BRASÍLIA CASE

André Machado Maya⁵³

Gabriela Cypriano⁵⁴

Grupo de Trabalho 3

INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem como objetivo apresentar as primeiras reflexões acerca de pesquisa em andamento no âmbito do Grupo de Pesquisa *Direito fundamental à Segurança e Direitos de Liberdade: a complexa harmonia em matéria penal*, sobre os deveres de proteção estatal pela via processual penal. A este efeito, o trabalho inicia com uma contextualização sobre os deveres de prestações normativas, como delineados na teoria de Robert Alexy. Na segunda parte, o estudo contextualiza a condenação imposta ao Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Favela Nova Brasília*, com o objetivo de verificar as ações políticas implementadas como consequência dessa condenação, e verificar o cumprimento dos deveres de prestação normativa necessários à efetivação dos direitos fundamentais pelo Estado brasileiro. O ensaio apresenta resultados parciais de pesquisa ainda em desenvolvimento, motivo pelo qual o intuito é estabelecer as bases teóricas e fáticas para uma reflexão crítica mais aprofundada sobre a efetivação dos deveres de

53 Doutor e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS; Especialista em Direito do Estado pela UniRitter e em Ciências Penais pela PUCRS. Professor de Direito Penal e Processo Penal dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Coordenador do Grupo de Pesquisa *Direito fundamental à Segurança e Direitos de Liberdade: a complexa harmonia em matéria penal*. E-mail de contato: andremmaya@gmail.com.

54 Acadêmica da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Pesquisa *Direito fundamental à Segurança e Direitos de Liberdade: a complexa harmonia em matéria penal* e do Grupo de Estudo de Direito Internacional. E-mail de contato: gabrielanascypriano@gmail.com.

prestações normativas pelo Estado brasileiro no âmbito processual penal, sem a pretensão de alcançar resultados conclusivos. A metodologia é hipotético-dedutiva, e a técnica de pesquisa é revisão bibliográfica combinada com estudo de caso.

1 DEVERES DE PRESTAÇÕES NORMATIVAS NA TEORIA DE ROBERT ALEXY

A existência de um direito subjetivo a prestações normativas por parte do Estado, como forma de proteção dos direitos fundamentais, é tema controvertido na dogmática do Direito Constitucional. A concepção clássica dos direitos fundamentais foi construída e sedimentada desde uma perspectiva subjetiva, na forma de direitos de defesa que impõem um limite à intromissão estatal na vida privada. Assim os direitos fundamentais foram estruturados normativamente no âmbito do Estado Moderno (matriz liberal-burguesa), aqui identificado pelo movimento racionalista que marcou o início de um desenvolvimento teórico que culminou com o constitucionalismo hodiernamente conhecido (SARLET, 2018, p. 176)

Com o avanço do constitucionalismo em direção à atual quadra democrática, no entanto, a dogmática constitucional passou a dedicar espaço a reflexões que culminaram com o que se entabulou denominar de dupla face dos direitos fundamentais. Trata-se da compreensão de que tais direitos não se limitam a estabelecer uma zona imune à maioria parlamentar (FELDENS, 2012, p. 41/42) ou uma esfera do indecível (FERRAJOLI, 2006, p. 51), mas impõem também, ao Estado, uma obrigação de proteção em face de ameaças ou intervenções de terceiros. A constatação dessa dupla perspectiva, afirma Sarlet (2018, p. 147), constitui “uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais”. No dizer de Robert Alexy (2008, p. 433), trata-se do *status positivo* atribuído aos direitos fundamentais que, na atualidade, é uma das questões mais complexas da sua dogmática, que pode ser sintetizada no seguinte questionamento: “se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestações em sentido amplo(?)”.

Na teoria de Alexy (2008, pp. 193 e seg.), os direitos fundamentais possuem natureza jurídica de direitos subjetivos, cuja estrutura triádica se materializa a partir de relações deonticas, com base em oposições inerentes às categorias de direito, dever, obrigação e permissão, estabelecidas entre o

titular do direito fundamental, o objeto do direito fundamental e o seu destinatário. Se *Pedro* tem direito a expressar livremente seu pensamento em face do Estado, então o Estado tem o dever de respeitar a manifestação de pensamento de *Pedro*. Disso decorre a permissão do Estado para que *Pedro* se manifeste livremente, e a faculdade de *Pedro* exercer ou não esse direito.

Nessa perspectiva teórica, se de um lado é inequívoca a função do direito fundamental como limite ao poder do Estado, do que resulta a obrigação imposta ao Estado de respeitar o espaço (direito) do indivíduo; de outro se apresenta como consectário dessa estrutura deontológica a existência de uma obrigação imposta ao Estado de tutelar e/ou efetivar os direitos fundamentais do indivíduo. No mesmo exemplo, o Estado tem o dever de respeitar a manifestação de pensamento de *Pedro* e, também, de assegurar que *Pedro* não encontre obstáculos ao exercício da liberdade de pensamento, impostos pelo próprio Estado ou por outros cidadãos. Disso decorre uma obrigação imposta de tutela do direito fundamental da liberdade de expressão.

Desde uma perspectiva objetiva, não há controvérsia na doutrina e na jurisprudência. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha já reconheceu, em inúmeros julgados, a existência de obrigações positivas impostas ao Estado pelos direitos fundamentais, referindo-se ao “conteúdo jurídico-objetivo” ou à “ordem objetiva de valores” inerente a esses direitos. Aqui se poderia ilustrar com o direito à vida e sua tutela pelo Estado, inclusive por intermédio de normas de direito penal (ALEXY, 2008, p. 454). A controvérsia se apresenta no exato momento em que se pretende atribuir uma natureza subjetiva a esse direito a prestações fáticas ou normativas: existem direitos subjetivos à proteção ou apenas normas que determinam objetivamente um dever de proteção ao Estado?

Para Robert Alexy (2008, p. 454), observada a estrutura principiológica dos direitos fundamentais, a compreensão desses deveres de proteção também por uma perspectiva subjetiva configura um reforço de eficácia. Neste ponto, porém, a questão não encontra o mesmo consenso na doutrina constitucional. Para Feldens (2012, p. 101) “a questão melhor se resolve pela dimensão objetiva”, enquanto Sarlet (2018, p. 200) sustenta a necessidade de cautela quanto ao reconhecimento de posições jurídicas subjetivas e, alinhado com Alexy, trabalha o direito a prestações desde uma perspectiva ampla, como direito à proteção, direito à organização e ao procedimento, e direito a prestações em sentido estrito.

Nesta esteira, direitos à proteção são “direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado”,

ou “direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito à relação dos sujeitos de direito de mesma hierarquia entre si.” (ALEXY, 2008, p. 450-451). Ao intuito do presente ensaio importa o direito à organização e ao procedimento, que conforme Konrad Hesse se apresentam frequentemente como “o – provavelmente único – meio de se produzir um resultado conforme aos direitos fundamentais e, com isso, assegurá-los de forma eficaz também em face dos problemas modernos.” Ideia semelhante se identifica na doutrina de Peter Häberle, com o denominado *status activus processualis*. (apud ALEXY, 2008, p. 470) Nessa perspectiva, “procedimentos são sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado”, do que resulta um conceito de direito ao procedimento como um direito à proteção efetiva dos direitos fundamentais a partir de um complexo de regras e princípios que permitam essa proteção: “As normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais.” Se trata, pois, de um direito com diversos destinatários, como por exemplo: o legislador, enquanto direito à criação de normas; e o Judiciário, enquanto direito à interpretação das normas. (ALEXY, 2008, p. 470-474).

Como antecipado, a controvérsia se estabelece em relação à natureza desse direito ao procedimento. Trata-se de uma obrigação objetiva imposta ao Estado ou o indivíduo possui um direito subjetivo a essa organização e procedimento? Não obstante a tendência doutrinária de atribuição de natureza objetiva, Alexy (2008, p. 476) questiona: “se os direitos fundamentais materiais possuem natureza subjetiva, “por que os ‘direitos a procedimentos’ não deveriam ser?” Novamente com base na teoria dos *status* de Jellinek, o autor alemão afirma a natureza subjetiva desse direito, como contraposição lógica do dever imposto normativamente ao Estado de criação de normas aptas a tutela de um dado direito fundamental. Se o direito fundamental impõe ao Estado uma obrigação de tutela, seu titular possui direito subjetivo a implementação de normas aptas a essa finalidade. A conclusão é coerente com a relação deontica a partir da qual são concebidos os direitos fundamentais. É esclarecedor o exemplo citado pelo autor em relação às competências de direito privado: de nada adiantaria o direito fundamental à propriedade sem normas procedimentais que organizassem formas de aquisição e alienação de bens, pois ninguém poderia usufruir da sua propriedade (ALEXY, 2008, p. 484-487). A mesma lógica se aplica aos demais direitos, bem como à

necessidade de normas procedimentais de proteção pela via penal e processual penal, naturalmente. Essa parece ter sido a conclusão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso *Favela Nova Brasília*, ao que é dedicada a segunda parte deste ensaio.

1 O CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA E AS AÇÕES POLÍTICAS IMPLEMENTADAS PELO ESTADO BRASILEIRO

O denominado caso Favela Nova Brasília trata de fatos ocorridos nos dias 18 de abril de 1994 e 08 de maio de 1995, na Favela Nova Brasília, Estado do Rio de Janeiro. Na oportunidade, agentes policiais civis em cumprimento de investigações no local deram causa a vinte e seis mortes de civis, tortura e violência sexual em 03 mulheres, sendo duas menores de idade (SENTENÇA CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA VS. BRASIL, CIDH, 2017).

O *Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL)*⁵⁵ e o *Human Rights Watch Americas*⁵⁶, peticionaram juntamente à Comissão Interamericana de Direitos Humanos com as reclamationárias do caso em questão, alegando demora na investigação e na apuração dos crimes em tela.

Após o recebimento das petições supramencionadas, a Comissão Interamericana expediu um Relatório de Mérito (nº 141/11) pelo qual decidiu, diante da sua verossimilhança, admitir as reclamações. No mencionado documento constou uma série de conclusões e recomendações ao Estado brasileiro. Dentre as conclusões, a Comissão reconheceu a responsabilidade internacional dos agentes policiais pela violação do direito à vida⁵⁷, à integridade física, psíquica e moral, e diversas outras violações de combate a tortura e tratamentos desumanos e degradantes. Dentre as recomendações, foi determinado ao Estado brasileiro diminuir com as mortes arbitrárias e casos de tortura, como noticiados

55 em 03 de novembro de 1995, sob o número 11.566.

56 em 24 de julho de 1996, sob o número 11.694.

57 Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. §1º Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

nas petições. Ainda, a Comissão recomendou que fosse instaurado uma investigação exaustiva e imparcial para apuração dos crimes e responsabilização dos autores, bem como a adoção de medidas para compensar os danos morais e materiais, adaptar a legislação interna para erradicar a impunidade policial no curso de diligências, implementar e tornar eficiente meios de investigação, bem como capacitar agentes públicos ao não cometimento do mesmo. Também foi recomendado que o país buscasse eliminar a prática de registro automático de mortes por policiais como “resistência à prisão”, o que se verificava de forma corriqueira para a isenção de culpa dos agentes públicos. As recomendações não foram acatadas pelo Estado Brasileiro. Então em 19 de maio de 2015, a Comissão submeteu o caso à jurisdição da Corte.

Como consequência, no dia 16 de fevereiro de 2017 o Estado brasileiro foi condenado pelas violações humanitárias cometidas na Favela Nova Brasília entre os anos de 1994 e 1995. Nesse sentido, uma das determinações impostas ao Brasil foi a criação de um órgão imparcial e competente para a investigação dos casos envolvendo agentes públicos no exercício de seus trabalhos. Ademais, o Estado brasileiro foi responsabilizado pela violação do direito às garantias judiciais de independência e imparcialidade da investigação, e pela não adoção de diligências em prazo razoável. Também foi responsabilizado pela violação do direito a proteção judicial, previsto no art. 25, da CADH, pela violação do direito à integridade pessoal, art. 5.1, da CADH, dentre outras violações expostas na sentença.

Como sanção, o Estado Brasileiro deveria conduzir uma investigação efetiva sobre os fatos relacionados às mortes e às violências sexuais dos civis, e implementar leis internas para prevenir, investigar e punir qualquer violação de direitos humanos cometidos por agentes do Estado, bem como para regulamentar o uso de força permitido pelos agentes no incurso de diligências. Além disso, também foi determinada a criação de um precedente infraconstitucional permitindo um Deslocamento de Competência, que determine que os processos a respeito de violência cometidos por agentes públicos sejam submetidos a Justiça Federal, e a criação de um mecanismo confiável para a participação das vítimas de violência policial. Atualmente, o Deslocamento de Competência já é vigente, mas há um Projeto de Lei sob o nº 6.647/2006 para a regulamentação infraconstitucional.

Ainda, no parágrafo 16 da sentença condenatória foi estabelecido prazo de um ano para o Brasil instaurar um órgão apto a investigar efe-

tivamente, ou para determinar a delegação da competência da investigação ao Ministério Público, quando ocorresse violações de direitos fundamentais, e que violências policiais no curso da investigação fossem investigadas por um órgão diverso daquele que o(s) suspeito(s) exerça(m) sua atividade profissional.

Atualmente, cabe à própria polícia investigar crimes cometidos por seus agentes, o que acarreta a ineficácia das investigações e inviabiliza a responsabilização de fatos dessa natureza, seja pela demora na investigação, seja pela tendência de isenção de culpa dos agentes policiais, normalmente justificada pelo exercício de legítima defesa, como bem aludido no caso em tela. Assim, como consequência foi proposto no âmbito legislativo o Projeto de Lei (PLS) do Senado nº 135/2018, destinado a reformular a investigação de crimes cometidos por agentes públicos. O Ministério Público foi o órgão escolhido pelo legislador Brasileiro para investigar tais crimes. Na ementa do PLS 135/2018, o legislador tomou cuidado em fazer constar que o ofendido poderá participar efetivamente da investigação criminal. Atualmente o Projeto de Lei encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, ainda pendente de análise.

Como visto, o Poder Legislativo brasileiro iniciou procedimento para aprovação de lei que regulamente a investigação criminal pelo Ministério Público nos casos de crimes praticados por policiais. No entanto, a tramitação legislativa é demorada, a revelar uma omissão do Estado em atender de maneira efetiva a condenação imposta pela CIDH. De outro lado, calha observar que o número de civis mortos por policiais civis, no Rio de Janeiro em 2019, alcançou a marca de 1.814⁵⁸, a indicar que a determinação da Corte para a diminuição das taxas de mortes cometidas por agentes policiais, especialmente no Rio de Janeiro, não está sendo atendida pelo Estado brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observado o contexto ainda inicial da presente pesquisa, e naturalmente sem a pretensão de esgotar a análise do tema proposto, é possível identificar, com amparo no referencial teórico constitucional pesquisado, uma tendência de consenso quanto a existência de deveres objetivos de

58 ANDREONI, Manuela. LONDOÑO, Ernesto. 'LICENÇA PARA MATAR': POR TRÁS DO ANO RECORDE DE HOMICÍDIOS COMETIDOS PELA POLÍCIA NO RIO. New York Times Brasil. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/pt/2020/05/18/world/americas/rio-abuso-policial.html>> Acesso em: 09 de agosto de 2020

efetivação dos direitos fundamentais por parte do Estado. Tais deveres representam a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em complementação à natureza subjetiva dos mesmos, historicamente reconhecida pela doutrina de matriz liberal. Essa uma primeira constatação da pesquisa, que se segue com a identificação de um dever imposto ao Estado de organizar procedimentos aptos a dar efetividade aos direitos fundamentais. Esse dever, pode ser identificado na condenação do Brasil pela CIDH no caso *Favela Nova Brasília*, em que foi determinado ao Estado brasileiro a implementação legislativa de procedimentos efetivos de investigação, com deslocamento de competência para a Justiça Federal, atribuição de responsabilidade pela investigação a órgão diverso da polícia e possibilidades concretas de participação das vítimas no procedimento investigatório. Dar efetividade a direitos humanos como vida e integridade física, dentre outros, pressupõe, no entendimento da CIDH, a existência de legislação que estabeleça procedimentos investigatórios efetivos. No presente estudo, porque ainda incipiente, foram destacadas as medidas adotadas pelo Brasil em consequência dessa condenação, cuja valoração vertical resta resguardada para o desdobramento da pesquisa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDREONI, Manuela. LONDOÑO, Ernesto. 'LICENÇA PARA MATAR': POR TRÁS DO ANO RECORDE DE HOMICÍDIOS COMETIDOS PELA POLÍCIA NO RIO. New York Times Brasil. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/pt/2020/05/18/world/americas/rio-abuso-policial.html>> Acesso em: 09 de agosto de 2020.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a constituição penal*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2006.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13.ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2018.

O FETICHE DA MERCADORIA E A LETALIDADE NO CÁRCERE: A LÓGICA DO DESCARTÁVEL ENTRE O SER-HUMANO E O CAPITAL

THE COMMODITY FETISH AND LETHALITY IN PRISON: THE LOGIC OF THE DISPOSABLE BETWEEN THE HUMAN BEING AND CAPITAL

Felipe de Araújo Chersoni⁵⁹

Jackson da Silva Leal⁶⁰

PROBLEMA:

Traçando um liame comparativo do que se entende por fetiche da mercadoria e as problemáticas vividas pela população carcerária, constata-se que o Estado age como um grande difusor de desumanidades vividas por tais pessoas. Neste sentido, para Marx (1867, p. 60) a ideia do fetiche está relacionada diretamente a um sobrevalor ou até mesmo algo espiritual que a mercadoria possui. Nesta esteira, o mercado cria uma ideiação no sentido de que determinados bens tenham uma valoração para além do monetário, criando um ambiente fetichista de pessoas que buscam a satisfação de diversas demandas subjetivas no ato de consumir. Neste sentido, escondem-se todas as formas de exploração que estão envolvidas na lógica de produção capitalista, como por exemplo, o trabalho infantil e escravo.

Seguindo este viés, na medida em que os produtos carregam uma valoração para além do monetário, o mercado cria um ambiente ilusório atrelado à necessidade, como se existisse algo sobrenatural no ato de consumir determinados bens, e sendo assim as relações de trabalho, se ocul-

59 Graduado em Direito (UniCesumar); Pós-Graduando em Direitos Humanos (UniFCV); pós-graduando em Direito Penal (UniAsselvi). Advogado. E-mail: <felipe_chersoni@hotmail.com>.

60 Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo-Sul Catarinense (PPGD-UNESC), Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), professor de Criminologia (UNESC), coordenador do Grupo Criminologia Crítica Latino-americana (UNESC), e colíder do Grupo Pensamento Jurídico Crítico Latino-Americano (UNESC), membro da rede de pesquisa Grupo Brasileiro de Criminologia Crítica; desenvolve pesquisas e projetos tanto em nível de graduação quanto pós-graduação acerca da questão criminal com foco na realidade latino-americana transitando por áreas como Direitos Humanos na interface com a questão Criminal. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-0779-1103>. E-mail: <Jacksonsilvaleal@unes.net>.

tam, e a exploração da mão de obra passa a ser algo romantizado dentre esse emaranhado de sentimentos que são oferecidos junto aos produtos pelo mercado. (MARX, 1867 p. 60-64).

Benjamin (1892-1940, p. 52) resgatando os escritos de Marx, aponta que o fetiche é uma das principais formas com que o mercado exerce controle sobre as relações humanas, ele faz com que as formas de exploração sejam algo pouco palpável aos olhos daqueles que acreditam na valoração dos produtos, sendo assim, o controle que o Estado exerce nos corpos é também através do fetiche da mercadoria, que pode ser uma importante ferramenta de dominação entre as classes e desunião dos trabalhadores. Fazendo com que todas as qualidades sobre os produtos criadas pelo mercado se tornem um instrumento de desejo e ao mesmo tempo dominação dos que possuem sobre os que não possuem.

Nesta esteira ao transportar o fetiche da mercadoria para as relações de punição, constata-se que a mesma exerce um sobrevalor para aqueles que as cultuam, como se o ato de punir se transformassem em um espetáculo. esta forma, como bem retrata Foucault (1987, p. 8), as punições e os espetáculos exerciam um liame de sedução implícito no pensamento populacional, sendo assim, o mesmo descreve os espetáculos da punição na sua obra Vigiar e Punir, ele retrata o chamado “corpo dos condenados” onde, no ano de 1757, Damiens fora condenado a “pedir perdão” em praça pública, diante da portaria principal da igreja de Paris, em uma carroça, usando apenas uma camisola e carregando uma tocha. Portanto, observam-se como as punições geravam uma espécie de condão sobrenatural, características ritualísticas e fortaleciam uma ideia de suplicar pelo perdão.

Pertinente ressaltar que posteriormente, o Brasil vem a exercer o poder punitivo de controle dos corpos na escravidão. Porém, neste período, é bem clara a ideia de correlação de poderes. O Estado, como grande difusor de arbitrariedades, adere à ideia de tráfico de pessoas, onde as mesmas não estavam ali por escolha própria, nem por outras determinações, pois os senhores de engenho usavam do atributo medo e violência como meio de controle. Nesta esteira, para legislações da época, estas pessoas eram consideradas objetos de mercancia, atendendo a lógica de mercado da época. Logo, constata-se que mais uma vez, os meios de se punir eram exercidos de maneira desumana, com castigos corporais, e a ideia inquisitória do perdão. Porém, neste período, estavam ligados a um atributo que desumaniza ainda mais os indivíduos, isto é, a ideia de os mesmos serem considerados mercadorias. (KOERNER, 2006, p. 230).

Problematizando então a lógica fetichista da mercadoria com a dominação das classes, Baratta (2002, p. 15) enfatiza que os órgãos voltados à segurança pública, não compactuam com os interesses sociais, seguindo então interesses econômicos de uma minoria que domina economicamente as relações estatais. Neste sentido, ocorrem processos de seletividade penal, onde se encarceram em regra pessoas das classes menos favorecidas.

Neste sentido, os dados do INFOPEN (2016, p. 33), comprovam que, os meios de punição, em decorrência dos fetiches aduzidos ao longo do texto, encontram um inimigo em comum, as classes dominadas. O levantamento comprovou que 51% dos encarcerados, possuem o ensino fundamental incompleto, e apenas 14% possuem este nível de ensino, o fundamental, completo, ou seja, são pessoas com um nível de vulnerabilidade elevado.

Zaffaroni (2015, p. 31) aponta que a esfera penal, é um reflexo jurídico e político amplo, dividindo-se em Direito penal humano e inumano. Para o autor, o direito penal inumano está ligado ao caráter implícito da pena, que é a invisibilização dos encarcerados, ignorando assim, toda a estratificação de exclusão social que permeia o cárcere. O poder punitivo, em seletividade e identidade, vem como forma de manter o controle dos excluídos.

HIPÓTESE:

Uma das hipóteses da referida pesquisa, é que o cárcere e suas nuances, apesar de muito explorada pela mídia, bem como, em pesquisas ainda é um objeto de invisibilidade aos olhos da população como um todo, bem como, o porquê que as políticas públicas voltadas a este campo, são pouco apoiadas e defendidas, Assim como o fetiche da mercadoria esconde os processos de exploração do trabalho, como aduz Marx, o fetiche punitivista, esconde todo o processo de exclusão social, invisibilidade dos encarcerados e desumanidades relacionadas à execução penal, em detrimento a um sentimento quase que sobrenatural de punir a qualquer custo os desviantes.

METODOLOGIA:

Como forma de delinear os problemas vividos pela população carcerária, bem como suas invisibilidades, apoiou-se em revisão bibli-

ográfica e pesquisa documental, problematizando as questões que permeiam o encarceramento.

Resultados:

Os resultados até aqui alcançados, apontam para uma cultura que transpassa o imaginário social e alcança o poder judiciário. Esta cultura é o culto à punição e fez parte da própria construção histórica das penas. Sendo assim, traçando um paralelo com algumas passagens históricas pode-se entender que fez parte também da construção de um Estado autoritário e contribuiu com um poder judiciário pautado na ideia inquisitorial e religiosa do perdão, transformando o cárcere em um objeto fetichista de necessidade para conter os desviantes, fazendo com que as problemáticas vividas muro adentro do cárcere, sejam pouco discutidas, e quando sim, com um condão sobrenatural, fazendo com que se escondam as verdadeiras ideações do poder punitivo, como, qual seja o controle dos despossuídos.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro, **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**/Alessandro Baratta; tradução). Juarez Cirino dos Santos. -3 ª ed.- Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BENJAMIN, Walter (1892-1940). Fetiche e alegoria. In: MACHADO, Carlos Eduardo Jordão *et al.* **Walter Benjamin: experiência histórica e imagens dialéticas**. São Paulo: Unesp, 2015.

DEPEN Infopen. In: **levantamento nacional de informações penitenciárias**. Brasília, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

KHALED JR, Salah H. A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, ed. 67, p. 340-355, 2015.

KOERNER, Andrei. Punição, Disciplina e Pensamento Penal no Brasil do Século XIX. **Lua Nova**, São Paulo, v. 68, p. 205-242, 2006.

MARX, Karl. **O capital**: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 1867.

MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado; MELO, Marcos Eugênio. Mentali-

dade inquisitória e instrumentalidade do processo penal: transição democrática, reformas processuais e permanências autoritárias. **Arquivo jurídico**, Teresina-PI, p. 84-99, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. DIREITO PENAL HUMANO OU INUMANO? **Rev. secr. Trib. Perm.** Buenos Aires, ano 3, n. 6, p. 27-47, 2015.

OS CONCEITOS DE EFICÁCIA E EFICIÊNCIA PROCESSUAL NA UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA ANTE A DEMANDA POR CELERIDADE DA SOCIEDADE.

THE CONCEPTS OF EFFECTIVENESS AND PROCEDURAL EFFICIENCY IN THE USE OF PLEA BARGAINING BEFORE SOCIETY DEMANDS OF CELERITY.

*Eixo temático: Grupo de Trabalho 03
Segurança Pública e Política Criminal: A expansão da intervenção penal
na sociedade contemporânea.*

*AUTOR: MATEUS AUGUSTO BOHRZ KLEIN
Graduando da faculdade Escola Superior do Ministério Público
Email: mateusabk@hotmail.com*

*ORIENTADOR: Dr. ANDRÉ MACHADO MAYA
Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS); Especialista em Direito
Penal e Compliance (Universidade de Coimbra), em Direito do Estado (Uniritter)
e em Ciências Penais (PUCRS).*

O presente trabalho é resultado parcial do Grupo de Pesquisa Liberdade e Segurança e possui objetivo geral de levantar em discussão a utilização dos conceitos de eficiência e a eficácia processual diante de uma demanda de celeridade na repressão criminal instigada pela sociedade, nos casos de utilização do instituto da Colaboração Premiada. Para tanto, o método dedutivo de pesquisa aplicada e análise bibliográfica da doutrina relacionada ao assunto foram escolhidos como meio para realização do texto. Como objetivo específico, busca-se a análise das concepções de eficácia e eficiência processuais como legitimadores do processo, bem como apontar a uma possível conciliação entre ambos.

De início, como forma de contextualização, utiliza-se dos escritos de Winfried Hassemer, onde indica que em meio à uma propagação midiática da violência, gera-se um estado de medo social. Assim, a sociedade passa a ver no Direito e Processo Penal meios de resposta estatal para prevenção da violência. Deixa-se de ter os direitos humanos e civis como fundamento da área Penal e passa-se a retroagir na escala evolutiva da ciência, legendo um inimigo em comum da sociedade: o delinquente.

Por meio desta concepção, passam-se a eleger determinados objetos jurídicos a serem defendidos, tal qual a segurança, contemplando a ideia de processo eficiente. Verifica-se que, o Direito Penal passa a se moldar de acordo às demandas da sociedade acabando por importar o instituto da Colaboração Premiada com certas adequações ao modelo processual brasileiro para combater os crimes cometidos por organização criminosa.

Sendo instrumento de complementação probatória extremamente importante, possui como requisito a demonstração de eficiência processual para sua utilização. No entanto, devido à totalidade de seu procedimento encontrar-se previsto em via legislativa, carecendo de um sistema *stare decisis*, a possibilidade de modulação legislativa para o alcance de acordo torna-se algo a ser evitado. Nestas ocasiões, percebe-se uma preponderância da busca por eficácia processual, visando primeiramente a produção de resultados pelo procedimento, mesmo que isso signifique a flexibilização de princípios fundantes do Direito e Processo Penal. Tal utilização permite uma disparidade de tratamento entre os colaboradores não prevista em via legislativa. Desta maneira, a busca por eficácia procedimental acaba levando à uma negligência tanto ao entendimento de eficiência processual, como de eficácia legislativa.

Para uma melhor compreensão do tema, temos no presente trabalho que o entendimento de eficiência processual é direcionado à uma análise do processo como procedimento. Portanto, será eficiente o processo que respeitar seus princípios regentes, tiver menos gastos e que produza resultados.

Por outro lado, a concepção de eficácia se dirige exclusivamente à produção de resultados. Assim, um procedimento será mais eficaz do que outro à medida em que gere maior quantidade de resultados. Tal conceito desdobra-se em eficácia procedimental e legislativa, sendo esta última relacionada à capacidade de uma norma gerar efeitos. Nos conformes dos estudos de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, atribui-se uma capacidade eficaz à norma de acordo com o propósito a que se destina. Deste modo, são qualificadas em três: a função de bloqueio, quando visam impedir determinados comportamentos, a de resguardo, que pretende assegurar uma conduta desejada e a programática referindo a um objetivo buscado pela norma, de forma a que se busque pela concretização de um programa.

Seja por desrespeito aos princípios regentes do Processo Penal ou pela negligência quanto à eficácia legislativa da Lei 12.850/13, fato é de que a modulação legislativa é ocorrência que deve ser reduzida

ao máximo a fim de se evitarem resultados indesejados durante a investigação. Assim, apesar da demanda por celeridade processual por parte da sociedade, instigada pela visão de via de repressão criminosa do sistema Penal como um todo, deve-se sempre atentar a ambos os conceitos de eficácia e eficiência processuais a fim de que o correto procedimento previsto em aparato legislativo seja seguido. Deste modo, visando uma maior aceitação da sociedade quanto aos sistemas premiados de investigação, bem como evitar a impunidade do colaborador ao se concederem benefício exacerbados.

Palavras-chave: Processo Penal, eficiência, eficácia, Colaboração Premiada, Violência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

FERNANDES, Antonio Scarance. **O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. [AK1]

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 3. ed. rev. e atual. de acordo com a lei no. 12.850/2013. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor Probatório da Colaboração processual (Delação Premiada). **Revista CEJ**, Brasília, ano XIII, n. 44, p. 25-35, jan.-mar. 2009.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

HASSEMER, Winfried. **El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz**. **Estudios Penales y Criminológicos**, vol. XV (1992). Cursos e Congresos nº 71 Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISBN 84-7191-866-8, pp. 182-198.

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

TERRORISMO CONTEMPORÂNEO E DOGMÁTICA-JURÍDICO PENAL: AS PRINCIPAIS REAÇÕES LEGISLATIVAS E DOGMÁTICAS DA ORDEM JURÍDICA ALEMÃ

CONTEMPORARY TERRORISM AND DOGMATIC CRIMINAL LAW: THE GERMAN LEGAL ORDER AND ITS MAIN LEGISLATIVE AND DOGMATIC REACTIONS

Vitor Fontana de Ávila⁶¹

INTRODUÇÃO AO TEMA

Este resumo expandido é primeiro fruto e resultado dos trabalhos do Grupo de Pesquisa *O terrorismo contemporâneo: conformação histórica e regulamento jurídica*, sob a coordenação do Prof. Dr. Bruno Heringer Jr., vinculado ao CNPQ na linha de pesquisa *Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados* do Programa de Pós-Graduação Mestrado Acadêmico em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

Na oportunidade, verificar-se-á o fenômeno terrorista na contemporaneidade e as principais atitudes tomadas pelas autoridades alemãs quanto ao terrorismo contemporâneo. Será dada atenção, por conseguinte, às leis promulgadas por Parlamento e, aliadas a elas, as categorias dogmáticas do Direito Penal alemão. Investigar-se-á mudanças legislativas e dogmáticas ocorridas ou, por sua vez, ressignificação de categorias já anteriormente utilizadas em Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch* – StGB) de uso comum das autoridades civis alemãs.

61 Aluno integrante do PPGD/FMP Mestrado Acadêmico em Direito, na Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do grupo de pesquisa CNPQ *O terrorismo contemporâneo: conformação histórica e regulamentação jurídica*, sob orientação do Dr. Bruno Heringer Jr., vinculado à linha de pesquisa *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados*. Integrante dos grupos de pesquisa CNPQ *Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação*, sob orientação do Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho; *Teoria do Direito: da academia à prática*, sob orientação do Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, ambos grupos vinculados à linha de pesquisa *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais*. Especialista *lato sensu* em Direito Público, na Escola Verbo Jurídico/Centro Universitário Leonardo da Vinci. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, na Universidade Franciscana. Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8371305660618338>. E-mail: vitor.f.avila@hotmail.com

Justifica-se a pesquisa que este trabalho leva adiante porque inserido está na compreensão de atividades terroristas, realizadas por grupos que procuram agir de forma autônoma e alheios da ordem estatal ao qual estão inseridos. Destes, os exemplos mais comuns são a Al-Qaeda e o próprio Estado Islâmico, cujos grupos de terror atuais lançam desafios às demais ordens jurídicas com o objetivo claro de se valer acima de ordem jurídica legítima e na sociedade civil, pelo uso metódico do terror (VISACRO, 2009, p. 280). Destarte, presume-se que as ordens jurídicas agirão de acordo para enfrentar frontalmente o terrorismo contemporâneo e suas práticas, de maneira que será avaliado na perspectiva da ordem jurídica alemã – especificamente, no Código Penal alemão (*StGB*) – como isso tem ocorrido até então.

PROBLEMA

Este resumo parte do seguinte questionamento: de que maneira reagiu a ordem jurídica alemã – em processo legislativo e em discurso jurídico-penal – referente ao terrorismo contemporâneo e suas atividades de terror feitas contra a população civil da Alemanha?

HIPÓTESE

Assume-se que o fenômeno do terrorismo contemporâneo conduz as autoridades do Estado a reagir juridicamente quanto aos ataques terroristas que têm sido realizados mais periodicamente, com possibilidade de se tornar rotina destrutiva na sociedade civil alemã. Logo, presume-se que é possível observar a ordem jurídica alemã e sua preocupação em responder ao terrorismo contemporâneo na esfera jurídica, mas de maneira própria, utilizando-se mais da reforma e ressignificação de elementos legislativos e dogmáticos da ordem jurídica do que propriamente inovando ou criando outras categorias jurídicas.

METODOLOGIA

Para tentar responder ao questionamento acima, será utilizado o método hipotético-dedutivo, isto é, pressupondo a existência e realidade do fenômeno do terrorismo contemporâneo e, diante da legitimidade democrática e constitucional da ordem jurídico-penal da República Fed-

erativa da Alemanha, chegará à conclusão positiva ou negativa quanto ao problema proposto acima.

Quanto à metodologia de procedimento, se dará pelo método bibliográfico, ao analisar livros e doutrinas jurídicas, artigos e sites, além de outros documentos escritos que podem vir a auxiliar naquilo que o trabalho pretende.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

O terrorismo contemporâneo está inserido e é modificado pelos fluxos históricos que o acompanham. Na perspectiva de Visacro, falar sobre *terrorismo* já é, em si, um problema de definição, pois

[...] o cerne dessas questões reside na dicotomia existente entre o que é, de fato, terrorismo e aquilo que decidiremos chamar de terrorismo, pois se trata de dois conceitos bastante distintos. O primeiro diz respeito, sobretudo, ao pragmatismo das organizações militantes que se valem desse recurso operacional, importando-se apenas com seus resultados práticos. O segundo é afeto ao Estado e à sociedade civil, visto que se molda a uma pretensa utilidade política, por meio de um enquadramento jurídico tipificado do crime de terrorismo (VISACRO, 2009, p. 281-282).

Talvez o caminho seja, portanto, delimitar uma arqueologia histórica (FOUCAULT, 2008, p. 151) a respeito do signo *terrorismo* a fim de compreender melhor seu fenômeno. Quanto a isso, um bom ponto de partida é localizar os antecedentes históricos e tê-los em vista para, daí em diante, considerar a construção sobre o que é e do que se trata *terrorismo*. Partindo dos antecedentes históricos, os mais remotos vinculados a um ato de terror eram as seguintes condutas: homicídio de figuras políticas e religiosas por grupos islâmicos (*hashashins*) e judeus (*zelotes*). Em culturas gregas e romanas também é possível perceber atividade de terror, seja na justificação do tiranicídio como luta legítima contra despotismo como, também, o uso instrumental do terror como uma orientação do imaginário revolucionário (HERINGER JÚNIOR, 2019, p. 180-181).

O surgimento histórico do termo *terrorismo* em si, por sua vez, não ocorreu nos antecedentes históricos acima mencionados, mas posteriormente, na Revolução Francesa que ocorreu no final do século XVIII. Tal atividade revolucionária é um legado de Robespierre após – ou a partir de – sua morte: o *Período dos Jacobinos* ou *Período do Terror*. Trata-

va-se de um movimento revolucionário contra o Antigo Regime (*Ancien Régime*), pautado em processos sumários e execuções públicas de seus inimigos. A ideia era, pelo terror, acelerar e sedimentar as conquistas revolucionárias. Ou seja, *terrorismo enquanto método*, meio para alcançar objetivo ideológico social, civil, político. Nesse contexto que há o surgimento, também, do Estado democrático moderno. Tanto o Estado quanto terrorismo, assim, são fenômenos contemporâneos (HERINGER JÚNIOR, 2019, p. 181).

A partir da análise acima, é possível distinguir com segurança entre *terror de Estado* – mencionado acima – e o *terrorismo considerado moderno*. Quanto ao último, trata-se de prática de violência em ações diretas, de forma indiscriminada ou direcionadas a certas autoridades públicas, levadas adiante por grupos políticos que tinha objetivo final de desestabilizar o governo ao causar terror para a população. Contudo, mesmo que possível traçar uma arqueologia a respeito do terrorismo, percebe-se que o termo só adentrou no imaginário social a partir do assassinato do czar russo Alexandre II, pouco mais de 140 anos atrás (HERINGER JÚNIOR, 2019, p. 181). Sendo tomado o termo pelo imaginário social, também atividades acadêmicas têm sido conduzidas para categorizar o movimento em suas características históricas, sendo uma delas a *teoria das ondas* de David Rapoport. Segundo este teórico, uma *onda* significa um período de tempo significativo que é caracterizado por sua expansão e contração. Logo, o terrorismo movimenta-se em *ondas*, iniciada em certo momento histórico, expandindo ao máximo possível e, por fim, contraindo-se até esvanecer ou ser substituída por outra onda (RAPOPORT, 2004, p. 47). Rapoport categorizou o terrorismo em quatro ondas, especificamente: o Anarquismo (1880-1920), que utilizava o terror contra o Estado, por acreditar que era a fonte da injustiça e da desintegração social; Anticolonialismo (1920-1960), período onde o terror era manejado para conseguir independência do imperialismo ocidental; Radicalismo da Nova Esquerda (1960-1990), cuja luta contra o capitalismo e pela redistribuição de riquezas eram tomadas por métodos terroristas, especialmente sequestros, tomada de reféns e de transportes; Terrorismo Religioso (1990, até o momento), largamente influenciado pela religião Islâmica e que procura eliminar o Ocidente por atividades terroristas, isto é, justificam o terrorismo como uma forma necessária de preservar sua fé e interromper a influência do Ocidente sobre a moralidade humana. Algumas das táticas são os alvos simbólicos nos Poderes estatais (agentes públicos), homens-bomba e

carros-bomba (RAPOPORT, 2004, p. 48). Nesse ínterim, o terrorismo contemporâneo alcança seus objetivos políticos por meio das *novas guerras*: táticas beligerantes que reivindicam poder sobre identidades que são, aparentemente, tradicionais no seio social, como a nacionalidade, credo, tribo. No pensamento terrorista, há crescente *dissonância cultural*, afetando profundamente esses processos de mudança e pertencimento (KALDOR, 2001, p. 93-94). Em outras palavras: a atividade terrorista dá sentido de identidade social a quem o pratica.

Não poderia, portanto, a ordem jurídica ficar alheia ao fenômeno terrorista contemporâneo. Como se verá, a Alemanha reagiu aos ataques terroristas em âmbito legislativo e dogmático-jurídico. Assim é necessário pois todo o sistema jurídico é operacionalmente fechado por *autopoiesis*. Determinando sua própria criação jurídica, acaba por preservar sua estrutura e autonomia social (LUHMANN, 2004, p. 97), de maneira que reagirá às irritações vindas do ambiente dos sistemas sociais. No caso da Alemanha, ocorre uma evolução legislativa em 1976, momento no qual há a inserção de tipo penal referente a terrorismo no Código Penal alemão (Seção 129a, *StGB*). Importa ressaltar que não há definição sobre terrorismo. Há uma menção de possível fenômeno, mas sem especificar como ou de que maneira (ZÖLLER, 2012, p. 119). Inicialmente, a versão inicial atestava que a tipicidade estava em cometer crime enquanto associado a organizações políticas que já haviam sido estabelecidas por seus membros, que levavam a sérios atos de comportamento violento e anticonstitucional. Após, o Parlamento alemão considerou a membresia de grupos terroristas (Seção 129a) como algo especial e mais grave que gangues criminais (Seção 129), mas, para classificação adequada, dependia da gravidade do ato. Se o grupo realiza crimes muito violentos – genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, homicídio qualificado – é um grupo terrorista. Menos graves, eram gangues criminais comuns. Se o grupo se articula com finalidades criminosas, mas sem realizar nenhum crime (atos preparatórios), pode ser tanto uma gangue comum ou uma célula terrorista (GESK, 2012, p. 1081-1083). Logo, era definido *ex post facto*.

A mudança da atividade terrorista comum para *conflito assimétrico* – isto é, *novas guerras* – conduziu uma frequente revisão da Seção 129a – *StGB*. O Parlamento alemão, em 1987, considerou como fato punível a participação e assistência de indivíduo para que atividades terroristas ocorressem. Porém, era tipo penal de difícil aplicação dada a descentralização da célula terrorista. Em 2003, nova reforma, motivada

pelo ataque às Torres Gêmeas de Nova York (11.09.01), conduziu para expandir fato punível referente a atividades terroristas: mesmo a tentativa de organizar um grupo terrorista com objetivo de intimidar instituições políticas, sejam nacionais ou internacionais, ou intimidar o público – *público* em sentido geral, sem definição específica, logo, discricionária – através de ameaças de cometimento de graves crimes é um fato punível a parte (Seção 129a, III, StGB). A última reforma até o momento procura atacar juridicamente o ambiente terrorista, diretamente na organização, logística e estrutura de suporte em verdadeiros atos preparatórios, a fim de evitar que a organização terrorista realize qualquer ataque. Essa seção – Seção 129a, *Strafgesetzbuch* – StGB – é a maior dentre os demais crimes previstos no Código Penal alemão (GESK, 2012, p. 1083-1084).

Há também o tipo penal na Seção 89a, StGB, resultado das obrigações da República Alemã impostas a partir da Convenção do Conselho Europeu pela prevenção do Terrorismo, de 2005. Trata-se punir atos preparatórios de violência séria e ofensiva que cause perigo ao Estado. Ou seja, são sérios atos violentos contra a vida e liberdade pessoal com elemento objetivo (*capacidade de...*) e elemento subjetivo (*com intento de...*) do tipo, para minar a segurança pública. A sanção tem grande amplitude discricionária: pode ser delimitada desde a pena mínima de cinco anos até a possibilidade de pena perpétua. Porém, nem todos os atos preparatórios são considerados ilícitos penais. Há uma lista exaustiva de condutas na Seção 89a para que seja incriminado o agente: realiza ato(s) preparatório(s) ao instruir alguma pessoa ou receber instrução na produção de uso de armas de fogo, explosivos, dispositivos explosivos ou incendiários, material de fissão nuclear ou outras substâncias radioativas, por exemplo. E essas condutas precisam estar vinculadas à capacidade e intenção de causar violência séria e ofensiva que cause perigo ao Estado (PETZSCHE, 2012, p. 1061-1062).

No tocante às principais mudanças legislativas e dogmáticas no *Strafgesetzbuch* – StGB, para Mark Zöller o Direito Penal alemão não precisava, assim, reagir. Na verdade, não seria nem necessário abordar *terrorismo* na lei, pois, mesmo após o 11 de Setembro de 2001, grande parte de atos terroristas acabavam sendo investigados e presos, processados e julgados pelas vias normais do direito penal. *Terrorismo*, inclusive, não é termo jurídico em si por natureza, mas, mais propriamente um termo criminológico. Portanto, vai além do elemento objetivo e subjetivo do tipo penal que, usualmente, são definidos pelo Legislador. Usar *terrorismo* no Código Penal, logo, não seria necessário, mas, tampouco

proibido, desde que o termo seja delimitado e compreensivelmente determinado na linguagem jurídica. Como visto acima, está longe de ser determinado precisamente, abrindo margem para discricionariedade e tipificação *ex post facto*. Como o Direito Penal alemão tem resistido bem em sua estrutura clássica contra atividades terroristas, a melhor e mais eficaz política criminal seria tratar o terrorismo com normalidade, como atividade criminal entre outras, embora com gravidade maior. Afinal, o propósito da atividade terrorista é desequilibrar as relações sociais e, se o medo frente ao terrorismo prevalecer, o grupo terrorista terá chegado a seu objetivo: causar dano à toda a sociedade civil para impor logo após, pelo medo, sua ideologia final (ZÖLLER, 2012, p. 123-124).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho iniciou pela exposição do tema em caráter global, quanto ao problema que se propôs a responder: quanto ao processo legislativo e discurso jurídico-penal, de que maneira reagiu a ordem jurídica alemã referente ao terrorismo contemporâneo e suas atividades de terror contra a população civil da Alemanha?

Seguindo a metodologia hipotética-dedutiva de abordagem, com a metodologia procedimental bibliográfica, foi possível analisar a evolução histórica do terrorismo, tomado nessa perspectiva para arqueologicamente compreender a emergência do terrorismo contemporâneo, iniciado a pouco mais de um século, muito embora com elementos variáveis presentes desde eras antigas da história humana. A seguir, foi vista a teoria das ondas de Rapoport onde o terrorismo contemporâneo foi categorizado para melhor análise de pesquisa e classificação do fenômeno e suas atividades terroristas.

Foi verificado, por conseguinte, que o Código Penal alemão (StGB) reagiu legislativa e dogmaticamente para lidar com o fenômeno terrorista contemporâneo, muito embora de maneira vaga e imprecisa, de maneira que, apesar das inovações trazidas em algumas seções do Código Penal, há ambiguidade no tratamento do terrorismo no ordenamento jurídico, definindo *ex post facto* se tal grupo ou indivíduo realizou atividades terroristas. De toda a sorte, mesmo com a expansão do direito penal para coibir o terrorismo, as estruturas comuns do direito penal já eram capazes de reagir com normalidade à atividade terrorista na Alemanha.

REFERÊNCIAS

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. 7ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

GESK, Georg. Right to Resistance and Terrorism - The Example of Germany. **German Law Journal**, Goethe University Frankfurt, Alemanha, vol. 13, no. 9, p. 1075-1094, set. 2012.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. O terrorismo em perspectiva história: em busca de um conceito juridicamente operacionalizável. In: ÁLVARES, Rodrigo Ríos;

LEAL, Rogério Gesta; SBARDELOTTO, Fábio Roque (org.). **O direito penal e o processo penal como instrumentos de defesa de direitos públicos incondicionados**: perspectivas brasileiras e chilenas. Porto Alegre: FMP, 2019. p. 177-196.

KALDOR, Mary. **Las Nuevas Guerras** – La violencia organizada em la era global. Barcelona: Tusquets Editores, 2001.

LUHMANN, Niklas. **Law as Social System**. New York, EUA: Oxford University Press, 2004.

PETZSCHE, Anneke. European Influence on German Anti-Terrorism Law. **German Law Journal**, Goethe University Frankfurt, Alemanha, vol. 13, no. 9, p. 1056-1065, set. 2012.

RAPOPORT, David. The Four Waves of Modern Terrorism. In: CRONIN, Audrey Kurth; LUDES, James M. (Ed.). **Attacking Terrorism**: Elements of a Grand Strategy. Washington, Estados Unidos: Georgetown University Press, 2004. p. 46-73.

VISACRO, Alessandro. **Guerra Irregular**: terrorismo, guerrilha e movimento de resistência ao longo da história. São Paulo: Contexto, 2009.

ZÖLLER, Mark A. The relationship between terrorism and criminal law. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 118-125, jan./jun. 2012.

UM DIREITO GERAL DE LIBERDADE? REFLEXÕES SOBRE A NORMA FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 A PARTIR DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY.

A GENERAL RIGHT OF LIBERTY? REFLECTIONS ON THE FUNDAMENTAL RIGHT TO LIBERTY IN THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION BASED ON ROBERT ALEXY'S THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS.

*André Machado Maya⁶²
Pietro Cardia Lorenzoni⁶³*

I INTRODUÇÃO

A coexistência entre os valores de liberdade e segurança é um dos pontos de mais acentuada complexidade no âmbito do Direito Penal e Processual Penal contemporâneos, em especial no atual cenário de uma sociedade de risco globalizada, marcada por uma perene revolução tecnológica e por uma crescente aceleração do fluxo de informações e das redes de relacionamento social. A sensação de insegurança, inerente a esse contexto e potencializada pela mídia, faz ecoar as demandas por segurança direcionadas ao Estado, do que resulta uma política criminal desorientada, uma legislação simbólica e a flexibilização de direitos e garantias individuais que moldam o devido processo penal no plano teórico. Nesse cenário, se desenvolvem construções teóricas a embasar a ex-

62 Doutor e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS; Especialista em Direito do Estado pela UniRitter e em Ciências Penais pela PUCRS. Professor de Direito Penal e Processo Penal dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Advogado. Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP). E-mail de contato: andremmaya@gmail.com

63 Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Doutorando em Direito pela UNISINOS. Especialista em justiça constitucional e direitos fundamentais pela Universidade de Pisa/Itália (UNIFI). Professor de Direito Público dos cursos de Graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/DF) e do Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER/RS). Advogado. E-mail de contato: pclorenzoni@gmail.com.

istência de deveres de proteção penal impostos ao Estado, a serem materializados tanto no plano do direito material, quanto no plano processual penal. Como consequência, a expansão da intervenção penal consolida a retração de liberdades inerentes à formatação democrática.

Essa construção teórica, conquanto embasada também em julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em casos envolvendo o Brasil, inaugura um caminho distinto do consolidado pela doutrina penal iluminista, de um Direito Penal e Processual Penal como limites ao poder punitivo estatal, amparado na ideia dos direitos fundamentais como instrumentos de defesa do cidadão em face do Estado. Daí a importância de se especificar o conteúdo desses deveres impostos ao Estado e de se estabelecer limites aos mesmos, como forma de assegurar a prevalência do valor liberdade na atual quadra democrática.

Esse é o cenário do qual partem as atividades desenvolvidas no grupo de pesquisa *Direito fundamental à segurança e Direitos de liberdade: a complexa harmonia em matéria penal*, com o objetivo de verificar a existência, o conteúdo e os limites das chamadas obrigações processuais penais positivas, ou dos deveres de proteção pela via processual penal. A pesquisa está em andamento, ainda em uma fase inicial, e no presente ensaio a proposta é destacar a prevalência do valor liberdade na formatação dos Estados democráticos de Direito. A esse efeito, parte-se do referencial teórico de Robert Alexy, sobre os direitos fundamentais, para então destacar o peso determinante da liberdade e como se concebe um direito geral de liberdade no plano constitucional brasileiro. O ensaio, porque produto de um estágio inicial de pesquisa, não se propõe a apresentar resultados, mas a expor o contexto da pesquisa, sob o prisma do referencial teórico mencionado.

II A ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DE ROBERT ALEXY

A teoria proposta por Robert Alexy, em sua obra sobre os direitos fundamentais, se insere no âmbito de uma pretensão teórica de conferir um embasamento à argumentação sobre direitos fundamentais que possibilite decisões jurídico-democráticas racionais (ALEXY, 2017b, p. 548). Em sendo o direito argumentativo, naturalmente que a aplicação dos direitos fundamentais será também argumentativa (ATIENZA, 2005, p. 1). Daí a necessidade de uma teoria dos direitos fundamentais que, pautada na premissa racional, permita o controle das decisões judiciais.

Embasado, portanto, na sua teoria da argumentação jurídica, Alexy estrutura a teoria dos direitos fundamentais de maneira tridimensional, sob os vieses dogmático, empírico e jurídico. Seu ponto de partida é a diferença entre texto e norma: enquanto texto é o que está expresso, a norma é o produto da sua interpretação. No caso específico das normas de direitos fundamentais, Anizio Gavião Filho (2010, p. 25) explica que “o conceito semântico de norma pressupõe a distinção entre norma e proposição normativa”, sendo aquela o significado de sentido desta, que é o conjunto de signos linguísticos contido em uma disposição de direito fundamental.

A norma, para Alexy (2017b, p. 85 - 108), é sempre uma regra ou um princípio: enquanto regra, assume a forma de um mandamento definitivo a ser aplicado em determinada situação concreta; na forma de princípio, se apresenta como um mandamento de otimização a ser aplicado na máxima medida do possível, um dever *prima facie* que, diante de uma colisão de princípios originada de um caso concreto, se transforma em um dever definitivo. Essa transformação ocorre pela aplicação da técnica da ponderação, decorrente do princípio da proporcionalidade, cujo resultado estabelece uma relação de prevalência condicionada e uma regra para o caso concreto. No caso dos direitos fundamentais, eles apresentam uma dupla configuração, isto é, são tanto regra como princípio (LORENZONI, 2018, p. 34). No resultado da ponderação em casos relacionados com direitos fundamentais, forma-se a norma de direito fundamental atribuída.

As normas de direitos fundamentais, assim, representam o produto da interpretação do texto expresso na Constituição. Sua funcionalidade, conforme Alexy (2017, p. 193-248), está atrelada ao reconhecimento desses direitos como direitos subjetivos, e decorre da sua concepção como (I) direito a algo; (II) liberdades; e (III) competências.

A tridimensionalidade é da essência da sua estrutura enquanto *direito a algo*. A proposição lógica de Alexy, pode ser assim expressada: A tem direito a C em face de B. O enunciado é facilmente compreendido se pensarmos no direito à vida ou à liberdade de expressão. Na perspectiva empírica, o Estado deve prover tais direitos; na perspectiva normativa, deve reconhecer situações novas e aptas à tutela do direito, e normatizar essas situações. Dessa estrutura de *direito a algo* resultam posições jurídicas concebidas a partir de relações deonticas: oposições inerentes às relações entre deveres, obrigações e permissões. Se *Pedro* tem direito a expressar livremente seu pensamento em face do Estado, então o Estado tem o dever

de respeitar a manifestação de pensamento de *Pedro*. Disso decorre a permissão do Estado para que *Pedro* se manifeste livremente, e a faculdade de *Pedro* exercer ou não esse direito (ALEXY, 2008, p. 193 e seg.)

A liberdade trabalhada por Alexy (2017, p. 218-234) está relacionada a posições jurídicas fundamentais. Não se trata de um objeto, mas de uma qualidade atribuída a pessoas, a ações ou a uma sociedade. Sua estrutura segue a lógica triádica, a enunciar uma relação entre (1) o titular da liberdade, (2) o obstáculo à liberdade e (3) o objeto da liberdade. O ponto central da estrutura é o objeto, relacionado sempre a uma ação. Em sentido positivo, uma pessoa é livre para praticar uma única ação, quando não houver embaraço ou proibição. Em sentido negativo, a pessoa é livre quando lhe for possível uma alternativa entre várias ações. A ausência de obstáculos à alternativa de ações possíveis é o que determina a liberdade jurídica na construção de Alexy. Essa liberdade jurídica pode ser protegida ou não pelo direito. A liberdade não protegida é a simples permissão, decorrente da ausência de obrigação ou de dever, enquanto combinação de negações de dever-ser. Não há uma norma constitucional ou garantia relacionada a ela. Ao contrário, a liberdade protegida é aquela cuja faculdade é assegurada por um direito a algo, de modo que represente uma posição jurídica do titular do direito. Essa proteção pode ser em sentido negativo (direito de defesa – a que o Estado não obstaculize o exercício do direito) ou positivo (direito a prestações – a que o Estado implemente ações fáticas e jurídicas que assegurem a efetividade do direito). A proteção da liberdade protegida é assegurada pelo direito, pela norma; a liberdade não protegida pode ser protegida pelo Judiciário, mas não o é necessariamente. Ambas, porém, são liberdades jurídicas.

Por derradeiro, a completar a estrutura triádica, competência é uma capacidade de ação atribuída a determinado sujeito por uma norma jurídica. O sujeito, em razão desta norma jurídica, está em uma posição que lhe permite alterar uma situação jurídica, a partir do exercício de um ato jurídico. É diferente de permissão, na medida em que permitido é o que não é proibido. A competência pressupõe uma norma jurídica que fundamente o seu exercício. Para Alexy, “ações que constituem o exercício de uma competência são ações institucionais” (2008, p. 238), assim definidas como aquelas que, para serem realizadas, “pressupõem a existência de regras que lhes são constitutivas.” Não bastam as capacidades naturais. (ALEXY, 2008, p. 239). As competências ampliam a margem de ação do indivíduo e, portanto, o seu âmbito de liberdade jurídica, e o seu descumprimento implica em nulidade ou invalidade do ato.

Assim estruturadas as normas de direito fundamental, Alexy (2008, p. 249) apresenta uma concepção de *direito fundamental completo*, enquanto um “feixe de posições de diferentes conteúdos e diferentes estruturas”. No plano abstrato, valendo-se da teoria dos *status* de Jellinek, o autor alemão (2008, p. 254-275) apresenta quatro quadrantes que retratam as relações possíveis entre os sujeitos titulares e destinatários das normas jurídicas de direitos fundamentais. O primeiro quadrante é denominado de *status passivo*, no qual se verifica uma sujeição do indivíduo ao Estado, o que significa dizer que dessa relação decorre uma competência para o Estado e um dever ou obrigação par o indivíduo. O segundo quadrante é denominado de *status negativo*, em que se inserem as condutas do indivíduo que são indiferentes ou irrelevantes para o Estado. Trata-se do espaço individual de liberdade não protegida, assim compreendidas aquelas ações que não são obrigatórias e tampouco proibidas pelo Direito. Nesse caso, o indivíduo possui a faculdade de fazer ou não fazer, o que será indiferente para o Estado. Alexy subdivide esse *status* em duas partes: *status* negativo em sentido estrito, que compreende exatamente a proposta de Jellinek; e *status* negativo em sentido amplo, que além das liberdades jurídicas não protegidas, abrange também as liberdades protegidas, as quais estabelecem o âmbito dos direitos de defesa, aqueles direitos a ações negativas do Estado (não embaraço). O terceiro quadrante revela o *status positivo*, onde se incluem as situações de sujeição do Estado ao indivíduo. Aqui é o indivíduo que possui *direito a algo* e *capacidade* ou competência em face do Estado, que está obrigado ou possui um dever. Ter *direito a algo* + *competência* confere ao indivíduo uma pretensão positiva e impõe ao Estado uma obrigação ou um dever. Alexy, novamente, subdivide esse *status* em duas partes: *status* positivo em sentido estrito significa exatamente o proposto por Jellinek, enquanto ações positivas; *status* positivo em sentido amplo, além das ações positivas, abrange também as ações negativas, e aqui Alexy inclui novamente os direitos de defesa. O Indivíduo tem direito à não atuação do Estado e competência para exigir juridicamente o respeito estatal ao seu *direito a algo*. Por derradeiro, o último quadrante pertence ao *status ativo*, segundo o qual o indivíduo possui competência para participar da formação da vontade estatal. É uma competência que, assegurada pelo Direito, vai além do seu direito natural.

Como visto, os direitos fundamentais são pensados na teoria de Alexy como um feixe de posições jurídicas fundamentais cujo conteúdo concreto é determinado pelas noções de direitos, deveres, obrigações e faculdades, resultado da sua concepção triádica, enquanto *direitos*

a algo, liberdades e competências. À contextualização que se propõe o presente ensaio importa em especial o conceito de liberdade, ao que é dedicado o tópico seguinte.

III A CLÁUSULA GERAL DE LIBERDADE

A proposta do presente ensaio é trabalhar o direito fundamental à liberdade a partir do alinhamento entre a teoria de Robert Alexy (2017b) e o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Para tanto, breves adaptações serão feitas em razão de algumas diferenças estruturais entre a Constituição brasileira de 1988 e a Constituição Alemã, que serve de base para o empreendimento teórico alexyano. Entre essas adaptações, nessa fase inicial, destacamos a positivação de um direito geral de liberdade no artigo 5º na Constituição Federal brasileira, o que na Alemanha surge apenas via jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal.

A história constitucional brasileira é marcada por uma consistente positivação do direito de liberdade, o que é perceptível desde a Constituição Imperial de 1824 até a Constituição Cidadã de 1988. A diversidade da força normativa dos dispositivos constitucionais foi proporcional às diversas gradações de autênticos Estados de Direito que tivemos ao longo da nossa história, culminando no contemporâneo Estado Democrático de Direito.

Nessa linha, a história pátria conforma, condiciona e norteia. Assim, desde 1824 percebemos que a redação constitucional traz um direito de liberdade geral, ao qual foram sendo acrescidas diversas liberdades específicas, como as de locomoção, pensamento, religiosa, entre outras, a partir dos diversos episódios históricos nacionais e globais. Na constelação constitucional de 1988, a liberdade é protegida desde a previsão do direito geral de liberdade previsto no artigo 5º, passando por garantias de direitos fundamentais primárias e secundárias – para lembrarmos de Ferrajoli (FERRAJOLI, 2016, p. 832) – até chegar em previsões expressas de mandamentos de criminalização, conforme os incisos XLII, XLIII e XLIV do mesmo artigo 5º da nossa Lei Maior.

A propósito, com Robert Alexy, lembramos que normas de Direito Penal podem ser compreendidas como normas de proteção de liberdade, que zelam para que terceiros não embarquem o seu exercício. Essa parece ser, inclusive, a intenção da Constituição brasileira ao optar por positivar mandamentos de criminalização. A atual Carta constitucional criou normas que indicam, em determinados casos, uma

exigência constitucional de intervenção por intermédio de mandados de criminalização ou tutela penal. Ademais, uma parcela dessas normas tem como objetivo selar um ponto de não retorno ao autoritarismo do período militar, protegendo princípios democrático-constitucionais por meio do sistema criminal, como no caso do inciso XLIV do artigo 5º da Constituição da República.

Já aqui se apresenta uma aparente contradição (que merece destaque, mesmo que no presente ensaio não tenhamos o espaço para tratar dela com toda a densidade necessária): “na medida em que o direito ativamente cria liberdade, ele cria também sempre – direta ou indiretamente – não-liberdades” (ALEXY, 2017, p. 247). Esse será um dos aspectos centrais para o desenvolvimento da pesquisa, uma vez que o direito fundamental à segurança e os deveres processuais penais ocupam legítimo espaço de tutela ao direito à liberdade. A grande questão é definir os limites do espaço de atuação legítima, tanto das demandas populares via poderes políticos representativos, como pela via do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ATIENZA, Manuel. *Las Razones Del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

BARATTA, Alessandro. Seguridad. In: FAIRA, Julio César (ed.). *Criminología y sistema penal* (compilación in memoriam). Buenos Aires: Editorial BdeF, 2004. p. 199-220.

BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: *Four essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1969.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho*. 2.ed. Madrid: Trotta, 2016.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. 2010. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.

GOMES CANOTILHO, J.J.; SARLET, Ingo W.; MENDES, Gilmar F. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LORENZONI, Pietro Cardia. A regra do prejuízo aplicada às nulidades processuais penais: estudo à luz da expansão do controle estatal pela via penal. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, 2018.

SARLET, Ingo W.; VALE, André Rufino do. Comentários ao caput do art. 5º da Constituição Federal. In: GOMES CANOTILHO, J.J.; SARLET, Ingo W.; MENDES, Gilmar F. (Orgs.) *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GT 4 Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos

A ASCENSÃO DA EXTREMA DIREITA A NÍVEL GLOBAL E AS FAKE NEWS COMO ESTRATÉGIA DE DOMINAÇÃO DAS MASSAS

THE RISE OF THE FAR RIGHT GLOBALLY AND FAKE NEWS AS A STRATEGY OF MASS DOMINATION

Elisa Hartwig⁶⁴

Grupo de Trabalho 04 – Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos.

Palavras-Chaves: Extrema direita. Democracia. Neoliberalismo. Fake News.

Primeiramente, destaca-se que o problema do presente estudo visa a responder de que forma os grupos de extrema direita se utilizam das fake news como uma estratégia de dominação das massas, em um contexto de crise da democracia liberal e de imposição do projeto político neoliberal globalmente.

Cabe ressaltar que o mundo está vivenciando um contexto de ascensão da extrema direita, como é possível observar a partir das eleições presidenciais no Brasil em 2018, nos Estados Unidos da América, em 2016, e na Polônia, em 2015. Essa guinada à direita radical, na verdade, constitui um projeto político cujo intuito é a imposição do neoliberalismo, o qual predica a isenção do direito privado de qualquer deliberação e controle, ainda que através do sufrágio universal (DARDOT; LAVAL, 2018, p. 8). Nesse sistema político e econômico, ao Estado cabe a função de meramente servir aos interesses do mercado, ficando passivo no que tange ao jogo predatório econômico, mas extremamente atuante na repressão dos “indesejáveis”⁶⁵ pelo sistema (CASARA, 2017, p. 9).

64 Bacharel em Direito e Pós-graduanda em Direito do Trabalho pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: elisa.mhartwig@gmail.com

65 Os indesejáveis, conforme o autor, são todos aqueles que não servem ao modelo neoliberal, ou por serem despossuídos, isto é, incapazes de produzir e consumir

Esse sistema, que Massimo Ribaudo denomina de Ordoliberalismo necessita desviar a atenção das massas do projeto de retirada de direitos fundamentais e a intensificação da desigualdade social (RIBAUDO, 2019). Isto é realizado através de estratégias de dominação das massas, entre as quais estão as práticas de negação e revisão da história, os discursos de ódio, além das fake news (a construção de falsidades como verdades alternativas). Assim, inevitável a percepção de elementos fascistas no que diz respeito à propaganda e doutrinação das pessoas, o que evidencia o movimento neofascista em curso (DULCE; D'AMBROSO, 2019).

Nesse sentido, a principal característica do regime fascista é a busca de um determinado consenso, através da dominação da consciência de certa parcela da população, que é levada a legitimar a exclusão de minorias. A principal matéria prima dessa doutrinação é o ódio social, que no Brasil se observa a partir da relação da classe média com as minorias, uma vez que ela se projeta nas classes dominantes e odeia os excluídos. Tais minorias sofrem um processo de desumanização, por não se enquadrarem nos padrões convencionais estipulados, que podem ser de ordem social, econômica, política, étnica, entre outras. Assim, a classe média protofascista é instrumentalizada em favor de um projeto fascista, de modo que passa a autorizar a violência institucional, os mecanismos repressivos e a violação de direitos (FELIPPE, 2016).

O que se verifica, em verdade, é a crise da democracia liberal, que pode ser explicada por diversos processos, como a globalização capitalista neoliberal. Tal fenômeno afeta a capacidade dos Estados de responder em seu âmbito a problemas de origem global, tal como a desvalorização dos trabalhadores locais pela deslocalização industrial e pela mudança tecnológica (CASTELLS, 2018, p. 14).

Nesse sentido, verifica-se uma profunda desigualdade social entre tais trabalhadores e as elites cosmopolitas – camadas profissionais de maior instrução e maiores possibilidades, através da lógica irrestrita de mercado, que acentua as diferenças entre capacidades consideradas úteis ou não às redes globais de capital, de produção e de consumo. Tal situação também resulta em uma crise identitária, na medida em que a identidade passa a ser vista como um refúgio diante das transformações globais, o que pode explicar o crescimento de fenômenos como a xenofobia e a intolerância, além do avanço da extrema direita no mundo (CASTELLS, 2018, p. 14)

mercadorias, ou por serem inimigos políticos, ou seja, aqueles que representam ou ao menos simbolizam uma ameaça ao controle político do Estado.

De fato, a extrema direita beneficia-se da conjuntura de vulnerabilidade existencial e do sentimento de não-pertencimento sociopolítico de milhões de sujeitos considerados “descartáveis” pelos detentores do capital financeiro. Assim, tais grupos colocam-se como detentores da luta contra a corrupção, adotando a retórica de negação da política tradicional, além do discurso de cerceamento ao processo migratório (SOLANO, 2018, p. 4-8). Como parte de sua identidade coletiva é possível destacar, entre outros fatores, a intolerância contra minorias e o combate direto a questões identitárias (antifeminismo, por exemplo), o que demonstra clara tentativa de cerceamento de direitos civis e políticos (LÖWY, 2015, p. 663) (ABREU; ALLEGRETTI, 2016, p. 101-106).

O 38º Presidente do Brasil, Jair Bolsonaro, é apontado como um representante da “nova direita radical”, em razão de um alinhamento direto a sua ideologia, manifestada nas categorias teóricas do Estado forte; da Antidemocracia; do Nacionalismo de ataque e exclusão de grupos; da xenofobia; do racismo; além de ofensivas e enredos extremados contra grupos percebidos como inimigos, com a utilização de teses conspiratórias e construção de bodes expiatórios (DIBAI, 2018, p. 145).

Assim, de forma a adentrar no escopo da presente pesquisa, destaca-se que a utilização de fake news entre políticos da extrema direita é extremamente comum e explicada, em certa medida, pelo fenômeno da pós-verdade. O jornalista Matthew D'ancona define a pós-verdade como uma modificação nas regras do debate político, em razão, essencialmente, de uma completa passividade do público em relação às mentiras, manipulações e falsidades políticas. Dessa forma, os eleitores não esperam mais, sequer exigem, que os políticos falem a verdade, e o discurso de “fatos alternativos” ganha cada vez mais espaço no cenário político. O autor afirma que tal discurso foi a base da campanha presidencial do atual Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, em 2016, sendo preciso ao dispor que:

“(...) ele bramiu uma narrativa que impôs, até certo ponto, uma ordem bruta sobre as complexidades mutáveis da vida moderna. Ele foi explicitamente desagregador ao prometer a proibição da imigração de muçulmanos, um muro ao longo da fronteira com o México, um retorno ao protecionismo econômico. No entanto, esse foi o ponto: oferecer à grande massa de eleitores brancos uma série de inimigos contra quem eles poderiam se unir, uma história na qual seriam capazes de desempenhar um papel e um plano mítico de “Tornar a América Novamente Grande”. O efeito foi narcótico,

em vez de racional: melhor uma narrativa fantasiosa que parecia boa do que nenhuma”. (D’ANCONA, 2018, p. 25-26)

De fato, as declarações de Donald Trump foram premiadas com o título de “Mentira do Ano” em 2015, 2017 e 2019, pelo site PolitiFact, que checa a veracidade de informações e é vencedor do prêmio Pulitzer. Ainda, o PolitiFact afirma que 71% das declarações feitas pelo Chefe do Executivo norte-americano são “predominantemente falsas”, “falsas” ou “mentirosas”, com apenas 4% de afirmações verdadeiras (POLITIFACT, 2020).

Outro exemplo de utilização de fake news com fins políticos é o caso do partido governista polonês de extrema direita, Lei e Justiça, que dissemina mentiras de maneira rotineira sobre refugiados, homossexuais e adversários políticos (TRAUB, 2016). Igualmente, há evidências de controle e censura sobre os meios de comunicação e sobre o Poder Judiciário do país, trazendo diversos riscos para as garantias e liberdades individuais.

No que diz respeito ao Brasil, o fenômeno observado nas eleições de 2018 de utilizar maciçamente as fake news, através de redes privadas como o WhatsApp, com o fito de manipular o voto, é um fenômeno inédito em uma democracia, como destacou a presidente da missão da Organização dos Estados Americanos (OEA) para acompanhar as eleições no Brasil, Laura Chinchilla (OEA, 2018, p. 18). Nesse sentido, a agência Lupa, Aos Fatos e o projeto Fato ou Fake, do Grupo Globo, analisaram 123 boatos direcionados ao atual Presidente Jair Bolsonaro e seu adversário nas eleições, Fernando Haddad. Destes, 104 favoreciam Bolsonaro, o que corresponde a 84,5%, enquanto 19 notícias, cerca de 15,5%, eram contrárias ao Chefe do Executivo, beneficiando seu adversário (MACEDO, 2018). Outra pesquisa, realizada pelo IDEA BigData, que entrevistou 1.491 pessoas, determinou que 98,21% dos eleitores de Bolsonaro foram expostos a pelo menos uma notícia falsa durante o período eleitoral, sendo que alarmantes 89,77% acreditaram que estas eram verdadeiras. De acordo com esta pesquisa, 85,2% do eleitorado de Bolsonaro foi exposto a conhecida história de que Fernando Haddad teria implementado um “kit gay” nas escolas, enquanto 83,7% acreditaram nesta informação (AVAAZ, 2018).

Importante frisar que tal disseminação de fake news não foi um fato isolado das eleições presidenciais, uma vez que a equipe do Aos Fatos, com checagens de todas as declarações feitas pelo Presidente Jair Bolsonaro em 588 dias desde a sua posse, observa que 1513 destas apresentam informações falsas ou distorcidas (AOS FATOS, 2020).

Assim, verificamos que o fenômeno nas fake news é extremamente perigoso, pois estas notícias, como o próprio nome diz, são contrárias à realidade e à verdade dos fatos. Seu objetivo claro é a desinformação, o engano e a manipulação do público, o que adquire particular gravidade em momentos eleitorais (MORALES, 2018, p. 28-30)

Cabe ressaltar, ainda, que a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos constatou, através de seu Informe Anual de 2019, um contexto de hostilidade e diversos ataques contra a imprensa livre no Brasil, provenientes de altas autoridades estatais, incluindo o Presidente Jair Bolsonaro. Assim, verifica-se um discurso estigmatizante contra os jornalistas que disseminam informações sobre sua gestão, o que aumenta o risco de ameaças e violência contra esses profissionais e impacta a confiança da população no jornalismo como uma instituição da democracia.

Sendo assim, embora o direito à informação deva ser garantido pelo estado, as fake news demonstram justamente um ataque às liberdades de expressão e de informação. Por esta razão, as notícias falsas devem ser combatidas e não utilizadas pelo Estado como máquina de propaganda. Existem diversas ações que podem ser tomadas pelas autoridades em relação a estes fenômenos, como a criação de leis que combatem os discursos de ódio e as fake news, o que foi realizado pela Alemanha e pelo México (MORALES, 2018, p. 122).

Entretanto, o maior perigo reside no fato de os próprios representantes eleitos utilizarem dessas ferramentas para a manipulação e engano da população, como é observado por governos da extrema direita em países como o Brasil, a Polônia e os Estados Unidos. Nesses casos, a vigilância ativa e constante sobre os representantes populares parece ser mais do que um direito a ser exercido, mas uma obrigação, necessária para preservar de fato o governo popular e os direitos individuais tão arduamente conquistados.

De forma incipiente, tendo em vista que a pesquisa se encontra em estágio inicial, é possível perceber que sua hipótese se confirma no que tange à utilização, por diversos representantes da extrema direita, de maciça disseminação de fake news como estratégia de dominação das massas. Tal estratégia promove violações claras de governos da nova direita radical, entre eles o brasileiro, aos direitos de liberdade de expressão e informação.

O desenvolvimento da pesquisa tem como abordagem o método dedutivo. A técnica de pesquisa é bibliográfica, prioritariamente, através de livros, revistas jurídicas, artigos científicos, entre outros.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jonas Modesto. ALLEGRETTI, Giovanni. **Comportamento político violento e avanço global da direita**: uma análise do caso brasileiro. Crítica e Sociedade: revista de cultura política, Uberlândia, v. 6, n. 2, 2016.

AOS FATOS. **Em 588 dias como presidente**, Bolsonaro deu 1513 declarações falsas ou distorcidas. Ago., 2020. Disponível em: <https://www.aosfatos.org/todas-as-declara%C3%A7%C3%B5es-de-bolsonaro/>. Acesso em: 13 ago. 2020.

AVAAZ: The World In Action. **Roubadas pelo WhatsApp!** Pesquisa Mostra que Eleições Brasileiras foram “inundadas” por Fake News. Out. 2018. Disponível em: https://secure.avaaz.org/act/media.php?press_id=917. Acesso em: 13 ago. 2020.

CASARA, Rubens R. R. **O estado pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2017.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: A crise da Democracia Liberal. Brasil: Zahar, 2018.

D'ANCONA, Matthew. **Pós-verdade**. Barueri: Faro Editorial, 2018.

DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. **A Nova razão do Mundo**: Ensaio sobre a Sociedade Neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DIBAI, Priscilla Cabral. **A direita radical no Brasil pós-redemocratização**: o caso de Jair Bolsonaro. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/28473>. Acesso em: 13 ago. 2020.

DULCE, María José Fariñas. D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. O Neofascismo Capitalista e a Derrota da Democracia. **Estado de Direito**: Informação formando opinião, abr. 2019. Disponível em: http://estadodedireito.com.br/o-neofascismo-capitalista-e-a-derrota-da-democracia/#_ftn32. Acesso em: 13 ago. 2020.

FELIPPE, Márcio Sotelo. Golpe e Fascismo. **Justificando**, mar. 2016. Disponível em: <http://www.justificando.com/2016/03/18/golpe-e-fascismo/>. Acesso em: 13 ago. 2019.

LÖWY, Michael. **Conservadorismo e extrema-direita na Europa e no Brasil**. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 124, p. 652-664, out./dez. 2015.

MACEDO, Isabella. Das 123 fake news encontradas por agências de checagem, 104 beneficiaram Bolsonaro. **Congresso em foco**, out. 2018. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/eleicoes/das-123-fake-news-encontradas-por-agencias-de-checagem-104-beneficiaram-bolsonaro/>. Acesso em: 13 ago. 2020.

MORALES, Ulrich Richter. **El Ciudadano Digital**: Fake news y posverdad em la era de internet. Ciudad de México: Editorial Océano de México, 2018.

OEA. **Notícias sobre a Missão de Observação Eleitoral para as Eleições Gerais no Brasil** – 2º Turno. 2018.

POLITIFACT. **Donald Trump**. Disponível em: <https://www.politifact.com/personalities/donald-trump/>. Acesso em: 13 ago. 2020.

RIBAUDO, Massimo. Liberismo e ordoliberalismo, detti in breve. **Movimento Essere Sinistra**, jul. 2017. Disponível em: <http://www.movimentoesseresinistra.it/blog-movimento/politica/2017/07/01/neoliberalismo-ordoliberalismo/>. Acesso em: 13 ago. 2020.

SOLANO, Esther. **Crise da Democracia e extremismos de direita**. Fundação Friedrich-Ebert-Stiftung (FES), 2018. p. 4-8.

TRAUB, James. The party that wants to make Poland great again. **The New York Times Magazine**, nov. 2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/11/06/magazine/the-party-that-wants-to-make-poland-great-again.html>. Acesso em: 13 ago. 2020.

A ATUAÇÃO PARADIGMÁTICA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO RESGASTE DA DIGNIDADE DOS TRABALHADORES

THE PARADIGMATIC ROLE BY THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN RESTORING THE DIGNITY OF WORKERS

Gustavo Jaques⁶⁶

Suzéte da Silva Reis⁶⁷

O presente estudo, sob a forma de resumo expandido, tem por tema a análise da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos como paradigma no resgaste da dignidade dos trabalhadores, em especial envolvendo o Brasil, como uma premissa para erradicação do trabalho escravo contemporâneo. Logo, o exame tem por objetivo a análise crítica da decisão da Corte, com objetivo específico de aprofundamento da base teórica-filosófica do reconhecimento e da aceitação do Outro conectado ao trabalho escravo, sob a perspectiva da constitucionalização do direito privado, dos direitos humanos, da jurisdição constitucional e da soberania. Assim, primeiro analisa-se uma das causas da escravidão contemporânea (a falta de consciência de si e do reconhecimento do Outro), para, após, mencionar o resumo da decisão da Corte Interamericana a respeito do caso da Fazenda Brasil Verde e, na sequência, um exame da sentença, na ótica da dignidade humana e, em especial, dos trabalhadores.

O reconhecimento do Outro passa pela aceitação da igual dignidade. Dessa forma, umbilicalmente acoplada aos direitos humanos está a digni-

66 Mestrando em Direito (Direito Sociais e Políticas Públicas – Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC). Participante do Grupo de Estudos “Relações de Trabalho na Contemporaneidade”. Email: gustagues@uol.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1000-2256>.

67 Doutora em Direito (Área de concentração: Direitos Sociais e Políticas Públicas) pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Direito, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação – Mestrado – em Direito e do Curso de Graduação em Direito da UNISC. Professora de Cursos de Especialização Lato Sensu em diversas instituições de ensino superior. Coordenadora do Grupo de Estudos “Relações de trabalho na contemporaneidade”. Email: sreis@unisc.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8820-6385>.

dade da pessoa humana como base para se alcançar a liberdade, a igualdade, a paz e a justiça social. A dignidade é ínsita a existência humana. O enfoque é a pessoa, e não a propriedade, como já ocorreu nos ordenamentos jurídicos, eminentemente, patrimoniais e individualistas: “É o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal” (SARLET, 2004, p. 65). A justiça social tem como base o ser humano, razão pela qual há uma nítida conexão entre potencialização dos direitos humanos *versus* os ditames da ordem econômica, já que esta deve se sujeitar à dignidade humana, pois quanto mais valorizada a pessoa humana maior o progresso social, cultural e econômico de uma nação, com redução das desigualdades sociais.

Considerar uma pessoa como um ser humano e, em decorrência, uma condição universalizável, não restrita a determinada nação, é uma premissa da paz mundial, independentemente da posição religiosa ou cultural que se pregue. A “abolição da discriminação e do sofrimento, assim como da inclusão dos marginalizados – e de cada marginalizado em particular –, em uma relação de deferência mútua” (HABERMAS, 2002, p. 7-8). Assim, na aceitação do outro, caminhamos para uma valorização da dignidade humana e, também, da viabilidade de concretização dos direitos humanos correlatos. A falta de reconhecimento e da aceitação do Outro é uma das premissas que propiciaram a existência de trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde, por isso a mudança de paradigma é fundamental para valorização do ser humano.

A visão patrimonialista, impregnada por décadas no anterior Código Civil de 1916, exigia um reexame, dadas as transformações da sociedade moderna. Necessitava-se priorizar a pessoa humana, em relação aos bens, fato que foi considerado após a Segunda Guerra Mundial, em diversos países. No Brasil, com a Constituição Federal de 1988, houve uma mudança de enfoque, inclusive na topologia da exposição dos direitos e garantias fundamentais, agora principiando o sistema constitucional. Assim, diversas matérias, no âmbito da constitucionalização do direito privado, passam hoje pela filtragem constitucional, de forma que se faça uma análise da interpretação mais coerente com a Constituição, tendo por referenciais os valores da dignidade da pessoa humana e social do trabalho, no contexto de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse cenário, a atuação dos Tribunais Constitucionais ganha relevo, de forma que a judicialização (ampliação da jurisdição constitucional por fatores externos) e o ativismo judicial (caráter mais interno e de postura dos julgadores) passam a ser temas em debate, especialmente

por se chocar, em parte, com a clássica separação de Poderes, a fim de evitar a concentração do Poder apenas em uma instituição. No entanto, além da questão envolvendo a separação de Poderes, em um nível entre nações, há a discussão da soberania, em atenção ao debate da aplicação de decisões de Cortes Internacionais.

Dessa forma, a par da atuação dos Tribunais de cada país, como uma forma de proteção mais ampla e essencial, há a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Vale lembrar que os Direitos Humanos, após um período de evolução, são vistos como valores inerente à condição humana. Para preservação destes valores, os direitos humanos passaram a ser positivados em tratados e convenções internacionais, bem como inseridos nas constituições dos países signatários. Nesse estágio de expansão da promoção do ser humano, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Sistema Interamericano de Direitos Humanos), em função de trabalho escravo no “Caso Fazenda Brasil Verde”, pela violação de direitos que são assegurados na Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário.

Em síntese, a CIDH, além de ordenar ao Estado a adoção de diversas medidas de reparação, declarou o Estado brasileiro internacionalmente responsável pela violação de: i) o direito a não ser submetido a escravidão e tráfico de pessoas, estabelecido no artigo 6.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1, 3, 5, 7, 11, 22 e 19 do mesmo instrumento; ii) o artigo 6.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, ocorrida no marco de uma situação de discriminação estrutural histórica em razão da posição econômica; iii) as garantias judiciais de devida diligência e de prazo razoável, previstas no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁶⁸, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento e, iv) o direito à proteção judicial, previsto no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. Assim, o Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde foi o primeiro contencioso perante a Corte Interamericana relacionado substancialmente ao item 1º do artigo 6º da Convenção Americana⁶⁹.

68 Artigo 8.1 Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

69 Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o

Em função disso, entende-se a razão pela qual a Corte foi minuciosa no exame e afirmou, enfaticamente, a previsão do direito a não ser submetido a escravidão e similares, como um elemento de caráter essencial na Convenção Americana, constituindo uma garantia do núcleo inderrogável de direitos. Por essa razão, a própria sentença já foi uma forma de reparação, pois ela serve de parâmetro não só para o Estado brasileiro, mas, igualmente, para os demais países respeitarem os direitos humanos e combateram a escravidão. Com respeito às reparações, a Corte estabelece que sua sentença constitui *per se* uma forma de reparação e, adicionalmente, ordena ao Estado: i) publicar a Sentença e seu resumo; ii) reiniciar, com a devida diligência, as investigações e/ou processos penais relacionados aos fatos constatados em março de 2000 para, em um prazo razoável; identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis, iii) adotar as medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de Direito Internacional de escravidão e suas formas análogas, dentro de um prazo razoável a partir da notificação da presente Sentença e iv) pagar os valores fixados na Sentença, a título de indenizações por dano imaterial e de reembolso de custas e gastos. Nesse sentido, a decisão da Corte é um *standard* mínimo de proteção dos direitos humanos, que pode ser ampliado pelo sistema interno nacional. Há que se mudar a visão da Corte como uma última instância de fixação de direitos, embora se reconheça que, pela inércia de muitos países, ainda é fundamental a sua atuação.

Assim, justifica-se a pesquisa pelas situações corriqueiras de escravidão contemporânea, nos mais variados segmentos e regiões geográficas, e que representam uma grave violação aos direitos humanos e à dignidade da pessoa. Para responder ao problema de pesquisa (a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos é um paradigma no resgate da dignidade dos trabalhadores?), utilizou-se o método de abordagem dedutivo e de procedimento monográfico, bem como a técnica de pesquisa bibliográfica, a qual envolveu o levantamento e análise da literatura especializada. A hipótese é que com a argumentação desenvolvida, a Corte legitimou-se na preservação dos direitos humanos e serviu de estímulo à utilização da proteção judicial com razoável duração processual, estando a decisão em consonância com o papel institucional da Corte Interamericana e, portanto, pode-se dizer que esta cumpriu a sua função, sendo o Brasil o primeiro país a ser condenado por escravidão e suas formas similares (escravidão moderna). Por fim, os resultados da análise da

tráfico de escravos e o tráfico e mulheres são proibidos em todas as suas formas.

decisão caminham no sentido da valorização da dignidade humana, de forma que auxiliam na concretização dos direitos humanos e apontam a necessidade do ser humano olhar para o Outro como igual em dignidade.

REFERÊNCIAS

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. *La declaración universal de derechos humanos: una flama que enciende la esperanza de los pueblos*. In: Direitos humanos fundamentais: 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e 20 anos do reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as mudanças na aplicação do direito no Brasil: coletânea de artigos – Brasília: MPF, 2019, p. 34-49.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

DERRIDA, Jacques. *Vadios: dois ensaios sobre a razão*. Coimbra-Pt: Palimagem, 2009.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro – estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe (UFPR). São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. Tradução de Paulo Meneses com colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. 9ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, Editora Universitária São Francisco, 2014.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes. Contendo a Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude*. Trad. Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente “un” o “el” activismo?* In: *Estudios Constitucionales*, año 10, n. 2, 2012, pp. 429-454.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: *judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

_____. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a Legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de

Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

_____. *Interpretação conforme a constituição x nulidade parcial sem redução de texto: semelhanças, diferenças e reflexão sobre sua operacionalização pelo Supremo Tribunal Federal*. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas*. 1ª ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, v. Tomo 6, p. 1563-1586.

LUFT, Eduardo. A Fenomenologia como metaepistemologia. *Revista Eletrônica Estudos Hegelianos*, v. 3, n. 4, 2006.

OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Trad. de Regina Maria Macedo Nery Ferrari *et al.* Curitiba: Gênese, 1997.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta Lingüística –pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2015.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución*. 3ª ed. Madri: Tecnos, 1990.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SÊNECA. *Da Tranquilidade da Alma*. Editora L&PM, 2009.

SOUZA, Ricardo Timm. *Ética do escrever. Kafka, Derrida e a literatura como crítica da violência*. Porto Alegre: Zouk, 2018.

Sites consultados:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm

https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/atuacao-internacional/editais-2018-1/Resumen_OficialFazendaBrasilVerde.pdf

A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NA SOCIEDADE EM REDE: CONFLITOS ENTRE O DEVER DE PROTEÇÃO DOS PAIS EM VIRTUDE DA AUTORIDADE PARENTAL E A PRIVACIDADE DOS FILHOS

Palavras-chave: Crianças e adolescentes. Sociedade em rede. Direito à privacidade. Melhor interesse.

CHILDREN AND ADOLESCENTS IN NETWORK SOCIETY: CONFLICTS BETWEEN PARENTAL AUTHORITY'S PARENTAL AUTHORITY DUTY AND CHILDREN'S PRIVACY

Keywords: *Children and adolescents. Network society. Right to privacy. Best interest.*

*Kamilla Helmbrecht Razini*⁷⁰

*Rosangela Del Moro*⁷¹

A pesquisa possui como tema a criança e o adolescente na sociedade em rede e os conflitos entre o dever de proteção dos pais em virtude da autoridade parental e a privacidade dos filhos. Analisa-se o conflito entre o direito à privacidade de crianças e adolescentes em face da proteção dos pais, no âmbito da sociedade em rede, diante do desenvolvimento da Internet e do crescimento dos acessos à rede, inclusive no meio familiar.

Dessa forma, pesquisa-se sobre a proteção dos pais diante do direito à privacidade dos filhos, a fim de responder a seguinte problemática: No contexto do direito brasileiro os pais podem interferir no direito à privacidade de seus filhos, especialmente na sociedade em rede e diante da autoridade parental?

Os objetivos específicos da pesquisa foram definidos como: a) analisar a evolução do conceito de família e o desenvolvimento do instituto do pátrio poder até a autoridade parental, com enfoque na criança e no adolescente; b) pesquisar sobre o desenvolvimento da Internet e seu efeito nas relações sociais até o surgimento da sociedade em rede; e c) examinar o direito à privacidade da criança e do adolescente, em vista do princípio do melhor interesse, quando confrontados ao dever de proteção, proveniente da autoridade parental dos pais.

70 Graduada do Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. E-mail: kahrazini@gmail.com

71 Advogada. Professora do Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Mestranda em Direito. E-mail: rdm@unesc.net

Com base na problemática e nos objetivos apresentados, emergem as seguintes hipóteses: a) A criança e o adolescente se encontram em fase de desenvolvimento de suas personalidades, são vulneráveis, portanto não se pode dar total liberdade para acessarem informações disponíveis na Internet ou de se comunicarem com qualquer pessoa, haja vista os perigos existentes na rede, geralmente ocasionados pela divulgação de informações a terceiros, motivo pelo qual ficam submetidos a autoridade parental para orientá-los e guiá-los nos seus atos; e b) A criança e o adolescente possuem direito à privacidade, ao respeito e a inviolabilidade, sendo estes direitos fundamentais que estão vinculados a dignidade da pessoa humana, o que os imunizariam de qualquer tipo de interferência. Com base nisto, questiona-se se os pais podem interferir na privacidade de seus filhos, pois cada indivíduo possui o direito de ficar só e a prerrogativa de resguardar intimidades e aspectos de sua vida para si. Portanto, o direito à privacidade das crianças e adolescentes deve ser respeitado, visando um melhor desenvolvimento da personalidade e de laços na sociedade.

O método de abordagem é do tipo dedutivo, em pesquisa do tipo teórica e qualitativa, com pesquisa em sites, artigos, livros, teses e dissertações.

A família é suma importância, pois possibilita o desenvolvimento da personalidade na vida da criança e do adolescente, proporcionando um ambiente de felicidade, amor e compreensão e também, de proteção e cuidado, haja vista a vulnerabilidade destes. Assim, devem ser educados, especialmente, de acordo com os ideais de dignidade, tolerância, liberdade, igualdade, solidariedade e espírito de paz, para estarem preparados para interagir no meio social (VERONESE, 2013).

Na visão de Reis (2005, p. 57) “o dinamismo da atual sociedade impõe que ambos genitores tenham condições de gerir a vida de seus filhos, em igualdade de condições, tendo em vista inúmeros fatores, mas em especial a igualdade entre homens e mulheres”.

A autoridade parental transfere aos pais a capacidade de guiar a construção do discernimento da criança e do adolescente para convivência em sociedade. Desta forma, cria-se uma relação de confiança, por meio do acompanhamento do desenvolvimento e da evolução para atingir a maturidade (TEIXEIRA, 2005). A mudança na estrutura familiar que tornou a família um núcleo de companheirismo e afetividade, priorizou o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e ainda verifica que estes necessitam de alguém que os guie para o exercício de sua autonomia, haja vista não possuírem maturidade suficiente para fazerem as escolhas da vida sozinhos (PEREIRA, 2012).

O Estatuto da Criança e do Adolescente assegura em seu artigo 156 o direito da criança e do adolescente à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis e sociais garantidos na Constituição e nas leis. Ainda, no artigo 167 do mesmo ordenamento, assegura os direitos concernentes à liberdade e no artigo 178, são assegurados os direitos concernentes ao respeito que consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente (BRASIL, 1990).

A organização dos princípios vinculados ao Direito da Criança e do Adolescente para serem aplicados no auxílio ao desenvolvimento da subjetividade dos indivíduos, promove transformações importantes na sociedade, atingindo a democracia e incentivando as movimentações políticas e sociais (CUSTÓDIO, 2009). O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente se estabelece como meio de atender as necessidades da pessoa em desenvolvimento, garantindo o respeito de todos os direitos fundamentais que se tem direito, fazendo estes serem cumpridos em sua amplitude, não cabendo a análise de nenhuma autoridade para isso (AMIN, 2019).

Neste mesmo sentido, em prol do objetivo da pesquisa, cabe-se analisar a geração dos “Nativos Digitais”, ou sejam, as crianças e adolescentes que já cresceram com o mundo digital na palma das mãos, pois esse desenvolvimento no meio digital pode alterar significativamente o modo de interação social.

As redes sociais se tornam um ambiente para os “nativos digitais” testarem suas escolhas, com chances de erros e acertos, que proporciona um campo aberto com a possibilidade de escolha acessível com apenas um clique. Costumeiramente, ao entrarem na adolescência o primeiro passo é a criação de um perfil na rede social, para conexão com os amigos de escola, mas que possui um padrão de perfil o qual apresenta diversas informações pessoais para compartilhar interesses e atrair conexões novas (PALFREY; GASSER, 2011)

A conexão feita pelo mundo virtual apresenta inúmeras ameaças ao direito à privacidade, haja vista, ser um ambiente desconhecido e em constante evolução, o que acarreta desconhecimento por parte do usuário referente a dimensão de alcance, acessos e quantidade dos dados e informações que está publicando na rede, de forma consciente ou até inconscientemente. Pois com os olhares apenas direcionados aos benefícios, raramente se analisam as desvantagens embutidas em manter-se totalmente conectado (EL-JAICK, 2012).

Nesse sentido:

No tocante à criança e ao adolescente, a inclusão delas no ciberespaço impõe a necessidade de discussão jurídica sobre o impacto e a interferência que essa inclusão causa no desenvolvimento cognitivo e relacional. Sobretudo, questionar de que maneira essa interferência no seu desenvolvimento pode lesar seus direitos fundamentais e impedir a prevalência dos princípios do melhor interesse da criança, da dignidade humana da pessoa humana e da proteção integral da criança e do adolescente (PEDERIVA, 2019, p. 96).

Assim, se vê como necessária a criação de condições para que as tecnologias sejam um instrumento que garanta, valorize e estimule a liberdade, a autonomia e os direitos fundamentais destinados a crianças e adolescentes. Criando condições, para que sozinhos, possam explorar a rede desenvolvendo pensamento crítico, que anteriormente deve ser estimulado no ambiente familiar. Porém, para ser possível essa liberdade, não podem ser expostos a regras de controle e vigilância rigorosas, que invadam sua privacidade e intimidade (NEJM, 2015).

Conclui-se que a relação parental deve possuir um equilíbrio, com o objetivo de não banalizar nenhum dos direitos garantidos a criança e ao adolescente. Assim, a relação deve ser desenvolvida por meio de diálogo, onde a necessidade de ambos os lados será abordada, com o objetivo de sanar as preocupações, respeitando todos os direitos garantidos à criança e ao adolescente. Ainda, com a evolução da sociedade em rede e com uma geração cada vez mais desenvolvida dentro do meio digital, vislumbra-se ser necessária a aplicação de uma educação digital, para proporcionar a compreensão de todos os direitos inerentes à criança e ao adolescente, que devem ser efetivados no meio virtual, para garantir a proteção e a liberdade no desenvolvimento da personalidade destes.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 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, 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009.

EL-JAICK; Juliana Grillo. Conflitos entre o direito à intimidade e à vida privada e o direito à informação, liberdade de expressão e de comunicação. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados**, Normatividade Jurídica, n. 11, p. 109-117, 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_109.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

NEJM, Rodrigo. Mediações para boas escolhas em tempos de mobilidade. In: CETIC BR. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (Org.). **Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC kids online Brasil 2014**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2015. p. 101-110. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Kids_2014_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

PALFREY, John; GASSER, Urs. **Nascidos na era digital: entendendo a primeira geração de nativos digitais**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

PEDERIVA, Rafaela. Os princípios que regem a proteção da criança e do adolescente no ciberespaço e o dever de proteção dos pais: como proceder? In: STEINMETZ, Wilson; MOZETIC, Vinícius Almada; SANTOS, Michel Ferrari Borges dos. **Escritos sobre direitos fundamentais (II)**. Joaçaba: Unoesc, 2019. Disponível em: https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/Miolo_Escritos_sobre_Direitos_Fundamentais_II.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020. p. 91-106.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais nortecedores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REIS, Clarice Moraes. **O poder familiar na nova realidade jurídico-social**. 232 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7376>. Acesso em: 10 ago. 2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. **Anais [...]**. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2005. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/5.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo/SP, v. 79, n. 1, p. 38-54, 1 jan. 2013. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/38644/003_veronese.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 ago. 2020.

A GLOBALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA SOB O PRISMA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

THE GLOBALIZATION OF BRAZILIAN CONSTITUTIONAL DEMOCRACY FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Murilo Borges⁷²

Grupo de Trabalho 04 - Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos.

Palavras-Chaves: Direitos Humanos. Democracia. Globalização. Tutela Internacional. Transnormatividade.

A Constituição Federal de 1988 instaura vários direitos fundamentais e direitos humanos como primordiais à ordem jurídica brasileira. Através da consolidação das liberdades fundamentais e das instituições democráticas no país, com a alteração da política brasileira de direitos humanos, se possibilitou um progresso significativo no reconhecimento de obrigações internacionais, resultando em um avanço na consolidação legislativa das garantias e dos direitos fundamentais, na perspectiva de proteção da comunidade vulnerável. Nessa senda, o equacionamento dos direitos humanos no âmbito da ordem jurídica brasileira serve como medida de reforço para que a questão dos direitos humanos se impusesse como tema fundamental na agenda internacional do país (PIOVESAN, 2006). Igualmente, essas formações geraram um novo constitucionalismo, com a abertura à internacionalização da proteção dos direitos humanos (TRINDADE, 2013).

Tal reflexão demonstra que, o Estado Democrático brasileiro vêm caminhando ao encontro de uma sociedade global que, por sua vez, se intensifica cada vez mais através das interações transnacionais, no qual se objetiva um processo de alocação e formação de uma nova realidade social, sobretudo global, formada por uma sociedade internacional (MENEZES, 2007). A globalização, assim, proporciona

72 Discente do curso de Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público e de Relações Internacionais no Centro Universitário Internacional. Bolsista do Grupo de Pesquisa “Sociedade da Informação e Fake Democracy: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional”, vinculado ao núcleo de Mestrado da FMP/RS. ID Lattes: 1858164428261194. ID ORCID: 0000-0002-5336-2342. E-mail: muriloborgesdh@outlook.com.

um conjunto de relações sociais que se traduzem na intensificação das interações transnacionais.

É nessa esfera que a presente pesquisa se encontra, justificando-se pela análise da importância da utilização dos parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos no âmbito jurisdicional interno. Visando a demonstração do papel fundamental da globalização mundial para a consolidação da transnormatividade, através da adaptação da jurisdição doméstica brasileira, com a jurisdição internacional, do Direito Internacional dos Direitos Humanos, erradicando qualquer meio de omissão à proteção dos direitos humanos.

Para isso, dividiu-se a investigação nos seguintes momentos: primeiro, analisa-se o papel do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, verificando os fundamentos da jurisdição internacional; segundo, aborda-se a aderência voluntária do Estado brasileiro à jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos; e, por fim, se demonstrará a concatenação do direito constitucional brasileiro com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. O presente estudo é pautado em pesquisa bibliográfica e documental. Para a fomentação e interpretação dos dados será utilizado o método dedutivo, partindo do pressuposto que a democracia deve ser salvaguardada no respeito às obrigações assumidas pelo Estado, tanto em âmbito doméstico, quanto em âmbito internacional.

Hodiernamente, assim, tem-se a Constituição Federal de 1988 que, por sua vez, instaura um regime político democrático, fundado em que todos os cidadãos elegíveis tenham a possibilidade de participar igualmente, seja diretamente ou através dos seus representantes eleitos, na proposta, no desenvolvimento e na criação de leis, exercendo o poder da governação (LACERDA; MONTEIRO; MOURA, 2015). Isso inaugura o chamado Estado Democrático de Direito, decorrente de uma evolução na vida política e jurídica nacional.

Daí, surge o reconhecimento e garantia por parte do Estado, em relação ao futuro da cidadania e da proteção da vida a partir da abordagem das atuais virtudes. Isso, pois, as normas constitucionais devem estar em consonância com a interação da realidade. E, mais do que isso, passa a se considerar padrões globais,⁷³ denominadores comuns entre os países e as civilizações (MAINWARING; O'DONNELL; VALENZUELA, 1992), englobando, também, as normas internacionais de proteção dos direitos

73 Atualmente, com a evolução social e a interligação entre economias, políticas e direitos, não há o que se falar em nação isolada (SANTORO, 2011).

humanos. Acerca disso, Paulo Henrique Gonçalves Portela (2014) destaca, oportunamente, que os direitos humanos são universais, inerentes, transnacionais, indispensáveis, imprescritíveis, indivisíveis e proíbem o retrocesso. Reiterando, mais uma vez, a proteção internacional dos direitos humanos como fundamental para a sua preservação.

Nessa toada, o ordenamento jurídico brasileiro inicia um processo de ratificar diversos instrumentos internacionais protetivos de direitos humanos, aderindo o chamado Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, que serve, essencialmente, como parâmetro protetivo mínimo a ser observado pelos Estados e como uma instância de proteção dos direitos humanos (PORTELA, 2014). Salienta-se que não se trata de um atentado contra a soberania nacional, mas apenas o cumprimento de compromissos internacionais do Estado assumidos por sua própria vontade soberana. Ou seja, o princípio que rege o Brasil é a prevalência dos direitos humanos e, conseqüentemente, no âmbito internacional, implica-se o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados (TRINDADE, 2013).

A título exemplificativo, o contexto da crise sanitária, consequência do *Sars-Cov-2*, evidencia a necessidade da tomada de atitudes globais para o enfrentamento desses problemas também globais. Deve-se pensar em soluções cooperativas em que todos os Estados possam contribuir para o futuro e à vista da não repetição de fenômenos como este. Isso significa, unificar as medidas estatais à proteção da crise (MAZZUOLI, 2020).

No ponto, Luigi Ferrajoli (2020) estabelece a necessidade da previsão de garantias e instituições à altura dos desafios globais e da proteção da vida de todos. Ou seja, a proteção não se finda nas medidas adotadas pela Organização Mundial da Saúde, pois deve abarcar as medidas estatais, por meio de suas instituições públicas, na preservação da sociedade no contexto que nos insurge.

Evidencia-se que os Estados estão sob a égide de poder incorrer em uma violação de direitos humanos, sendo essa, passível de uma futura sanção internacional. Igualmente, merece destaque o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inserida no Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos, pois, vêm emitindo informes relacionados com os problemas e desafios que devem ser enfrentados com perspectiva dos direitos humanos e do respeito às obrigações internacionais (CORTE IDH, 2020). Isso significa que, os Estados, durante o atual período epidêmico, devem respeitar suas obrigações internacionais, so-

bretudo à luz da jurisprudência protetiva dos direitos humanos. Ou seja, os Estados no exercício das medidas, para a preservação da sociedade, como mencionado por Ferrajoli, não podem restringir direitos, tão pouco incorrer em graves violações.

Desse modo, em que pese a pesquisa esteja em andamento, é possível destacar, como resultado parcial que, a democracia na busca de justiça social dentro do próprio sistema, tende a criar mecanismos de bem-estar social. Por essas razões, as medidas estatais, não podem deixar de observar suas obrigações em relação aos direitos humanos. Isso significa dizer que, o Estado não deve restringir direitos dos sujeitos, sob pena de incorrer em uma violação da própria democracia.

Outrossim, a responsabilidade internacional deve ser observada a toda e qualquer ação estatal, mesmo que protetiva ao combate da crise epidêmica. Isso, pois, deve existir um parâmetro e uma ponderação entre direitos e deveres para a tomada de medidas urgentes ao combate da crise sanitária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORTE IDH. Declaración de La Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20. Abril, 2020. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf. Acesso em: 09 ago. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Il virus mette la globalizzazione con i piedi per terra. Il Manifesto, 17 março 2020. Disponível em: <https://ilmanifesto.it/il-virus-mette-la-globalizzazione-con-i-piedi-per-terra>. Acesso em: 10 ago. 2020.

LACERDA, Alan Daniel Freire; MONTEIRO, Lorena Madruga; e, MOURA, Joana Tereza Vaz. Teorias da democracia e a práxis política e social brasileira: limites e possibilidades. **Sociologias**. Vol. 17, nº 38. Porto Alegre. Jan/Abr. 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222015000100156. Acesso em: 10 ago. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Responsabilidade Internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: O caso da COVID-19 provida da República Popular da China. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol. 23/2020. Abr./Jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/mazzuoli-possivel-responsabilizar-china-covid-19>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MAINWARING, Scott; O'DONNELL, Guillermo; e, VALENZUELA. Issues and Prospects of Democratic Consolidation: The New South American Democ-

racies in Comparative Perspective. In: Kellogg Institute series with University of Notre Dame Press, forthcoming. University of Notre Dame Press, 1992.

MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da trans-normatividade. **Revista Pensar**. v. 12. p. 134-144. Fortaleza, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. **Caderno de Direito Constitucional. Módulo V**. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Porto Alegre-RS, EMAGIS, 2006.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 6a ed. São Paulo: JusPODIVM, 2014.

SANTORO, Paula Grein del. A crescente importância dos Tribunais Internacionais. **Ibrajus**, 2011. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=198>>. Acesso em: 01 ago. 2020

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os Tribunais Internacionais Contemporâneos. Porto Alegre: **Funag**, 2013. Disponível em: <http://funag.gov.br/biblioteca/download/1018-tribunais-internacionais-contemporaneos.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2020.

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRA E O REGIME GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA: MECANISMOS DE PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL.

THE BRAZILIAN GENERAL DATA PROTECTION LAW AND THE EUROPEAN UNION'S GENERAL DATA PROTECTION REGIME: MECHANISMS FOR PROTECTING CHILDREN AND ADOLESCENTS FROM THE PERSPECTIVE OF THE THEORY OF INTEGRAL PROTECTION.

Suêlen Rosa Biz⁷⁴

Ismael Francisco de Souza⁷⁵

1 TEMA

O resumo visa abordar a proteção no direito brasileiro através da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD Lei nº 13.709/2018 aos dados pessoais das crianças e adolescentes realizando um estudo comparado com o regime geral de proteção de dados – RGPD adotado na União europeia. Neste cenário, apresenta-se as legislações vigentes no Brasil e na Europa, a era digital, a sociedade da informação, e os impactos das novas tecnologias perante os direitos fundamentais e os direitos das crianças e adolescentes.

74 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. Especialista em Direito Constitucional pela Damásio Educacional. Graduada em Direito pela UNESC. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Estado, Política e Direito (NUPED) e do Núcleo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas da UNESC. Advogada. E-mail: suelenrosabiz@hotmail.com

75 Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. Líder do Grupo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas e colíder do Núcleo de Estudos em Política, Estado e Direito, ambos certificados pelo CNPq e pela UNESC. E-mail: ismael@unescc.net.

2 PROBLEMA

Em tempos de sociedade da informação que se vivencia a chamada era digital, como os direitos das crianças e adolescentes estão sendo realizados e garantidos? Os impactos das novas tecnologias perante a infância, em especial enquanto sujeitos em desenvolvimento, não podem ser preteridos. Assim, Frente ao contexto social da era digital a lei geral de proteção de dados no Brasil, e o regime geral de proteção de dados na Europa, positivaram quais mecanismos para efetiva proteção dos dados de crianças e adolescentes diante das novas tecnologias considerando-se a proteção integral?

3 HIPÓTESE

Inicialmente, identifica-se alguns mecanismos e exigências legais, entretanto, os limites, eficácia e efetividade destes ensejam um contexto de incertezas quanto a efetividade da proteção integral. Portanto, a exclusão das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e a ausência de controle e regulamentação sobre o uso das tecnologias na era da sociedade digital resultam em insuficiência normativa para proteção na lei geral de proteção de dados – LGPD no Brasil e no regime geral de proteção de dados na Europa – RGPD, para os dados destes sujeitos.

4 OBJETIVOS

É à partir deste cenário que a pesquisa tem como objetivo geral analisar a posituação de mecanismos de proteção de dados das crianças e adolescentes na lei geral de proteção de dados nº 13.709/2018 – LGPD do Brasil, e no regime geral de proteção de dados na Europa Regulamento (UE) 216/679, bem como, a aplicabilidade destes, considerando-se a proteção integral. Como objetivos específicos estudar-se-á a teoria da proteção integral e seus pressupostos epistemológicos, buscar-se-á compreender a sociedade da informação e a era digital sob a perspectiva das crianças e adolescentes como sujeitos sociais dotados de direitos, e por fim realizar um estudo comparativo dos mecanismos de proteção da lei geral de proteção de dados – LGPD do Brasil com aqueles estabelecidos no regime geral de proteção de dados - RGPD adotado na Europa, sob o viés da proteção integral e efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

5 DISCUSSÕES

O avanço tecnológico vem transformando a sociedade e as relações humanas, surgindo novos direitos e novos deveres, desafiando o ordenamento jurídico brasileiro pautado em raízes positivistas. Compreender a infraestrutura tecnológica e os tempos tecnológicos que vivencia o homem na era digital, para que o direito possa através de novas teorias e/ou abordagens, releituras, repensar o ordenamento jurídico vigente, coloca-se com fundamental.

A revolução tecnológica afeta as relações humanas e consequentemente o direito precisa responder ao que se tem denominado de *homo digitalis*. Assim, a vida diária é digitalizada, a realidade e a virtualidade entrelaçaram-se no cotidiano das pessoas levando a uma existência real e virtual com liames entre uma e outra que esbatem-se. (FROUFE; SILVEIRA, 2018, p. 7)

Os cidadãos na era digital excedem a figura de sujeito de direitos e deveres, são considerados e tratados como agentes da economia e consumidores, ou seja, possuem, vendem e adquirem coisas e produtos, tornando essencial as informações, os dados deste novo sujeito social. A envoltura tecnológica por vezes não consciente e o avanço das infraestruturas tecnológicas, impõe cada vez mais uma necessidade de regulamentação e resposta do ordenamento jurídico.

Castells (1999), analisa que as comunidades virtuais, aparece com mais nitidez a importância da internet na estruturação das novas formas de sociabilidade. O autor não aprecia a internet como agente de uma destruição das redes presenciais familiares e locais, ele não deixa de representar as comunidades virtuais como um suporte materialismo individual em rede.

[...] essas redes on-line tornam-se formas de 'comunidades especializadas', isto é, formas de sociabilidade construídas em torno de interesses específicos. Como as pessoas podem facilmente pertencer a várias dessas redes, os indivíduos tendem a desenvolver seus 'portfólios de sociabilidade' (...). Por outro lado, o nível relativamente baixo de compromisso pode gerar certa fragilidade das formas de apoio social. (CASTELLS, 1999, p. 53)

Neste contexto é necessária a abordagem específica quanto aos direitos e proteção dos dados das crianças e adolescentes, de uma geração nascida na era digital, e que demanda uma resposta específica

do direito, diante dos riscos latentes de sofrerem violações e abusos pela vulnerabilidade inata.

Não se pode olvidar dos impactos que o avanço tecnológico causa na vida de crianças e adolescentes, que em tempos tecnológicos, de *homo digitalis*, estão conectadas às redes de internet e fazem uso de distintos aparelhos, quando não por si, através de outrem.

A literacia digital formal e não formal insere a infância na sociedade da informação ou as deixa hipervulneráveis propiciando uma invisibilidade proposital de exclusão sem eficácia dos seus direitos fundamentais.

Garantir a proteção dos dados, em específico das crianças, tornou-se um desafio diante do avanço do uso da internet, de redes sociais e dos modelos de negócios digitais voltados a captar dados e informações para fins de consumo, acarretando a exposição de informações, incluindo de crianças e adolescentes, por vezes antes dos próprios. (MAGRIÇO, 2019, p. 21)

A teoria da proteção integral implica pensar o Direito da Criança e do Adolescente levando em consideração uma dimensão jurídica, considerando o arcabouço normativo de proteção aos direitos tanto no âmbito nacional quanto internacional. Mas, também, uma dimensão política, ao reafirmar que o Estado brasileiro cumprirá os pactos estabelecidos com os organismos internacionais e nacionais, implementando políticas públicas para crianças e adolescentes. (SOUZA, 2016).

A Convenção dos Direitos da Criança de 1989 da ONU é importante instrumento de proteção internacional aos direitos humanos. O Brasil, ao ratificar a Convenção em 1990, assumiu, efetivamente, todos os deveres e as obrigações nela prescritos, tendo em vista o seu caráter coercitivo, entre eles o de enviar ao Comitê para os Direitos das Crianças relatórios periódicos informando as políticas e programas públicos implementados no sentido da materialização dos direitos previstos no documento internacional.

A proteção integral tem o papel de desvelar as diversas dimensões que a expressão apresenta levando em conta a extensão humanista de indissociabilidade dos direitos humanos de crianças e adolescentes. Esta dimensionalidade da teoria se produz e se reproduz na construção do Direito da Criança e do Adolescente, não apenas como mera normatização, mas também nas práticas cotidianas.

A construção de uma cultura de direitos de cidadania imbuída de proteção da privacidade e do domínio de dados de cada ser, conjuntamente com o desenvolvimento da economia digital apresenta-se como o caminho entre o desenvolvimento das novas tecnologias e a efetividade

dos direitos fundamentais e dignidade de todos os atores sociais, em especial as crianças e adolescentes. . (FROUFE; SILVEIRA, 2018, p. 9)

É latente a necessidade de proteção das crianças e adolescentes como seres humanos em desenvolvimento, em processo de formação identitária, sujeitos a uma facilitada violação diante de sua vulnerabilidade.

Demanda-se do direito uma proteção a crianças e adolescentes também no mundo virtual a fim de estruturar um ambiente propício ao desenvolvimento sadio, as novas tecnologias devem propiciar acesso aos direitos e não preterir a infância.

A formação digital das crianças e o acesso de qualidade as novas tecnologias precisam ser intrínsecas na dinâmica social. Contudo, a omissão das crianças e adolescentes do cenário social enseja uma não realização de direitos e a hiper vulnerabilidade diante da era digital.

Nesta esteira, no Brasil foi promulgada a lei nº 13. 709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD que passará a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2021, e estabelece medidas e regras sobre o tratamento de dados pessoais visando proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Não obstante a efetividade dos mecanismos de proteção estabelecidos na referida lei demandam análise e apreciação específica quanto a efetiva aplicação como proteção de crianças e adolescentes.

Paralelamente na União vigora desde o ano de 2016 o Regulamento (UE) 216/679 que estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

O regime europeu também prevê mecanismos de proteção específicos para os dados das crianças e adolescentes, e, neste cenário, considerando o maior lapso temporal de aplicabilidade da norma far-se-á um estudo comparativo da aplicabilidade e efetividade dos mecanismos adotados.

6 METODOLOGIA

O percurso metodológico diz respeito à sistematização das atividades a serem realizadas para se alcançar os objetivos estabelecidos na proposta de pesquisa. Portanto, para a construção será utilizado o método de abordagem dedutivo.

A pesquisa bibliográfica possibilita a abordagem da questão teoricamente. Assim, no presente estudo, tem como fundamento os pressupostos da Teoria da Proteção Integral, como reconhecimentos

os Direitos de Crianças e Adolescentes, e para análise da sociedade da informação, as contribuições categóricas de Manuel Castells. Portanto, definidos a linha de análise teórica o estudo faz uma comparação entre as normativas no que tange a proteção de dados crianças e adolescentes.

7 RESULTADOS

Evidente, portanto, a relevância do aprofundamento dos estudos na temática. O novo contexto social e desenvolvimento econômico digital vem transformando a sociedade e as relações interpessoais, a era digital e a sociedade da informação não podem relegar à infância o esquecimento e o refugio de proteção. É necessário um olhar para as novas tecnologias que estão intrinsecamente inseridas no dia a dia das pessoas, a fim de que propiciem o acesso das crianças e adolescentes aos seus direitos fundamentais.

A sociedade precisa refletir sobre a efetivação da proteção integral na era digital, é inadmissível que as crianças e adolescentes sejam omitidos do cenário social restando vulnerabilizados e impedidos de acesso aos seus direitos.

O estudo encontra-se em andamento. Contudo como resultados preliminares apontam-se que as normativas são insuficientes para atender os limites de proteção aos direitos de crianças e adolescentes. Neste sentido, destaca-se que os mecanismos de proteção adotado na legislação brasileira, em específicos os positivados no artigo 14 da Lei nº 13.709/2018, possuem uma eficácia limitada quando analisados sob a perspectiva de efetividade da teoria da proteção integral. Quanto a legislação da união europeia, o Regulamento (UE) 216/679, os mecanismos de proteção foram previstos no artigo 8º perfectibilizando-se principalmente através da exigência de consentimento dos responsáveis legais das crianças para tratamento dos dados de titularidade destas. Entretanto, somente a partir da análise da aplicabilidade prática, será possível mensurar se nestes 4 (quatro) anos de vigência do regulamento os mecanismos se demonstraram suficientes para consecução da proteção integral dos dados de crianças e adolescentes na sociedade da informação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. DECRETO Nº 3.847, DE 25 DE JUNHO DE 2001. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília/DF, ago. 2018. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura. O poder da identidade.** v. 2. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

FROUFE, Pedro; SILVEIRA, Alessandra. **Do mercado à cidadania de direitos:** a proteção de dados pessoais como a questão jusfundamental identitária dos nossos tempos. 2018. UNIO – EU Law Journal. Vol. 4, nº 2, julho 2018.

MAGRIÇO, Manuel Aires. **A proteção de dados pessoais e a privacidade das crianças no ciberespaço.** Revista Fórum. 2019, p. 18-35. Disponível em <https://www.cnpd.pt/home/revistaforum/forum2019_6/> Acesso em: 14 ago. 2020.

SOUZA, Ismael Francisco de; SERAFIM, Renata Napoli Vieira. As recomendações do Comitê para os Direitos da Criança da Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança (1989): uma análise da sua aplicação nas políticas públicas brasileiras. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2019.

União Europeia. REGULAMENTO (UE) 2016/679. **Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.** União Europeia, abr. 2016. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?qid=1559291025147&uri=CELEX-:32016R0679#d1e2283-1-1>>. Acesso em: 25 ago. 2020.

A MUDANÇA DE DOMICÍLIO DOS FILHOS SEM O CONSENTIMENTO DO OUTRO PROGENITOR COMO ATO DE ALIENAÇÃO PARENTAL⁷⁶

CHILDREN'S CHANGE OS RESIDENCE WITHOUT PARENT'S MUTUAL CONSENT AS AN ACT OF PARENTAL ALIENATION

Amanda Silva dos Santos⁷⁷

1 INTRODUÇÃO

Essa pesquisa, primeiramente, analisa os deveres dos pais em relação aos filhos e o instituto da alienação parental, conceituando-o e refletindo sobre seus efeitos a longo prazo na prole. Ainda, são refletidas quais as medidas que o Magistrado pode tomar para, de modo eficaz, inibir a ocorrência de tal prática.

Posteriormente, é explorado em quais situações a mudança de domicílio da criança ou adolescente sem a autorização do outro progenitor pode ser considerada alienação parental, com base em como os diversos Tribunais tratam o referido assunto e na perspectiva da legislação sobre o tópico.

2 PROBLEMA

É considerada alienação parental quando um dos genitores, na modalidade de guarda compartilhada, muda o domicílio da criança sem a concordância do outro genitor?

⁷⁶ Artigo desenvolvido para o IV Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa – EGRUPE, Grupo de trabalho 04- Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos sob orientação do prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, no âmbito do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

⁷⁷ Bacharelanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: amanda.4b@hotmail.com

3 HIPÓTESE

Considerando que a alienação parental é definida por Rolf Madaleno e Ana Carolina Carpes Madaleno (2017, p. 29) como a campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência com o objetivo de obstruir ou destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando, assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante supõe-se que tal prática de, deliberadamente, afastar a criança de um dos genitores, sem sua prévia concordância, interrompendo o contato entre eles e afetando convivência regular, seja considerada alienação parental.

4 METODOLOGIA

O método adotado nessa pesquisa foi o dedutivo, através de pesquisa bibliográfica. No presente trabalho foram revisadas, principalmente, doutrina, legislação e a jurisprudência pertinentes ao objeto de pesquisa.

5 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A guarda, conforme a definição de Conrado Paulino da Rosa (2020, p. 494), “é atributo do poder familiar e, principalmente após a ruptura conjugal dos genitores, permitirá definir de que forma acontecerá a vida e gestão da prole”, podendo ser unilateral ou compartilhada, sendo essa última a regra atualmente, conforme o artigo 1.584, §2º do Código Civil⁷⁸. Esse instituto se diferencia da convivência familiar, que, segundo Tarcísio José Martins Costa (2004, p. 38) é, antes de um direito, uma necessidade vital da criança, no mesmo patamar de importância do direito fundamental à vida. Toma essas proporções pois é o poder-dever de estar presente no processo de desenvolvimento do filho e, portanto, independe da estipulação da guarda, conforme exemplifica o artigo 1.589 do Código

78 Art. 1.584 § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Civil⁷⁹. O instituto da convivência é tão inerente ao poder parental e tão importante na formação criança que está consagrado em diversos dispositivos, tais como a Constituição Federal em seu artigo 227⁸⁰ e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) em seu artigo 4º⁸¹. Portanto, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança, o Código Civil impõe o dever, mesmo ao pai ou mãe que não detém a guarda da criança, de convivência regular, para o cultivo de relações de afeto e comunicação, e de fiscalização da manutenção e educação dos filhos. O objetivo dessa imposição é que a guarda seja exercida com responsabilidade por ambos os ascendentes, havendo um elo de cooperação entre eles, não utilizando, em nenhuma hipótese, seus descendentes como “instrumentos de vingança” e incorrendo em alienação parental.

Segundo o artigo 2º da Lei nº 12.318, que dispõe sobre alienação parental, “Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.”, ou seja, o genitor alienante projeta, no descendente, sentimentos negativos e rancores do genitor alienado. Essa prática viola tanto a ética e a moral, quanto à ordem jurídica, conflitando, principalmente, com o artigo 227 da Constituição Federal, o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente e com a Lei nº 12.318/2010. Em seu parágrafo único, inciso VII, o artigo 2º da referida Lei nº 12.318/2010 expõe:

“Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia,

79 Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

80 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

81 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.

praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:”

“VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.”

Essa disposição explicita que a mudança de domicílio dos filhos sem a concordância do outro progenitor é entendida pela lei e, consequentemente pela maior parte da doutrina, como forma de alienação parental, devendo ser inibida pelo juiz. O Magistrado pode coibir essas práticas adotando medidas como fixar, cautelarmente, o domicílio da criança ou do adolescente, declarar a suspensão da autoridade parental e estipular multa ao alienador, conforme consta no artigo 6º da Lei nº 12.318/2010.

Se nenhuma medida for efetivada e a alienação causada perdurar, sendo eficaz, as consequências aos descendentes são graves e os acompanham ao longo da vida, alguns exemplos sendo: a culpa pela injustiça contra o ascendente alienado, a depressão, a repetição da conduta alienadora com os próprios descendentes, na vida adulta, e a revolta contra o ascendente alienador, (OLIVEIRA, A. L. N., 2015, p. 11). Ainda, alguns pesquisadores como Richard Gardner entendem que o comportamento desenvolvido pela criança que sofre dessa alienação, se afastando efetivamente do genitor alienado, pode ser definido como Síndrome da Alienação Parental ou SAP (MADALENO; MADALENO, 2017, p. 30).

Nesse contexto, se observa que há julgados em que se demonstra a alienação parental ou abusividade dos poderes de um dos ascendentes na alteração da residência do menor injustificadamente e sem a anuência do outro genitor. No Agravo de Instrumento nº 1.0521.13.001901-6/001 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais a alteração foi considerada alienação parental pois, além dos indícios já existentes de alienação parental por parte da mãe da criança, no caso em comento, não houve comunicação do novo endereço ao outro progenitor, ato que dificultou o exercício do direito de convivência familiar que, como já exposto, é essencial e regulamentado por diversos dispositivos do ordenamento brasileiro. Ainda, no Acórdão 942954, 20140910045366APC do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, decidiu-se, analisando o caso concreto e buscando a solução que proporcionasse o maior benefício possível à criança, pelo entendimento do ato como alienação parental, tendo em vista os fatos elementos indicando prática de atos de alienação parental já existentes no processo como o fato de que a genitora desapareceu com a criança por um período de três meses, tempo no qual estaria providenciando sua mudança para outro Estado da Federação às

escondidas, somados à concretização mudança para o Paraná (como confirmado pela matrícula do infante em escola na cidade de Bombinhas do referido Estado) enquanto o pai empreendia esforços para manter o filho no Distrito Federal, buscando a renovação da matrícula em sua escola de origem para o ano seguinte. Dessa forma, é possível visualizar que a genitora tinha o claro propósito para dificultar a convivência entre pai e filho, mantendo todo esse processo às escondidas e em nenhum momento buscando o consentimento do outro genitor.

Contudo, não se pode dizer que há consenso jurisprudencial sobre a matéria. Alguns Tribunais de Justiça, incluindo-se o do Rio Grande do Sul, entendem que a concordância do outro genitor não é necessária para mudança de domicílio com a criança ou adolescente, como exemplificado Agravo de Instrumento nº 70081150021 e 70080271216, ambos julgados pela Sétima Câmara Cível do TJRS.

É importante, portanto, que seja sempre estudado o contexto da família antes de entender a simples mudança de domicílio da criança como alienação parental. Observa-se, pela análise jurisprudencial, que o simples fato da mudança de domicílio não é suficiente para a caracterização de alienação parental, visto que não é indispensável a concordância do outro genitor para que ocorra a mudança de domicílio. No primeiro julgado acima referido verifica-se que a genitora avisou ao pai das crianças acerca da mudança pretendida, e que teria todas as condições para realizá-la sem prejudicar ou colocar em situação de risco os infantes. Portanto, em que pese a alegação do genitor de que a aludida alteração de domicílio cercearia o seu direito-dever de convivência, por não poder arcar com as despesas de locomoção, não foi entendido como um caso em que há indícios de alienação parental. Ainda, no tocante ao segundo caso concreto analisado, percebeu-se que a mudança de domicílio da genitora teria a finalidade de proporcionar melhores condições de vida tanto para si quanto para seus filhos, ou seja, não teria o intuito de privar o genitor da convivência com a prole. Desta forma, observou-se que, apesar de dificultar o convívio do genitor com a filha, não está caracterizada a alienação parental, nem há qualquer indicativo de que a mudança ocasionará prejuízos ao desenvolvimento da infante.

Nesse sentido, verifica-se que em ambos os julgados analisados em que o distúrbio foi constatado, existiam outros elementos prévios que apontavam para a existência de eventual prática de alienação parental.

Ainda, é possível que a mudança seja uma medida para salvaguardar a prole em relação a ambientes prejudiciais ao seu melhor in-

teresse. Ocorre que, se a relutância da criança ou adolescente em se relacionar com um dos genitores é justificada por situações de abuso físico, sexual ou psicológico ou práticas educacionais precárias, a mudança de domicílio não é caracterizada a alienação parental, podendo ser vista até mesmo como um modo de afastá-lo de relações disfuncionais e abusivas.

6 CONCLUSÃO

Em harmonia com a caracterização já realizada da alienação parental, o presente artigo pretende firmar a posição de que a mudança de domicílio sem concordância do genitor é, salvo motivo justificável, caso de alienação parental, principalmente quando observada em conjunto com outros fatores indicadores da prática.

Conforme o pesquisado, hoje a doutrina e a jurisprudência ponderam se possui o mesmo objetivo fundamental da alienação parental (afastar a criança ou adolescente de um dos genitores), o ato de impor restrições ou empecilhos à convivência com um dos pais, ao provocar a mudança brusca de domicílio sem a autorização do outro genitor ou outorga judicial. Essa preocupação ocorre pois esses encontros são, além de um poder, um dever do genitor e um direito da criança ou adolescente, conforme dispõe a Lei de Alienação Parental (Lei nº 12318/2010), a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, entre de outros dispositivos.

Considerado que a alienação parental é uma consequência corriqueira na dissolução de casamento ou união estável, é importante, nesse período, contar com profissionais interdisciplinares aptos a identificar esse instituto, objetivando sua prevenção ou seu impedimento, antes que gere consequências sérias a todos os envolvidos. Os mesmos profissionais também possuem a incumbência de orientar os genitores sempre no sentido da adequada responsabilidade parental com que devem exercer a guarda, seja essa compartilhada ou não.

Por conseguinte, se caracterizado o abuso do poder familiar acima relatado, configurar-se-á a hipótese de alienação parental elencada pelo art. 2º, parágrafo único, VII, da Lei. 12.318 – Lei de Alienação Parental. Nesse caso, a criança ou adolescente utilizado como “arma” deve contar com uma completa equipe interdisciplinar, a fim de possibilitar seu pleno desenvolvimento, diminuindo o efeito das diversas consequências causadas pela prática da alienação parental.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 7 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 de agosto de 2020.

BRASIL. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em 11 de agosto de 2020.

CHAMBERS, R.P.P.D. O. **Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502637306/>. Acesso em: 11 de agosto de 2020

COSTA, T. J. M. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 5: direito de família**. 27.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
NADER, P. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, A. L. N. A alienação parental e suas implicações no contexto familiar. In: NETO, A. O.; QUEIROZ, M. E. M.; CALÇADA, A (Org). **Alienação parental e família contemporânea: um estudo psicossocial**. Recife: FBV/Devry. 2015. Disponível em: http://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/alienacao_parental/alienacao_parental_e_familia_contemporanea_vol2.pdf. Acesso em: 12 de agosto de 2020.

ROLE, M.A.C.C.M. **Síndrome da Alienação Parental - Importância da Detecção - Aspectos Legais e Processuais**. 5ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977191/>. Acesso em: 03 de agosto de 2020

ROSA, C. P. **Curso de direito de família contemporâneo**. 6ª ed. Salvador: Jus-Podivm. 2019.

ROSA, C. P. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TJDF. APELAÇÃO CÍVEL: APC 0140910045366. Relator: Des. Gilberto Pereira de Oliveira, 3ª TURMA CÍVEL. DJ: 18/5/2016. Jusbrasil 2016. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/342528861/apelacao-civil-apc-20140910045366?ref=serp>. Acesso em: 12 de agosto de 2020.

TJMG. AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 1.0521.13.001901-6/001, Relator: Des. Raimundo Messias Júnior, 2ª CÂMARA CÍVEL. DJ: 14/01/2014. Jusbrasil 2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118762941/agravo-de-instrumento-cv-ai-10521130019016001-mg?ref=serp>. Acesso em: 12 de agosto de 2020.

TJRS. AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 70081150021. Relatora: Sandra Brisolara Medeiros, 7ª CÂMARA CÍVEL. DJ: 29/05/2019. Jusbrasil 2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/717453504/agravo-de-instrumento-ai-70081150021-rs?ref=serp>. Acesso em: 12 de agosto de 2020.

TJRS. AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 70080271216. Relatora: Sandra Brisolara Medeiros, 7ª CÂMARA CÍVEL. DJ: 29/05/2019. Jusbrasil 2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/717526706/agravo-de-instrumento-ai-70080271216-rs/inteiro-teor-717527408?ref=serp>. Acesso em: 12 de agosto de 2020.

A UTILIZAÇÃO DO PROVIMENTO 100 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA COMO MEDIDA ALTERNATIVA À REALIZAÇÃO DE TESTAMENTO EM ÉPOCA DE PANDEMIA⁸²

THE USE OF PROVISION 100 OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE AS AN ALTERNATIVE MEASURE TO TESTING IN A TIME OF PANDEMIC

Luíza de Aguiar Maia⁸³

Thalita Carpin Hatzfeld⁸⁴

1 INTRODUÇÃO

O ano de 2020 iniciou-se com grandes preocupações em escala global ante o surgimento da doença COVID-19 e sua enorme capacidade de disseminação e contágio entre os indivíduos. Este acontecimento trouxe consequências devastadoras para a população mundial, além de um número incontável de mortes. Com efeito, a sensação de finitude ocasionada pela doença despertou em muitos o interesse na realização de um planejamento sucessório, o qual tem por escopo garantir a correta destinação do patrimônio de um indivíduo após a sua morte.

Trata-se de um instrumento jurídico que tem por objetivo o exercício prático de uma atividade preventiva com utilização de medidas tomadas ainda em vida pelo autor da herança e, dentre as diferentes medidas de planificação patrimonial que podem ser adotadas, destaca-se o testa-

82 Artigo desenvolvido para o IV Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa – EGRUPE, Grupo de trabalho 04 - Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos sob orientação do prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, no âmbito do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

83 Bacharelanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: luizaamaia@outlook.com

84 Bacharelanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisadora do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: thalita.hatzfeld@gmail.com

mento. Este representa o principal e o mais conhecido veículo jurídico de efetivação do planejamento sucessório. Isso porque através de um único documento é possível deliberar sobre todos os bens que serão deixados após a morte para os herdeiros. Ademais, o testamento possui um baixo custo e a ele é conferida a possibilidade de inclusão de sucessores.

Ocorre que por ser o testamento um procedimento extremamente formal e solene, não se admite, salvo algumas exceções, sua realização sem cumprir a rigor o que está previsto na legislação. Em tempos de pandemia, no entanto, sabe-se que não é possível o cumprimento destas formalidades em virtude das próprias barreiras físicas impostas por governantes brasileiros. O fato de os Tabelionatos de Notas estarem fechados impossibilita a feitura de testamento nos moldes ordinários, o que, por si só, não pode ser motivo para impedir o indivíduo de dispor sobre seus bens e, ainda mais, de planejar da melhor maneira que desejar o seu patrimônio.

2 PROBLEMA

A partir da análise dos requisitos formais para realização das diversas modalidades testamentárias previstas no ordenamento jurídico brasileiro e da consequente impossibilidade de cumprimento destes devido à atual pandemia do Coronavírus, de que maneira pode ocorrer a elaboração do testamento por meio virtual?

3 HIPÓTESE

Considerando que no atual cenário pandêmico enfrentando as formalidades testamentárias previstas no Diploma Civil Brasileiro não se demonstram capazes de serem rigorosamente cumpridas, impõe-se a utilização do Provimento 100 do Conselho Nacional de Justiça para garantir efetiva prestação jurisdicional à população. Por meio deste, entende-se possível ser extraída uma interpretação ampliativa no sentido de que todos os atos notariais podem ser realizados por intermédio do sistema e-Notariado, inclusive as modalidades de testamento previstas no Código Civil.

4 METODOLOGIA

Optou-se pela utilização do método dedutivo de pesquisa, através de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio de revisão da doutrina, legislação e jurisprudência pertinentes ao objeto da pesquisa.

5 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Vive-se na atualidade um momento peculiar de isolamento social, com restrições para sair de casa e interagir socialmente com os demais indivíduos (NEVARES, 2020). Em decorrência do período pandêmico, naturalmente surgiu a preocupação dos indivíduos de repensarem o futuro e garantirem aos demais que por perto se encontram o devido amparo caso venha-se a falecer. Parece que a pandemia colocou para as pessoas o senso de finitude, sendo curioso pensar que, de repente, todos lembraram que podem morrer a qualquer momento (DADALTO, 2020).

Desta forma, o interesse na realização de um planejamento sucessório passou a crescer exponencialmente e, diante da nova realidade experimentada, compreende-se que o testamento representa o principal e o mais conhecido veículo jurídico de efetivação de tal planejamento. Nota-se, contudo, que no Direito Sucessório brasileiro prevalece certo rigor e formalismo quando na elaboração das modalidades testamentárias, no intuito de cumprir efetivamente a vontade do testador e protegê-la de qualquer desvirtuação, garantindo a eficácia do testamento.

Ocorre que o instituto da sucessão testamentária tem sofrido modificações significativas ao longo do tempo, de modo que o ordenamento jurídico brasileiro, nesse ponto, demonstra ser cada vez mais apto a sopesar, substituir, desconsiderar e adaptar as formalidades em relação aos casos concretos. As transformações sociais influentes nas formalidades testamentárias revelam-se na atualidade com maior frequência e impacto, ainda que sempre tenham acontecido. A interpretação testamentária sempre carregou como seu norte a garantia dos efeitos do seu conteúdo, evitando a configuração da sua nulidade baseada tão somente em aspectos solenes ou inobservâncias de aspectos insignificantes quanto à vontade do testador (BARROS, 2020).

O Supremo Tribunal de Justiça, nessa perspectiva, tem relativizado a nulidade de testamentos que não preencham algumas das formalidades legais, conforme julgado no REsp. 1419726/SC, que reputou válido testamento sem o devido rigor formal para garantir a manifestação de última vontade do testador, que no caso concreto foi expressada de modo livre e consciente. No mesmo sentido, deduziu ainda a Corte ser perfeitamente possível que a ausência de uma das formalidades exigidas por lei possa ser colmatada para a preservação da vontade do testador, conforme se observa no REsp. 1677931/MG.

Ademais, em julgado ainda mais recente - ano de 2020 - a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça considerou válido testamento particular que, mesmo não tendo sido assinado de próprio punho pela testadora, contou com sua impressão digital. A decisão proferida no Resp. 1633254/MG foi baseada na convicção de que nem toda ausência de formalidade é suficiente para comprometer a validade do testamento, se analisada em confronto com os demais elementos de prova.

Com efeito, tendo como base a análise dos julgados mencionados, nota-se que as formalidades exigidas pela lei vêm sendo cada vez mais flexibilizadas pela Corte Superior com o intuito de preservar a declaração de vontade do autor da herança. Vale lembrar que a matéria legal sobre testamentos no Brasil foi redigida no século passado, de forma que seria inevitável ocorrer qualquer reinterpretação por parte dos Tribunais brasileiros acerca de alguns aspectos da legislação. Somando-se a isso, conforme redação da Ministra Nancy Andrighi no Resp. 1633254/MG, anteriormente pontuado, vive-se em uma sociedade que é comprovadamente menos formalista e que busca cada vez mais na tecnologia meios que possibilitem a facilitação de serviços.

Por certo que há tempos a tecnologia vem provocando mudanças na sociedade, sendo evidente que em algum momento esta passaria a incidir nas mais variadas áreas do Direito, sendo já possível observar este viés de evolução tecnológica adentrando na esfera jurídica através da migração do processo físico para o processo eletrônico. Verifica-se que o uso destas ferramentas tecnológicas vem constantemente transformando a prestação de serviços jurídicos, otimizando tarefas e atividades diárias, além de propiciar, como consequência, a desburocratização de diversos serviços prestados no âmbito judicial.

Ressalta-se que com a chegada da pandemia e em virtude da adoção de medidas de isolamento social, foi necessária a realização de algumas adaptações tecnológicas também no ambiente extrajudicial, no intuito de possibilitar a continuidade das atividades notariais de maneira segura. Considerando que os serviços extrajudiciais são essenciais ao exercício da cidadania, uma série de providências foram tomadas para que houvesse a garantia de manutenção destas atividades no atual momento. Surgiu a necessidade de implantar, notadamente em relação aos Tabelionatos de Notas, instrumentos tecnológicos para facilitar a vida dos usuários, assegurando, ao mesmo tempo, segurança jurídica permeada pela fé pública (ABELHA, 2020).

Com a entrada em vigor do Provimento 100 do Conselho Nacional de Justiça, nesse sentido, todos os Tabelionatos de Notas do país foram

obrigados a aderir a plataforma do e-Notariado, de modo que qualquer ato praticado sem a sua utilização passa a ser considerado nulo. Isso leva a crer que, embora exista calorosa discussão a respeito da possibilidade ou não de realização de testamentos através deste sistema, é possível se extrair uma interpretação ampliativa no sentido de que todos os atos notariais podem ser realizados por intermédio do e-Notariado (CALMON, 2020), inclusive o testamento, seja na modalidade ordinária ou especial.

Segundo a redação do artigo 3º do Provimento, são requisitos da prática do ato notarial eletrônico: I - videoconferência notarial para captação do consentimento das partes sobre os termos do ato jurídico; II - concordância expressada pelas partes com os termos do ato notarial eletrônico; III - assinatura digital pelas partes, exclusivamente através do e-Notariado; IV - assinatura do Tabelião de Notas com a utilização de certificado digital ICP-Brasil; V - uso de formatos de documentos de longa duração com assinatura digital. Destaca-se que a assinatura digital, expressa no artigo 3º, inciso III e acima citado será feita por meio da utilização de certificado digital, que pode ser do próprio indivíduo.

Assim sendo, ainda que as medidas restritivas adotadas por governantes brasileiros neste período tenham ocasionado a intensa modificação das relações cotidianas, observa-se que é possível a manutenção da realização dos atos da vida civil dos indivíduos, principalmente após o advento do Provimento 100 do CNJ, o qual flexibilizou diversos serviços notariais para assegurar a prestação jurisdicional à população e deu azo à realização do testamento de forma virtual.

6 CONCLUSÃO

Considerando que o Direito possui o dever de conformar as relações, assimila-se que o mesmo deverá, portanto, adequar-se ao presente cenário, não podendo permanecer alheio às diversas transformações que decorrem na sociedade sob pena de ocasionar insegurança jurídica. Em razão de o instituto da sucessão testamentária ter apresentado modificações significativas no decorrer dos últimos tempos, infere-se que o ordenamento jurídico tem evoluído e demonstrando-se cada vez apto a ponderar, avaliar e até adaptar as formalidades testamentárias em relação aos casos concretos, tendo especialmente como alicerce a autonomia do testador, como assim depreende-se da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Constata-se que se destaca na atualidade a prevalência de uma sociedade comprovadamente menos formalista e que busca cada vez

mais na tecnologia meios que possibilitem a facilitação de serviços. Nessa perspectiva, compreende-se que a tecnologia provoca há tempos mudanças na sociedade, sendo manifesta a sua influência nas diversas searas do Direito, especialmente em tempos de pandemia.

Com a necessidade de imposição do distanciamento social, diversos procedimentos obrigaram-se a migrar para o ambiente virtual como alternativa para sua manutenção, de tal como a ser necessária a realização de adequações tecnológicas, sobretudo no ambiente extrajudicial. Com efeito, ressalta-se que com o advento do Provimento 100 do Conselho Nacional de Justiça de 2020, restou autorizada a lavratura de todos os atos notariais de maneira digital, passando a ser admitida a celebrações de negócios complexos e vultosos por meios virtuais e sendo instituído o sistema e-Notariado em âmbito nacional. Por meio deste, conclui-se ser plenamente viável a elaboração de qualquer uma das modalidades ordinárias e especiais de testamento previstas no Código Civil através da plataforma virtual.

A possibilidade de realização de qualquer testamento feito por vídeo, isto é, aquele realizado por alguém que possui assinatura eletrônica no portal do e-Notariado, demonstra-se, na presente conjuntura, ser a melhor alternativa para testar nos dias atuais. Isso porque a pandemia do Coronavírus, conforme examinado, dificultou a prática de vários atos da vida civil dos indivíduos, porém não impossibilitou por completo a realização dos mesmos, principalmente a partir do surgimento do Provimento 100 do Conselho Nacional de Justiça. Isto posto, diante das medidas adotadas pelos Cartórios do país e dos mecanismos de segurança implementados, não se observa nenhum óbice para a realização do testamento de forma virtual, desde cumprido o disposto na lei.

REFERÊNCIAS

ABELHA, André; JUNQUEIRA, Alexandre Gomide. **O futuro chegou! Bem-vindo provimento nº 100/20, do CNJ**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/328081/o-futuro-chegou-bem-vindo-provimento-n-100-20-do-cnj>. Acesso em: 31 jul. 2020.

ALMEIDA, José Luiz Gavião. **Código Civil Comentado**: Direito das Sucessões. Artigos 1.784 a 1856. São Paulo: Atlas, 2003.

BARROS, Rafaela Rojas. **A flexibilização dos requisitos formais na sucessão testamentária no ordenamento jurídico brasileiro**: uma nova diretriz. Dis-

ponível em: <http://clovisbarros.adv.br/publicacoes/ANALISE.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. **Provimento 100 do Conselho Nacional de Justiça**. Dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE e dá outras providências. Brasília, DF: Corregedoria, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>. Acesso em 30 jul. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2. seção). **Recurso Especial no 1.633.254 - MG (2016/0276109-0)**. Recorrente: Beatriz Aguiar Bovendorp Veloso. Recorrido: Patricia Siqueira Bovendorp Damasio. Relatora: Ministra Nancy Andrigli. Brasília, DF, 11 de dezembro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=107575683&num_registro=201602761090&data=20200318&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3. turma). **Recurso Especial no 1.419.726-SC (2013/0176506-1)**. Recorrente: Paula Cristina Pinheiro Granzotto. Recorrido: Euclides Granzotto - espólio e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865085777/recurso-especial-resp-1419726-sc-2013-0176506-1/inteiro-teor-865085787?ref=juris-tabs>. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3. turma). **Recurso Especial nº 1.677.931 - MG (2017/0054235-0)**. Recorrente: Maria Aparecida Lacerda Neves. Recorrido: Adelson Olavo Neves. Relatora: Ministra Nancy Andrigli. Brasília, DF, 15 de agosto de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75362447&num_registro=201700542350&data=20170822&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 05 ago. 2020.

CALMON, Patricia Novais. **O divórcio virtual e o e-notariado: a era da desmaterialização dos procedimentos extrajudiciais**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1476/O+div%C3%B3rcio+virtual+e+o+e-notariado%3A+a+era+da+desmaterializa%C3%A7%C3%A3o+dos+procedimentos+extrajudiciais>. Acesso em: 31 jul. 2020.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CARVALHO, Andrea Melo de. **Testamento em época de coronavírus**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/323706/testamentos-em-epoca-de-coronavirus> Acesso em: 30 jul. 2020.

CHIABRANDO, Camilla. **Testamento digital e provimento nº 100-2020 do CNJ - validade e abertura**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1468/Testamento+digital+e+o+provimento+n%C2%BA+100-2020+do+CNJ+-+validade+e+abertura>. Acesso em 02 ago. 2020

DADALTO, Luciana. **O papel do testamento vital na pandemia do COVID-19**. Disponível em: <https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/829295096/o-papel-do-testamento-vital-na-pandemia-da-covid-19>. Acesso em: 29 jul. 2020.

LIMA, Gildásio Pedrosa de. **A legítima e a liberdade de testar**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53696/a-legtima-e-a-liberdade-de-testar>. Acesso em: 04 ago. 2020.

MOLD, Cristiano Fetter. **A possibilidade de fazer um testamento durante o isolamento causado pelo coronavírus – breves considerações**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1388/A+possibilidade+de+fazer+um+testamento+durante+o+isolamento+causado+pelo+coronav%C3%ADrus+-+breves+considera%C3%A7%C3%B5es> Acesso em: 30 jul. 2020.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **Como fazer testamento em momento de isolamento social**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1393/Como+fazer+testamento+em+momento+de+isolamento+social>. Acesso em: 29 jul. 2020.

DEMOCRACIA, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PROCESSOS POLÍTICOS NA ERA DIGITAL

DEMOCRACY, FREEDOM OF EXPRESSION AND POLITICAL PROCESSES IN THE DIGITAL AGE

Giovana Lima Michelin⁸⁵

1 INTRODUÇÃO

As redes sociais são ferramentas poderosas de comunicação que cada vez mais ocupam diferentes espaços no cotidiano. Os espaços políticos estão entre as esferas marcadas pelo uso crescente das plataformas digitais. Este fenômeno alavanca debates acadêmicos e políticos desde o surgimento da *internet*, considerando a ampliação do uso dos meios digitais e as possíveis consequências desse desenvolvimento para a imprensa, para as campanhas políticas e para a sociedade civil (NORRIS, 2000).

Assim, surge uma complexa relação entre “comunicação” e “política” que implica compreender a importância que os meios de comunicação, especificamente através do uso de redes sociais, têm sobre o funcionamento da democracia. A comunicação política é, assim, um processo de participação interativa que envolve a transmissão de informação entre os políticos, os meios de comunicação e os cidadãos (NORRIS, 2000). Logo, a comunicação política é utilizada durante as campanhas eleitorais, e a forma como ela é produzida influencia na percepção do público sobre determinado ator político, bem como contribui para a modelação dos resultados do pleito eleitoral (SORRIBES; SERRANO, 2015). Frisa-se que, no século XXI, as redes sociais se converteram em uma verdadeira potência para a comunicação política, visto que a presença digital de candidatos e partidos é uma constante nas *timelines*.

85 Acadêmica de Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Acadêmica de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com período sanduíche em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade da Beira Interior (UBI), em Portugal, como bolsista do Programa Santander Ibero-Americanas. Integrante do grupo de pesquisa Sociedade de Informação e Fake Democracy: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional, vinculado ao núcleo de Mestrado da FMP. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6340474691889133>. E-mail: giovanalimamichelon@gmail.com.

No contexto da crise sanitária ocasionada pela pandemia do vírus COVID-19 percebeu-se o crescimento do uso das redes sociais, o que também trouxe à tona questões relativas ao acesso à *internet* e à informação. Além disso, houve um aumento da circulação de notícias falsas, oriundas tanto de setores da população quanto de atores políticos. A partir dessas considerações, a pesquisa se mostra relevante para analisar a complexidade da discussão associada à liberdade de expressão, discursos de ódio, *fake news* e uso das plataformas digitais, assim como o impacto gerado no cenário social e político. Para tanto, a metodologia de abordagem adotada privilegiará o método dedutivo e a técnica utilizada será a revisão bibliográfica e documental pertinente ao objeto de estudo.

2 OBJETIVOS

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a relação existente entre o uso das redes sociais, a população e a política, abordando outras questões que permeiam o tema como a liberdade de expressão, discursos de ódio e o impacto social das *fake news*. Desse modo, o trabalho pretende verificar os processos de comunicação política eleitoral nas redes sociais e a relevância que possuem para o funcionamento da democracia, bem como refletir sobre os desafios atuais no que tange ao acesso à *internet* e a circulação de informação na era digital.

3 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Para Castells, a *internet* e as tecnologias digitais fizeram emergir uma sociedade da informação, isto é, uma organização social alicerçada pelo poder de gerar, processar e transmitir informações graças às condições tecnológicas existentes (CASTELLS, 1999). A partir do conceito de sociedade em rede proposto pelo autor, percebe-se que esta nova estrutura social supera os espaços físicos convencionais, pois as relações passam a ser estabelecidas em uma dimensão virtual firmada pelo suporte digital (CASTELLS, 1999). Esta nova forma de interação com o mundo na sociedade conectada em rede torna a propagação de informações, notícias e acontecimentos algo que pode atingir uma escala global em curto espaço de tempo, além de possibilitar um espaço para a partilha de opiniões, ideias e conceitos pessoais.

Neste ponto, recorda-se a afirmação de Wolton de que “a comunicação não é a perversão da democracia e, antes, a condição de seu

funcionamento” (WOLTON, 1995, p. 155). Entretanto, é preciso atentar para a qualidade dessa comunicação, pois atualmente presencia-se uma enxurrada de informações deturpadas, *fake news* e manipulações, que impactam diretamente na qualidade democrática. Consequentemente, surgem indagações sobre os limites da liberdade de expressão, o aumento dos discursos de ódio, a criminalização de *fake news* e a regulação de informação (ABBOUD; JUNIOR; CAMPOS, 2018).

Este complexo debate ganha mais impulso no contexto da pandemia de COVID-19, pois frente a necessidade de isolamento e consequente restrição dos direitos de reunião e manifestação em ambientes públicos, imprescindíveis para as sociedades democráticas, ampliou-se o uso dos meios alternativos de expressão e manifestação através do mundo digital. Desse modo, presencia-se os impactos da sociedade de informação sobre os sistemas democráticos como jamais antes visto, o que enseja discussões sobre os riscos da disseminação de *fake news* e de discursos de ódio para a democracia. Recentemente, foram divulgadas pesquisas que demonstram que no atual cenário de crise sanitária, a desinformação, conteúdos falsos e mensagens acompanhadas de discursos de ódios estão sendo propagadas pelas redes sociais em um ritmo assustador (SOUSA JÚNIOR; RAASH; SOARES; RIBEIRO, 2020; CHUNG; MING LI, 2020).

É uníssona a noção de que a liberdade de expressão é fundamental para a democracia e um requisito para que os cidadãos participem da vida política (DAHL, 2001). Com a criação da *internet*, das plataformas digitais e expansão das redes sociais foram concedidas novas oportunidades para que pessoas diferentes dos atores políticos tradicionais pudessem fixar temas na agenda política, inaugurando uma nova forma de liberdade de expressão e participação política (BRUNDIDGE; RICE, 2009). Contudo, a relação entre “democracia” e “liberdade de expressão” se dá de forma complexa e paradoxal: se por um lado a liberdade de expressão é condição para a democracia; por outro, as discussões sobre os limites e as restrições à liberdade de expressão surgem justificadas justamente para preservar a qualidade democrática. Nesse âmbito, surgem as discussões sobre a necessidade de contenção de discursos de ódio e de circulação de notícias falsas nas redes sociais.

Assim, preocupados com a desinformação deliberada, com o uso indevido das redes sociais e com a restrição da capacidade do público de acessar informações, sobretudo em meio a uma pandemia e em ano de eleições em muitos países, a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) e a

Organização dos Estados Americanos (OEA) lançaram a “Declaração Conjunta sobre a Liberdade de Expressão e Eleições na Era Digital”. A Declaração reconhece a importância das redes sociais e tecnologias digitais para a democracia, bem como o valor da liberdade de expressão, do acesso à informação e dos meios de comunicação independentes para assegurar eleições livres, justas e transparentes. O documento também inclui uma série de recomendações aos Estados sobre como enfrentar os desafios de proteger a liberdade de expressão e verificar a propagação de informações durante as eleições na era digital.

Verifica-se que mais do que nunca merece destaque e estudo as discussões que englobam os temas sobre a utilização das redes sociais, a liberdade de expressão, a participação política nos meios digitais, a propagação de notícias falsas, discursos de ódio, e a influência desses fatores para os processos democráticos. Desse modo, no campo político não basta que seja garantida a liberdade de expressão e a difusão de informação, mas que essa comunicação seja correta e objetiva, para que os cidadãos possam adquirir a compreensão esclarecida, primordial para a democracia (DAHL, 2001), pois, na palavras de Lasswell: “Nas sociedades democráticas, as escolhas racionais dependem do esclarecimento, que, por sua vez, dependem da comunicação” (LASSWELL, 2002, p. 60).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisar a relação entre democracia e liberdade de expressão na era digital, assim como as consequências decorrentes dessa conexão, não é uma tarefa fácil. A presente pesquisa se encontra em fase inicial, mas já foi possível verificar o grande impacto político e social gerado pelo uso das redes sociais e pelas suas implicações no direito à liberdade de expressão. Os desafios que recaem sobre a disseminação de *fake news*, o compartilhamento de notícias deturpadas, os discursos de ódio, a regulação da informação, são questões que ainda suscitam muitos debates, inclusive por adentrarem da seara da colisão de direitos fundamentais.

Além disso, observou-se a relevância da temática para o campo político com respaldo internacional, posto que organizações como a ONU, OEA e OSCE lançaram a “Declaração Conjunta sobre a Liberdade de Expressão e Eleições na Era Digital”, considerando a importância que as redes sociais e plataformas digitais possuem para os processos democráticos. Entre as recomendações dirigidas aos Estados, está o dever de garantir o acesso efetivo à *internet* e a outras tecnologias digitais para todos os setores

da população, restringir a liberdade de expressão apenas em situações extremamente necessárias, de acordo com os requisitos do direito internacional, e permitir o acesso à informação livre e diversificada.

Por fim, o aumento do uso das redes sociais em razão da crise sanitária de COVID-19, ainda em curso, aflorou outras indagações concernentes ao acesso à *internet*, a inclusão digital, a circulação de notícias falsas e de discursos de ódio e o uso indevido das redes sociais, sobretudo em meio a uma pandemia e em ano de eleições em muitos países. Por tal razão, se dará continuidade ao presente estudo a fim de tentar contribuir para a resolução destes tantos desafios na construção de uma democracia inclusiva na era digital.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. **Fake News e regulação**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

BRUNDIDGE, Jennifer; RICE, Ronald. **Political engagement online**. Do the information rich get richer and the like-minded more similar? In: CHADWICK, A; HOWARD, P. (Orgs.) *The Routledge Handbook of Internet Politics*. New York: Routledge, 2009.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e terra, 1999.

CHUNG, Roger Yat-Nork; MING LI, Minnie. Anti-chinese sentiment during the 2019-nCoV outbreak. **The Lancet Regional Health**, v. 395, n. 10225, p. 686-687, fev, 2020.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

LASSWELL, Harold. A Estrutura e a Função da Comunicação na Sociedade. In ESTEVES, João Pissarra (org.). **Comunicação e Sociedade: Os Efeitos Sociais dos Meios de Comunicação de Massas**. Lisboa: Livros Horizonte, 2002.

NORRIS, Pippa. **A Virtuous Circle: Political Communications in Post-Industrial Societies**. Nueva York: Cambridge University Press, 2000.

SOUSA JÚNIOR, João Henriques; RAASH, Michele; SOARES, João; RIBEIRO, Leticia Virgínia. Da desinformação ao caos: uma análise das fake news frente à pandemia do Coronavírus (COVID-19) no Brasil. **Cadernos de Prospecção**, Salvador, v.13, n. 2, p. 331-346, abril, 2020.

SORRIBES, Carles Pont; SERRANO, Jordi Berriò. **Comunicació i opinió pública**. Política, periodisme iciutadans. Barcelona: UOC, 2015.

WOLTON, Dominique. **Pensar a comunicação**. Lisboa: Estúdios Difel, 1999.

DIVÓRCIO: UM ESTUDO CONFORME O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL***DIVORCE: A STUDY UNDER THE CIVIL PROCEDURE CODE****Amanda da Cruz Saraiva*⁸⁶*Rafaela Matos Peixoto Schaefer*⁸⁷

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo analisar o instituto do divórcio a partir do debate acerca da evolução legislativa, observadas as alterações trazidas pelo Código de Processo Civil. Diante disso, questiona-se: quais foram as inovações no tocante às ações de família, especialmente nas ações de divórcio? A adoção de meios autocompositivos é satisfatória para os divorciandos? Para fins de desenvolver tal pesquisa, será utilizado o método de abordagem dedutivo, que é compreendido como a ciência que relaciona logicamente as premissas gerais e os particulares. A técnica de pesquisa adotada foi a bibliográfica, consubstanciada principalmente de livros e artigos científicos. Percebe-se que, os avanços legislativos buscam implementar medidas que tornam o procedimento mais célere e humanizado, atendendo a necessidade de empregar tratamento adequado à condução dos conflitos familiares.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Divórcio. Família.

86 Mestranda em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), na linha de pesquisa Políticas Públicas. Membro do grupo de pesquisa (CNPq) “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, certificado pelo CNPq, sob a coordenação da Prof.^a Pós-Dr.^a Fabiana Marion Spengler. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Endereço eletrônico: manda_saraiva@hotmail.com.

87 Mestranda em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa/taxa Prosuc-Capes, modalidade II, na linha de pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Futura/SP. Integrante do grupo de pesquisa denominado Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos, vinculado ao CNPq e liderado pela Professora Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler. Mediadora voluntária de família no Projeto de Extensão denominado: A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos da UNISC. Advogada, OAB/RS nº 113.211. Endereço eletrônico: rafaelapeixoto@mx2.unisc.br.

ABSTRACT: The present search aims to analyze the divorce institute since the debate of its legislative evolution, observing the innovations brought by the Code of Civil Procedure. In view of this, one wonders: what were the innovations in family actions, especially in divorce proceedings? Is the adoption of consensual means satisfactory for divorcees? In order to develop such a search, the deductive approach will be used, which is understood as the science that logically relates the general and particular premises. The research technique adopted was the bibliographical one, supported mainly by books and scientific articles. It is understood that, the legislative advances seek to implement measures that make the procedure faster and humanized, taking into account the need to use appropriate treatment to manage family conflicts.

Keywords: Code of Civil Procedure. Divorce. Family.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como proposta debater o instituto do divórcio a partir da evolução legislativa, observadas as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil (CPC). Na legislação brasileira, este instituto já recebeu consideráveis alterações desde a sua criação: quando editada a lei nº 6.515; posteriormente pela Emenda Constitucional 66/2010 que extinguiu os prazos até então exigidos para efetivação do divórcio; recentemente pelo CPC que, dentre tantas mudanças, trouxe o incentivo à adoção de meios autocompositivos, como a mediação, nas ações de família.

O divórcio é o instrumento jurídico que rompe o vínculo marital quando a convivência conjugal se torna impossível. Nesta esteira, a relevância do tema decorre das frequentes discussões acerca do Direito de Família e da necessidade de transformação do cenário conflituoso.

A pesquisa realizada pretende responder aos seguintes questionamentos: quais foram as alterações trazidas pelo CPC no tocante às ações de família, especialmente nas ações de divórcio? A adoção de meios autocompositivos é satisfatória para os divorciandos?

O objetivo central do estudo é evidenciar as inovações trazidas pelo CPC, destacando as medidas que têm como fito tornar o divórcio mais humanizado, célere e econômico, a partir do emprego de meios de tratamento adequado frente à crise familiar.

Para fins de desenvolver tal pesquisa, será utilizado o método de abordagem dedutivo, que é compreendido como a ciência que relaciona logicamente as premissas gerais e os particulares. A técnica de pesquisa adotada foi a bibliográfica, consubstanciada principalmente de livros e artigos científicos.

2 MODALIDADES DE DIVÓRCIO

Hodiernamente, estão previstas três modalidades de divórcio: o divórcio judicial litigioso; o divórcio judicial consensual e o divórcio extrajudicial consensual. Em todas essas é preciso atentar-se quanto à definição de questões essenciais, como: a guarda e proteção dos filhos (preferencialmente compartilhada, conforme orienta a Lei n. 11.698/08), sobrenome atualizado, alimentos e partilha de bens. Sem embargo, manteve-se a regra do artigo 1.581, do código civilista que permite que a partilha de bens seja realizada em outro momento (LÔBO, 2011). Contudo, esclarece Dias (2016) que esta opção gera a multiplicidade de ações, o que não é satisfatório, sendo que, as partes continuarão em litígio, dilatando a animosidade entre os envolvidos. Assim sugere a autora “melhor é tudo ser solvido na mesma ação” (DIAS, 2016, p. 374).

O divórcio é uma ação personalíssima, desse modo, compete aos cônjuges ingressar com o pedido. Nada obstante, é conferida a legitimidade representativa ao curador, aos ascendentes ou aos irmãos. No caso de incapacidade o Código Civil dispensa a prévia decretação da curatela. O ingresso da ação poderá ser no domicílio de qualquer dos ex-cônjuges, sendo em todas as modalidades exigida a apresentação da certidão de casamento (GONÇALVES, 2014).

O divórcio judicial litigioso é a medida cabível quando há divergências sobre a própria separação ou sobre algumas das questões essenciais, posto que são situações potencialmente conflituosas. Cabe ressaltar, que somente serão discutidos assuntos que versem sobre os alimentos e guarda dos filhos. Como já mencionado, a partilha de bens poderá ser estabelecida em oportunidade posterior e, principalmente, é incabível o reconhecimento de culpa, já que “Não há culpado, no divórcio, nem responsável pela ruptura” (LÔBO, 2011, p. 155).

Tratando-se de divórcio de casais com filhos menores, indiscutivelmente, o meio empregado é o divórcio judicial, ainda que haja consenso entre os cônjuges. Os interesses da criança e adolescente são direitos indisponíveis, logo, carecem da tutela estatal, ainda conforme

previsto na norma processual civil, é indispensável a participação do Ministério Público (LÔBO, 2011).

A Lei nº. 11.411/07 inseriu no ordenamento jurídico a modalidade de divórcio extrajudicial, aplicável aos casos em que não haja divergências entre os cônjuges quanto às questões essenciais e também a inexistência de filhos menores ou incapazes. Em 2016, novo requisito foi acrescentado à norma, sendo estabelecido que a divorcianda deve atestar que não está grávida ou que desconhece estado gravídico.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) alterou a Resolução CNJ 35/2007, que regulamenta a realização de separação e divórcio consensual por via administrativa, para esclarecer que o procedimento consensual não pode ser obtido caso a esposa esteja grávida. Até então, a Resolução previa como requisito para obter o divórcio ou a separação consensual a inexistência de filhos comuns menores ou incapazes. (FARIELLO, 2016, <www.cnj.jus.br>).

O procedimento será feito mediante escritura pública perante tabelião, ocasião na qual as partes deverão estar assistidas por advogado ou defensor público, sendo que o mesmo profissional poderá orientar a ambos (LÔBO, 2011). Leciona Dias (2016) que é possibilitado aos consortes serem representados por procuradores, em razão de que, igual condição é permitida na celebração do casamento.

Ainda segundo Dias (2016), a via extrajudicial deveria ser medida obrigatória quando atendidas exigências. Dado que, é evidente a falta de interesse processual, contudo, tal imposição vai de encontro aos princípios constitucionais que garantem o acesso à justiça. No mesmo viés, Gagliano e Pamplona Filho (2017) ressaltam que a via judicial deve ser reservada para situações especiais, em virtude de que o procedimento administrativo ocorre de modo mais simplificado e ágil.

Imperioso acentuar que independente da modalidade de divórcio empregada, o dever de proteção e alimentos dos pais divorciados referentes aos filhos permanecem, observado o acordo estabelecido ou a determinação judicial. Em caso de guarda exclusiva, o genitor não guardião não terá prejudicado o acesso ao filho, também não é tolhido deste o direito-dever de participar da educação do filho, garantindo desta maneira, o melhor interesse do menor (LÔBO, 2011).

3 INOVAÇÕES NAS AÇÕES DE DIVÓRCIO SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI Nº 13.105/15)

O Código de Processo Civil, que passou a vigorar em março de 2016, apresenta notória atenção aos meios autocompositivos. Desta feita, é possível perceber a preocupação do legislador em estimular a utilização dos métodos consensuais, o que pode ocorrer em qualquer fase do processo, sempre em que houver o interesse das partes.

Logo nos primeiros artigos do mencionado diploma é possível verificar tal previsão, assim ao analisar o artigo 3º entende Spengler (2017, p. 144) que “a proposta do novo CPC não é tornar obrigatória a mediação ou a conciliação, mas estimulá-la. E tal incentivo deve ser tarefa de todos os operadores do Direito, mesmo quando já ajuizada a ação”. Com efeito, importantes inovações ocorreram no cenário jurídico das ações de família, diante das significativas alterações processuais implementadas a fim de tornar o processo mais cooperativo.

Para Spengler (2017) a mediação é um procedimento que pode ser aplicado por meio de diversas técnicas como negociação e terapia. Trata-se de um instrumento que busca, através da ética da alteridade, oferecer um espaço de reencontro e equilíbrio. Na condução das sessões, está a figura do mediador, um terceiro imparcial, que tem com tarefa primordial atuar como agente facilitador do diálogo, auxiliando no restabelecimento da harmonia e na transformação do cenário conflituoso.

A Lei da Mediação no artigo 3º estabelece que pode ser objeto de mediação o conflito que versa sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. A legislação processual indica que este é método compositivo adequado para dirimir as desavenças familiares. Deste modo, o Capítulo X prevê o tratamento dado às ações de família, bem como o incentivo à solução consensual, conforme se observa no artigo 694:

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Estas ações cuidam de relações continuadas, que envolvem demasiada carga afetiva, assim, a mediação busca a transformação da postura conflitiva em postura participativa, nas quais os envolvidos não são adversários, o que significa dizer que não há um ganhador x perdedor, visto que, adota-se o sistema do ganha-ganha (SPENGLER, 2017).

Em acordo com lei 13.140, Lei da Mediação, e seguindo o mesmo teor da Resolução 125 do CNJ, o CPC estabelece no artigo 166 que a conciliação e a mediação são norteadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Para Spengler (2017, p. 173): “a mediação no Brasil é voluntária, ou seja, os conflitantes têm autonomia para aceitá-la ou rejeitá-la”, assim sendo, é incabível a previsão de qualquer tipo de penalização a quem não deseja participar.

A mediação satisfatória ocorre através do restabelecimento do diálogo entre as partes, mesmo que não se alcance, num primeiro momento, o consenso. Todavia, quando elaborados acordos, estes serão reduzidos a termo, e se homologados pelo juiz ganharão força de título executivo extrajudicial (CPC, art. 784, IV). O CPC determina que os atos processuais são públicos, salvo aqueles que tramitam em segredo de justiça, pois tratam de matéria familiar (CPC, art. 189, II). Nestes casos, o Ministério Público intervirá previamente à homologação do acordo, se houver interesse de menor ou incapaz (CPC, art. 698).

Neste diapasão, os benefícios do procedimento mediado são imensuráveis, pois perpassam a esfera financeira, atingindo não somente as partes, mas também a todos os integrantes do arranjo familiar, o judiciário e a sociedade. Diante do exposto, observa-se que o diploma processual civil vigente se preocupa em aproximar o Judiciário do cidadão, tornando o divórcio mais humanizado. Ademais, a mediação e a conciliação são consideradas práticas inovadoras no ordenamento jurídico com grande potencial de transformação social e disseminação da cultura da paz.

4 CONCLUSÃO

As famílias, assim como a sociedade, são estruturas vivas em constantes transformações. Dessas relações complexas e multifacetadas, mesmo que carregadas de afeto, decorrem situações conflituosas. Destaca-se dentre os conflitos familiares mais acirrados, o divórcio. Durante muitos anos, não se admitia o desfazimento do vínculo matrimonial, contudo, a legislação foi lentamente ampara-

ndo a necessidade de permitir o desvencilhamento jurídico de uma relação conjugal já sucumbida.

Respondendo ao problema de pesquisa apresentado, observou-se que o CPC, alterado recentemente, estabeleceu sensíveis mudanças no rito do divórcio. Especialmente nas ações de família, as partes poderão optar pela participação em sessões de mediação, método considerado o mais adequado para tratar os conflitos familiares, pois oferece um espaço acolhedor e apropriado para o debate de questões de ordem emocional não discutidas na via judicial, mas tão vital para restabelecer o diálogo e a harmonia entre os envolvidos.

Ainda, é possível afirmar a aplicação dos meios autocompositivos é satisfatória, pois permite que o procedimento se desenvolva por meio de técnicas e etapas que atendem às particularidades do caso, logo, incentiva a participação e cooperação e promove o empoderamento das partes, que são os protagonistas da solução. Cumpre salientar, que a adoção destes métodos consensuais não tem caráter obrigatório, uma vez que o CPC prevê que quando ambas as partes se recusarem a participar, a sessão não ocorrerá. Visto que, é improvável alcançar o consenso por meio de uma imposição.

Diante do exposto, constata-se que o instituto do divórcio se caracteriza como um importante avanço que vem ao longo dos anos evoluindo no intento de adequar-se às expectativas sociais. Originalmente previsto sob as exigências de certas condições, atualmente o instrumento tornou-se mais acessível, a partir das medidas implementadas pela legislação, com destaque, aos meios autocompositivos previstos na lei processual civil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09 ago. 2020.

_____. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105, de 16 março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 ago. 2020.

_____. *Lei n. 11.411, de 04 de janeiro de 2007*. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm>. Acesso em: 09 ago. 2020.

_____. *Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008*. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm>. Acesso em: 09 ago. 2020.

_____. *Lei 13.140, de 26 de junho de 2015*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 09 ago. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIELLO, Luiza. *Divórcio consensual em cartório não é possível caso a mulher esteja grávida*. Agência CNJ de Notícias, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81959-divorcio-consensual-em-cartorio-nao-e-possivel-caso-a-mulher-esteja-gravida>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos: da teoria à prática*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil*. M2016. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wpcontent/uploads/2017/05/Media%C3%A7%C3%A3o-autonomia-e-vontade-a%C3%A7oes-familiares-no-NCPC.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2020.

INDENIZAÇÃO POR UTILIZAÇÃO EXCLUSIVA DE BEM COMUM PENDENTE DE PARTILHA⁸⁸

INDEMNITY FOR EXCLUSIVE USE OF COMMON GOODS PENDING SHARING

Pietra Mikaela Gaeier Alves⁸⁹

Rafael Augusto Costa Knoener⁹⁰

1 INTRODUÇÃO

A união entre as pessoas é a regra entre os relacionamentos sociais desde o início dos tempos, e dentre as vivências e compartilhamentos de vida, o casal comumente adquire uma quantidade significativa de bens, que poderiam ter ambos os consortes como titulares a depender do regime de bens escolhido. Com a possibilidade de dissolução do casamento e da união estável, cresce a discussão quanto à questão patrimonial do ex-casal, considerando que alguns bens estavam em mancomunhão, ou seja, pertenciam a ambos mesmo após a separação de fato ou, inclusive, após sua chance jurídica, consequência de a partilha de bens ainda não ter sido efetivada.

O uso exclusivo de bem comum ocorre quando, desta separação sem meação, um dos cônjuges permanece no imóvel que é de titularidade de ambos por imposição legal. Discute-se se essa utilização exclusiva geraria um dever de indenizar o cônjuge que está sendo restringido dos direitos inerentes à propriedade, qual a natureza dessa indenização e desde quando ela seria exigível.

2 PROBLEMA

É possível a indenização da utilização exclusiva, pelo consorte, de bem que pertence ao casal que resta separado, mas sem efe-

88 Artigo elaborado para o IV Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa - EGRUPE. Grupo de trabalho 4, sob orientação do prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa.

89 Bacharelanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: pietramikaela@hotmail.com

90 Bacharelando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: rafaelknoener@gmail.com

tiva partilha? Se afirmativa, qual a natureza dessa indenização e seu termo de início?

3 HIPÓTESE

Ainda que possuidor seja proprietário do bem, pelo fato de não o ser de forma exclusiva, aquele outro que se sentir restringido da posse, poderá buscar a indenização cabível. Tal indenização deve ser entendida como aluguel, a partir da aplicação subsidiária das regras sobre condomínio às relações regidas pela mancomunhão, tendo como termo inicial a notificação judicial ou extrajudicial do possuidor exclusivo, entendendo-se a situação anterior a isso como mero comodato.

4 METODOLOGIA

Para a elaboração do trabalho foi utilizado o método dedutivo, onde foram pesquisados diversos autores doutrinários, bem como foram feitas consultas na legislação e jurisprudência pertinentes ao objeto da pesquisa.

5 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

No tocante à utilização de bem comum antes da partilha, deve-se destacar que o bem comum é consequência da formação de aquestos, ou seja, com a escolha de regime de bens pelo casal, a depender desse, a lei determina que certos bens pertençam a ambos durante a constância do casamento ou da união estável. Esse regime de mancomunhão não deve ser confundido com o condomínio, pois nesse pode haver quotas partes diferentes para cada condômino, pode ser dissolvido de forma judicial ou extrajudicial, e deriva de relação meramente real.

Por uma das partes não exercer nenhuma das faculdades inerentes do domínio, discute-se a configuração, no caso, de enriquecimento sem causa. Para tanto, é necessário que sejam preenchidos alguns requisitos, que são, segundo Tartuce (2019, p. 311), o enriquecimento do *accipiens*, o empobrecimento do *solvens*, nexo de causalidade entre esse enriquecimento/empobrecimento, a ausência de justificativa para tanto e inexistência de ação específica. Como se encontram presentes, a hipótese em comento configura enriquecimento sem causa do possuidor exclusivo, havendo possibilidade de responsabilização pela via judicial.

A natureza dessa indenização é objeto de grande debate na doutrina e jurisprudência, por vezes sendo entendida como aluguel, por vezes como alimentos compensatórios ou como alimentos *in natura*. A ideia de que se trate de uma prestação de aluguel decorre da aplicação subsidiária das regras de condomínio aos casos de mancomunhão, respondendo o possuidor exclusivo pelos frutos percebidos e pelo dano causado, conforme artigo 1.319 do Código Civil, a partir do pagamento de metade do valor estimado do aluguel do bem comum. Aqueles que defendem se tratar de hipótese de alimentos compensatórios, justificam sua posição no art. 4º da Lei de Alimentos (Lei nº 5.478), que traz o fato gerador dessa modalidade como o “desequilíbrio econômico-financeiro advindo do término afetivo” (BRASIL, 1968), devendo o possuidor exclusivo prestar mensalmente metade do valor estipulado de aluguel, além do dever de prestar contas do bem. Seria hipótese de alimentos *in natura* se o possuidor exclusivo do bem fosse credor de alimentos, não restando qualquer encargo ao possuidor; vale destacar que parte da doutrina acredita que esta hipótese só seria cabível se fosse opção do alimentante (ROSA, 2019, p. 522).

Com relação ao termo inicial da cobrança, houve discussão a cerca de três possibilidades: considerada a partir da separação de fato do casal, a partir da notificação ao possuidor exclusivo ou somente a partir da partilha. Se a separação de fato fosse levada em conta, nenhum dos consortes poderiam exercer a posse sobre aquele bem, sob pena de indenização, até que se consume a partilha, e, em razão da partilha poder ser concedida inclusive após o divórcio, é um dos procedimentos mais demorados do ordenamento jurídico brasileiro, fazendo com que diversos imóveis restassem abandonados, indo contra a função social da propriedade, um dos princípios consagrados pela Constituição Federal. Mais adequada a tese de que, com a insatisfação daquele privado da posse, sendo essa notificada ao possuidor de forma judicial ou extrajudicial, devendo ser comprovada por ata notarial nesse caso (ROSA, 2019, p. 305), surge o dever de indenizar; essa tese leva em consideração que a posse é uma faculdade, ou seja, aquele que não está exercendo a posse, pode abrir mão de fazê-lo, não restando, portanto, dever de indenizar. A tese de que somente cabe indenização após a partilha se sustenta no fato de que alguém não poderia ser condenado por exercer uma faculdade que lhe é garantida por lei, somente havendo responsabilidade se possuidor impedir de forma direta ou indireta a utilização pelos demais proprietários.

Quanto às pesquisas jurisprudenciais, o Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul (TJ-RS) no ano de 2007, julgou no entendimento de

que embora os bens comuns pertençam à ambos, no estado de mancomunhão enquanto não procedida a efetivação da partilha, é descabida a fixação de indenização em favor daquele que não utiliza os bens comuns. Neste caso concreto, o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos entende que é possível à indenização pelo uso exclusivo de bem comum enquanto não realizada a partilha, destacando que apesar do estado de mancomunhão, com a separação fática do casal, a posse passa a ser exercida por apenas um deles. Outra decisão do TJ-RS, agora em 2012, julgou sobre o tema no entendimento de que embora sendo viável o cabimento de indenização à título de alugueres quando da utilização exclusiva de bem imóvel comum, aquele que se sentir privado da fruição do imóvel, enquanto não for calculado o percentual que cabe a cada um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros no valor da avaliação do bem imóvel, descabe a fixação de 50% o valor apontado como sendo o de mercado, pois não haveria divisão igualitária.

Por fim, duas jurisprudências do ano de 2019 do TJ-RS julgaram no entendimento de ser cabível a verba indenizatória ao cônjuge ou companheiro que não usufrui do bem comum do casal, mas somente quando for definida a parte que pertence a cada um, ou seja, somente com a efetivação da partilha. Já a outra jurisprudência adotou alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e entende que, rompido o relacionamento, ocorrendo a separação ou o divórcio do casal, cessa o estado de mancomunhão enquanto perdurar o casamento ou a união estável e passa para o estado de condomínio, e mesmo estando em objeto de partilha é cabível a indenização por quem utilizou de forma exclusiva o bem comum, porém, necessário que tenha sido definido por qualquer meio inequívoco a parte que pertencia a cada um, além da identificação dos bens comuns.

6 CONCLUSÃO

A indenização pela utilização exclusiva de bem comum pendente de partilha é possível nos casos em que o bem, por imposição legal, integra aquestos, configurando mancomunhão. Esta indenização serve como um modo de equilíbrio entre as partes de uma relação que chegou a seu fim, para que ambos os titulares daquele bem possam usufruir do bem que lhes pertence, mas, principalmente, serve de incentivo à realização da partilha, pois se não houvesse nenhum ônus para o possuidor exclusivo do bem, ele ficaria confortável em sua situação, não se importando se o outro consorte

estaria de acordo ou não. Com a efetiva notificação à ele do descontentamento do outro titular que não está exercendo as faculdades da propriedade e com a ameaça de restituir pelo uso exclusivo, há um estímulo para que os aquestos sejam meados e não mais se fale em pluralidade de titulares sobre aquele bem, cessando assim o dever de indenizar se no bem particular apenas exerce a posse o seu proprietário singular.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 15 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968**. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm. Acesso em 15 nov. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 622472. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 de agosto de 2004. **Resp 622472**. Brasília, 20 set. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1470906. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 06 de outubro de 2015. **Resp 1470906**. Brasília, 15 out. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70017729302. Relator: Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, RS, 28 de fevereiro de 2007. Apelação Cível. Porto Alegre, 08 mar. 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70049270218. Relator: Relator Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, RS, 12 de julho de 2012. Agravo de Instrumento. Porto Alegre, 17 jul. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70079465423. Relator: Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS, 04 de abril de 2019. Agravo de Instrumento. Porto Alegre, 09 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70081730244. Relator: Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS, 26 de setem-

bro de 2019. Agravo de Instrumento. Porto Alegre, 30 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 197**. O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 1997. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_14_capSumula197.pdf. Acesso em: 15 nov. 2019

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FIGUEIREDO, Luciano L. Alimentos compensatórios: compensação econômica e equilíbrio patrimonial. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Famílias nos- sas de cada dia**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 553 - 570.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 5: direito das coisas. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A família e a questão patrimonial**: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RAMOS, André Luiz Arnt. Uso exclusivo de coisa comum não partilhada: a relevância da posse segundo o acórdão que julgou o Resp 1.250.362/RS. **Revista OAB/RJ**, Rio de Janeiro, edição especial direito civil, 2017.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

O AFLORAR DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA CONVIVÊNCIA FAMILIAR ANTE A PANDEMIA DE COVID-19⁹¹

THE OUTCROP OF THE PRINCIPLE OF SOLIDARITY IN FAMILY EXPERIENCE FACED WITH THE COVID-19 PANDEMIC

Ellen Souza Martins⁹²

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata dos impactos da convivência familiar intensa, por conta do isolamento social imposto pela pandemia mundial de COVID-19, trazendo à luz o afloramento do princípio da solidariedade no campo das relações familiares.

Para o desenvolvimento dessa pesquisa serão apresentadas análises quanto as perspectivas legais e possíveis impactos que a atual pandemia enseja nos núcleos familiares.

Na medida que, o atual cenário de calamidade pública no País (BRASIL, 2020a), trouxe-se severas restrições de circulação de pessoas, bem como imposições de isolamento social, questiona-se qual o impacto dessa mudança abrupta nas relações familiares, bem como no funcionamento das unidades familiares.

Dessarte, o objetivo geral do presente estudo é pesquisar qual o impacto da pandemia do ano de 2020 nas relações familiares, especificamente quanto ao princípio da solidariedade, e os seus desdobramentos nas mudanças relacionais do ambiente doméstico, frente ao isolamento social.

91 Artigo desenvolvido para o IV Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa – EGRUPE, Grupo de trabalho 04- Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos. sob orientação do prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, no âmbito do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

92 Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural, Pós Graduanda em Ciências Criminais, Direito de Família e Sucessões, e em Direito e Processo Tributário pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: ellenssmartins@gmail.com.

Em um primeiro momento, busca-se verificar a importância do princípio da solidariedade, até chegarmos ao seu desdobramento prático na aplicação, ou não, do seu desenvolvimento nas relações familiares.

2 PROBLEMA

Como o princípio da solidariedade está sendo evidenciado pela pandemia de COVID-19, com o isolamento social das famílias?

3 HIPÓTESE

Se o isolamento social foi meio de evidenciar a necessidade de divisão equitativa dos cuidados com os filhos, então o princípio da solidariedade é um dever a ser exercido de forma mais ampla por todos os membros da entidade familiar, trazendo ao mundo fático esse dever legal.

4 METODOLOGIA

A metodologia utilizada no presente trabalho foi o método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio de revisão da doutrina e legislação pertinentes ao objeto da pesquisa.

5 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A pandemia causada pela doença COVID-19, vírus SARS-CoV-2, gerou diversas mudanças sociais, como medidas restritivas de locomoção, isolamento e distanciamento social, transformando as relações humanas, modificando a dinâmica diária das famílias, bem como as medidas relacionadas ao direito de família, ao passo que foram criadas novas formas de convivência familiar, gerando novos meios de interações sociais.

O cenário pandêmico gerou isolamento e ao mesmo tempo proximidade, o isolamento das pessoas em seus lares sem acesso aos demais membros da sociedade, e o compartilhamento de rotinas entre as famílias, que antes conviviam apenas em momentos esparsos como jantares, finais de semana e férias, agora tem de se adaptar à nova rotina de convívio diário.

Nessa nova realidade temos pais, mães e filhos refletindo sobre a sua vida, sobre como podem se adaptar a esses modelos de convivência. Com o isolamento social àqueles que residem no mesmo local foram postos em uma rotina compartilhada, gerando proximidade dos residentes,

mas ao mesmo tempo afastamento das outras interações sociais. Antes, momentos que eram raros, hoje são constantes e essenciais, como por exemplo o genitor ou responsável que auxilia o filho a conectar-se na aula em EAD, ou o que ensina uma receita de bolo, ou ainda aquele que tem de parar os seus afazeres, diversas vezes ao dia, para prestar um auxílio, ou simplesmente dar atenção a sua prole.

Com o transcurso do tempo, sem perspectiva de retorno a vida sem isolamento, as relações humanas e de trabalho tiveram de se adaptar à nova realidade, levando aos lares os ambientes dos escritórios, das escolas, fazendo com que o trabalho remoto, chamado *home-office*, seja o novo “normal”. Assim, os genitores que antes detinham a maior parte do seu dia ao labor em ambientes profissionais, foram conduzidos a modalidade residencial, vendo um mar de tarefas surgir, pois antes enquanto trabalhavam tinham a participação de profissionais da área da educação, da saúde, dos serviços gerais, para o seu auxílio, mas agora tem de absorver toda essa gama de profissões, a fim de que possam desenvolver todas as demandas diárias dos membros do seu núcleo familiar.

Com essa nova perspectiva, cada dia mais as famílias estão percebendo que a falta do compartilhamento de tarefas, a falta de uma divisão equitativa, gera um desequilíbrio nas relações familiares, acarretando diversos problemas emocionais por conta da sobrecarga sofrida do que carrega sozinho as multitarefas do lar.

O ano de 2020 evidenciou que, as relações familiares devem colocar em prática o conceito de família, em sua verdadeira acepção, na medida que, conforme definição constante no Dicionário Houaiss, família é o “núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantêm entre si uma relação **solidária**”. (grifo nosso).

Importante ressaltar que, quando falamos em relação familiar não nos referimos apenas a situação conjugal, ou marital, mas a relação em que há existência de vínculos, sejam eles sanguíneos ou afetivos.

Posto isso, cabe lembrar que a obrigação de criação dos filhos é de ambos os genitores, ou seja, não é atribuição exclusiva daquele que possui a guarda, ou somente ao que reside com a criança/adolescente exercer todo o poder familiar decisório, na medida que a Constituição

Federal, em seus artigos 227⁹³ e 229⁹⁴, atribui à família os deveres de educar, de convivência, de respeito à dignidade dos filhos, da primazia pelo desenvolvimento saudável do menor, de assistir, criar e educar.

Enquanto, o Código Civil, em seu artigo 1.634⁹⁵ coloca como competência de ambos os pais a criação, a educação, o sustento, o exercício da guarda compartilhada ou unilateral, bem como diversos outros pontos. Permanecendo tais competências mesmo com a dissolução da sociedade conjugal, “[...] após o divórcio dos pais. Mesmo se qualquer deles constitui nova família, persistem os deveres e direitos parentais” (DIAS, 2010, p. 3), uma vez que, a dissolução é da conjugalidade e não da parentalidade.

Portanto, conforme Paulo Lobo nos esclarece vemos que, “a solidariedade é fato e direito; realidade e norma” (LOBO, 2020, p. 4), assim sendo um dever moral e legal, para aqueles que possuem as suas obrigações atreladas ao poder familiar. A família, residente no mesmo local ou em ambientes distintos, é sempre uma entidade colaborativa, devendo ser conduzida por pessoas que cooperem com a criação dos filhos, prestando assistência e cuidados de forma equitativa, para que não falte nada a esses, tanto o âmbito material, quanto no psicológico.

As relações familiares, em sua maioria, desdobram-se de modo discrepante, onerando muito mais o genitor que reside com os filhos, sendo este majoritariamente um encargo feminino, mesmo com a existência da guarda compartilhada como regra no ordenamento atual⁹⁶.

93 CF, art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

94 CF, art. 229: Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

95 CC, art. 1.634: Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V - representá-los, até aos dezoito anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

96 Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada,

Dessa maneira, a quarentena coloca em evidência a necessidade de vermos a solidariedade familiar não apenas como um preceito abstrato, existente na lei, mas sim como uma realidade que deve ser trabalhada por todos os membros daquele núcleo familiar, a fim de que o genitor que exerce chamada paternidade/maternidade solo, ou que mesmo que tenha as responsabilidades divididas por lei, ou guarda compartilhada, não acabe por exercer de fato os seus deveres parentais de modo solo.

Essas novas dinâmicas, por muitos momentos, assoberbam a todos, nos levando a pensar sobre quais novas medidas podem ser tomadas, a fim de que nenhuma das partes em uma relação interpessoal possa ser sobrecarregada, aqui especificamente falando de criação dos filhos e divisão familiar.

Uma boa forma de enxergarmos a adversidade vivida é nos colocarmos como aprendizes do isolamento social, analisando como podemos evoluir, principalmente no campo dos relacionamentos, para então estabelecermos novos meios de divisão de atribuições, sem que nenhuma das partes de uma relação possa ser prejudicada.

“O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado; em uma palavra, de solidariedade civil. [...] A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança inclui a solidariedade entre os princípios a serem observados, o que se reproduz no ECA (art. 4º)” (LOBO, 2020, p. 4).

Assim, vemos que, a criação dos filhos, bem como a convivência familiar foram severamente afetadas pelo isolamento social, sendo que seus impactos só poderão ser de fato mensurados com o passar dos meses, ou anos, em que os laços serão vistos como fortalecidos ou enfraquecidos pela presença, ou distância gerada pela pandemia.

6 CONCLUSÃO

Diante do trabalho apresentado, identifica-se, que o princípio da solidariedade é de suma importância, extrapolando o postulado legal, sendo um vetor norteador das relações familiares, que deve ser cada vez mais colocado de forma prática no desenvolvimento dessas relações, a

a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor

fim de que a qualidade dos relacionamentos possa atingir padrões desejáveis que contemplem os preceitos legais acima citados.

Vale lembrar que a solidariedade não é só patrimonial, é afetiva e psicológica (TARTUCE, 2007, p. 2), portanto, não é um princípio a ser cumprido apenas com ações materiais, se desdobrando às ações afetivas e simbólicas, cujas de fato não podem ser valoradas financeiramente, mas possuem valor imensurável no campo afetivo.

Em suma, o que se quer trazer à luz nesses breves parágrafos é a perspectiva do direito como ciência social, que caminha continuamente com todas as questões humanas, ao passo que está a seu cargo pensar como melhor podem ser desenvolvidas as relações sociais, sendo aqui pautada a convivência familiar, ante uma sociedade que se desenvolve, se transforma, evolui conforme vão surgindo as adversidades, levando o direito a adaptar-se e crescer em conjunto.

Nesse sentido, as mudanças trazidas pela pandemia de COVID-19 devem ser aproveitadas, para que possamos analisar de que forma o isolamento social pode contribuir para a evolução das relações familiares, como meio de chegarmos a um ambiente familiar mais saudável aos seus conviventes, levando o princípio da solidariedade a um novo parâmetro de aplicação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.698, de 13 de Junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Altera o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

BRASIL, **Lei nº 13.979, de 6 de Fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível

em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 09 ago. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **A solidariedade familiar e o dever de cuidado nas uniões homoafetivas**. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_563\)19__a_solidariedade_familiar_e_o_dever_de_cuidado.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_563)19__a_solidariedade_familiar_e_o_dever_de_cuidado.pdf). Acesso em: 11 ago. 2020.

LOBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf. Acesso em: 11 ago. 2020.

TARTUCE, Flavio. **Novos princípios do Direito de Família Brasileiro**. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasileiro+%281%29>. Acesso em: 10 ago. 2020.

O *AMICUS CURIAE* COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO DE FORTALECIMENTO DO DEBATE JURISDICIONAL

“*AMICUS CURIAE* AS A DEMOCRATIC INSTRUMENT TO STRENGTHEN THE JURISDICTIONAL DEBATE”

Grégora Beatriz Hoffmann⁹⁷

RESUMO: Tema recorrente no constitucionalismo contemporâneo, a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional têm o instituto do *amicus curiae* como instrumento viável de participação popular no exercício da jurisdição. Considerando a ampliação de acesso à jurisdição constitucional, bem como a sua importância na tomada de decisões sobre temas relevantes da vida política, econômica e social, seu exercício deve ser democratizado ao máximo possível, tornando o controle jurisdicional transparente e acessível ao povo. Ademais, os *amici curiae* fornecem argumentos que se constituem como ferramentas significativas especialmente na tomada de decisão acerca de questões controversas, assuntos cuja elucidação judicial vá refletir coletivamente em razão da sua forte projeção e transcendência coletiva, ultrapassando a figura e o interesse apenas das partes que integram o litígio inicial. Sendo assim, quanto mais amplo for o debate, mais legítima e democrática será a decisão. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo analisar a conformação atual do *amicus curiae* e sua importância para o fortalecimento do debate jurisdicional. Para tanto, será utilizado o método de abordagem dedutivo e o procedimento monográfico, através da técnica de pesquisa documental e bibliográfica sobre o tema.

97 Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil), na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade II. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Profª Pós-Dra Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da UNISC. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Funcionária pública municipal. E-mail: <gregora.hoffmann@gmail.com>.

Palavras-chave: *amicus curiae*; jurisdição constitucional; constitucionalismo contemporâneo; participação democrática.

1 INTRODUÇÃO

O instituto do *amicus curiae* teve as primeiras conformações no direito romano, porém com características diferentes das atuais, passando a ser utilizado no sistema *common law* inglês, inspirando, posteriormente, o direito nas colônias inglesas da América, onde de fato alcançou amplo desenvolvimento e notoriedade internacional, expandindo-se para outros ordenamentos jurídicos como o brasileiro. Em sua forma originária, a figura do *amicus curiae* tem a neutralidade de suas manifestações como característica, porém, especialmente na transposição do direito inglês para o direito norte-americano, o *amicus curiae* passou por importantes transformações deixando de ser o colaborador desinteressado típico da Corte inglesa para um ente verdadeiramente interessado na solução da causa do caso concreto e no quanto isso interferirá não só nos demais processos semelhantes como na vida dos indivíduos atingidos pelas decisões.

Dessa forma, partindo-se da evolução histórica no *amicus curiae*, serão analisadas as principais características atuais do instituto a fim de verificar qual a sua contribuição para a qualificação das decisões judiciais, simbolizando um espaço de abertura democrática, de diálogo e participação popular sobre assuntos que são de interesse de todos os indivíduos.

2 OBJETIVOS

Como problema de pesquisa tem-se: ante o contexto democrático, o instrumento do *amicus curiae* constitui-se como ferramenta viável para uma maior participação popular na tomada de decisões judiciais, tornando-as mais legítimas? Como hipótese, tem-se que o estímulo à participação de terceiros que não integram a lide inicial, fornecendo argumentos na condição de *amici curiae* constitui ferramenta significativa na tomada de decisão acerca de questões controversas, assuntos cuja elucidação judicial vá refletir coletivamente em razão da sua forte projeção e transcendência coletiva, ultrapassando a figura e o interesse apenas das partes que integram o litígio inicial, configura-se instrumento democrático de ampliação do debate jurisdicional e de legitimação das decisões judiciais. Como objetivo

geral, tem-se o estudo do *amicus curiae* como meio de fomento à participação social no constitucionalismo contemporâneo.

3 METODOLOGIA

Ao longo do presente trabalho será utilizado o método de abordagem dedutivo e o procedimento monográfico, através da técnica de pesquisa documental e bibliográfica sobre o tema.

4 REFERENCIAL TEÓRICO

Na tradução literal, *amicus curiae*, expressão de origem latina, o vocábulo *amicus* tem seu sentido interpretado como “amigo”, enquanto o vocábulo latino *curiae* é empregado como corte ou tribunal. Assim, feitas as devidas contextualizações, a referida expressão latina pode ser traduzida com o significado “amigo da corte” ou “amigo do tribunal” (MATTOS, 2011, p. 14-15).

Todavia, a tradução de uma terminologia jurídica de uma língua para outra não é absoluta e muda de acordo com o sistema jurídico no qual se insere o instituto. Sendo assim, conforme veremos à seguir, no caso do *amicus curiae* do direito norte-americano mais se traduziria como *amicus partis* ou em um *amicus causae*, isto é, um terceiro alheio ao processo que dele participa com o intuito de defender uma tese de repercussão coletiva e/ou trazer esclarecimentos ao tribunal (MACIEL, 2002, p. 1).

Embora em uma conformação distinta da atual, para a maioria dos doutrinadores as origens do instituto do *amicus curiae* remontam ao direito romano, tendo suas raízes na figura do *consiliarius* ou *iuris peritus*, típico no direito romano como espécie de auxiliar do juízo (RAZABONI, 2009, p. 8).

A reunião dos *consiliarius* formava o *consilium*, um órgão colegiado de função consultiva em várias áreas do conhecimento (política, financeira, religiosa etc.), e o magistrado poderia consultá-los, quer de modo individual (na qualidade de *iuris peritus*), quer como integrante do *consilium* para complementar seu conhecimento jurídico. Sendo assim, nesse período a intervenção era condicionada à convocação do magistrado e sua colaboração era prestada conforme seu próprio e livre convencimento, revestida de neutralidade, com o objetivo de desempenhar funções primordialmente periciais, observados os princípios gerais de direito, assim como suas opiniões e pareceres também não vinculavam o magistrado (RAZABONI, 2009, p. 8-9).

Ademais, a figura do *amicus curiae* já era prevista nos chamados “Year Books” do direito inglês medieval, nos séculos XIV a XVI, ainda que com função meramente informativa e supletiva, auxiliando a Corte em situações fáticas e de direito relacionadas ao processo em julgamento (DEL PRÁ, 2011, p. 25).

Foi justamente no sistema *common law* inglês, na condição de auxiliar da Corte, evidenciando erros manifestos dos processos ou trazendo precedentes desconhecidos ou ignorados pelo juiz, que o instituto de fato se desenvolveu (BISCH, 2010, p. 19). Na época vigia o sistema judicial *adversarial system* na Inglaterra. Sendo assim, o julgamento era compreendido como um duelo, excessivamente bipolar, onde duas partes eram colocadas em oposição, frente de um julgador passivo, sendo os advogados os protagonistas do processo e principais responsáveis pela atividade probatória (BISCH, 2010, 28).

O sistema trial (partes adversárias e juiz) ainda que assegurasse grande liberdade aos litigantes na condução do processo, também dava espaço a intentos pouco legítimos das partes. Com isso, a seriedade do processo judicial e da administração da justiça ficavam comprometidas já que por vezes as partes compareciam em juízo intenção fraudulenta e colusiva. Outrossim, a limitação à manifestação das partes no processo prejudicava a paridade, visto que litigantes melhores assessorados e com mais recursos tinham vantagem na defesa de seus interesses.

Ocorre que os interesses defendidos pela parte em desvantagem podiam extrapolar a sua esfera particular e prejudicar outras pessoas que estavam ou vissem a estar em situação semelhante. Além disso, a decisão judicial gera precedente e isso reflete no entendimento de processos subsequentes na mesma matéria, especialmente em países que adotam o sistema *common law*, sistema este onde a principal fonte do Direito são os precedentes judiciais (DEL PRÁ, 2011, p. 26).

Em nome desses terceiros que também seriam afetados pelas decisões judiciais que a participação do *amicus curiae* passou a ser cada vez mais justificada, auxiliando a corte no julgamento de questões que transcendiam seu conhecimento técnico. A evolução e a ampliação das funções do instituto se deu especialmente por obra da jurisprudência no sistema inglês e representou a democratização do sistema *adversary system*, na medida em que a participação do *amicus curiae* permitiu um diálogo efetivo do juízo com os reais destinatários, diretos ou indiretos, das decisões judiciais (RAZABONI, 2009, p. 17). Tal intervenção era dotada de neutralidade, isto é, o “amigo da Corte” era absolutamente desinteressado na causa e partic-

ipava do processo no exclusivo interesse da justiça, mencionando os precedentes cabíveis ainda não examinados pela corte julgadora assim como questões jurídicas e fáticas eventualmente úteis e relevantes para a solução do litígio, tutelando o prestígio da corte e evitando decisões manifestamente equivocadas (RAZABONI, 2009, p. 14).

Disciplinado no Regimento Interno da Suprema Corte dos Estados Unidos, na *Rule* (regra) 37, o *amicus curiae* na transposição para o direito norte-americano passou a abandonar gradativamente a neutralidade, atuando em prol dos interesses de uma coletividade específica ou de um particular (MATOS, 2011, p. 18).

Mais do que um mero colaborador técnico interessado na administração da justiça, o *amici* passa a participar ativamente do processo fornecendo informações e dados históricos, filosóficos, econômicos, médicos, biológicos valendo-se de poderes antes apenas reservados às partes do processo, que não só subsidiam e qualificam as decisões judiciais como simbolizam um espaço de abertura democrática, de diálogo sobre assuntos que são de interesse de todos os indivíduos (RAZABONI, 2009, p. 19).

Em razão do aumento do número de casos com a intervenção do *amici curiae*, a Suprema Corte norte-americana resolveu dispor sobre os modos de ingresso e de atuação do *amicus curiae* em juízo, alterando a *Rule* 37 (*Brief for an amicus curiae*) de seu próprio regimento interno. De acordo com a nova redação da *Rule* 37 ficou reconhecido que o *amicus curiae* desempenha papel importante à justiça, vem para “oxigenar” o processo, vez que traz ao conhecimento da corte novas informações relevantes ou questões não suficientemente discutidas pelas partes, enriquecendo a discussão da matéria posta a julgamento (RAZABONI, 2009, p. 19).

Percebe-se que ainda que o *amicus* compareça em juízo e defenda indiretamente os interesses de uma das partes ou, ainda, seus próprios interesses, atualmente, o verdadeiro objetivo da intervenção do *amicus*, ampliar o debate judicial, promovendo uma verdadeira abertura à participação da sociedade, em especial por meio de representantes de seus movimentos sociais, de estudiosos e de técnicos a fim de legitimar as decisões judiciais, principalmente nas ações que visam ao controle de constitucionalidade (RAZABONI, 2009, p. 32).

Considerando que os tribunais constitucionais têm concentrado a interpretação acerca dos direitos fundamentais dentro de uma “sociedade aberta”, sociedade está propugnada por Peter Häberle, envolvendo temas de grande repercussão que atingem a comunidade em geral, no processo de interpretação da Constituição não é possível estabelecer um

elenco fechado de intérpretes. Ademais, tal interpretação deve estar adequada a uma à sociedade pluralista ou à tal chamada sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, abrindo a possibilidade para que diferentes vozes possam contribuir para a análise e o entendimento do tema em discussão (RAZABONI, 2009, p. 2).

Sendo assim, o propósito fundamental da adoção da figura no processo constitucional é a pluralização do debate constitucional e a superação da grave questão sobre a legitimidade democrática das decisões proferidas em jurisdição constitucional concentrada.

O risco que a judicialização pode representar para a legitimidade democrática, sem desconsiderar a participação da sociedade na tomada de decisões políticas relevantes o *amicus curiae* surge como fator de “legitimação social”, valioso instrumento para a pluralização do processo, abrindo-se a possibilidade para que em controle concentrado a sociedade intervenha através da participação de entidades e instituições efetivamente representativas de interesses gerais da coletividade (FERRAZ, 2008, p. 67).

O instituto torna-se um caminho possível para que a sociedade possa participar de decisões constitucionais sobre matérias relevantes e de enorme ressonância social, política e econômica. Dessa forma o *amicus curiae* torna-se verdadeiro intermediário entre o Tribunal Constitucional e a jurisdição constitucional, ampliando o acesso à justiça, e de quebra democratiza e legitima o controle de constitucionalidade no Brasil (FERRAZ, 2008, p. 72)

Ante o exposto, percebe-se que o *amicus curiae* é um instrumento de origem democrática, permitindo que terceiros alheios ao processo subjetivo inicial nele ingressem para trazer matérias relevantes, discutir objetivamente teses, favorecendo determinado ponto de vista, que vai afetar toda a sociedade. Em razão dos precedentes judiciais, as decisões dos Tribunais vão dizer o Direito, isto é, o que a lei significa. Isso explica a disseminação do instituto nos países adeptos ao sistema da *common law* (MACIEL, 2002, p. 1).

Na condição de participante legítimo dentro de um contexto de construção democrática de direito, pode-se afirmar que caso o *amicus curiae* mantivesse a imparcialidade não contribuiria da forma como é esperada na atualidade. Com a sua evolução e função dentro dos sistemas jurídicos, espera-se uma inteligente contribuição do instrumento sobre os problemas apresentados, considerando a repercussão dos mesmos sobre os integrantes da sociedade (BAZÁN, 2014, p. 26).

Dessa forma fica clara a importância dos segmentos sociais, sejam eles oficiais ou não na formação da Justiça, participação que torna a tomada de decisão judicial mais democrática e representativa.

5 CONCLUSÃO

A democracia deve ser compreendida como um projeto de vida ativa de participação em processos deliberativos para muito além do sufrágio, do votar e ser votado. Trata-se de um conceito muito mais abrangente, uma orientação de vida ativa e participação direta nos processos deliberativos, contínua e difusa.

A atuação participativa da sociedade e de seus membros, isto é, uma esfera pública que instiga, investiga, pauta e controla, promove um controle sobre Estado como um todo e os momentos de cidadania ativa são capazes de neutralizar qualquer déficit democrático provocado pelo deslocamento do centro da gravidade política do Parlamento para o Judiciário.

Em consonância com o contexto democrático, o “amicus curiae” é uma importante figura processual sendo que o “amigo da corte” intervéem no processo interessada numa boa solução para a causa, prestando auxílio ao julgador, como elemento democrático no processo judicial. A abertura do processo com a participação de entidades e instituições que de fato representem os interesses gerais da coletividade ou fatores relevantes para classes, grupos ou camadas sociais tem por finalidade ampliar, pluralizar e justamente democratizar o processo, qualificando e tornando mais legítimas as decisões judiciais.

6 REFERENCIAS

BAZÁN, Víctor. Amicus curiae, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional. Revista Derecho del Estado, n.º 33, p. 3-34, jul-dez. 2014.

BISCH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*: um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdiccional. Curitiba: Juruá, 2011.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O amicus curiae e a democratização e a legitimação da jurisdição Constitucional concentrada Revista Mestrado em Direito, Osasco, Ano 8, n.1, 2008, p. 53-72.

MACIEL, Adhemar Ferreira. “Amicus curiae”: um instituto democrático. Revista de informação legislativa, v. 38, n. 153, p. 7-10, jan./mar. 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/742>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. Amicus Curiae: hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

RAZABONI, Olívia Ferreira. Amicus Curiae: Democratização da Jurisdição Constitucional. 2009. 163 f. Dissertação (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

O CABIMENTO DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE NA PRESTAÇÃO ALIMENTAR ENTRE PAIS E FILHOS: UMA ANÁLISE DOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

THE RELATIVIZATION FIT OF RECIPROCITY PRINCIPLES IN THE MAINTENANCE GRANT BETWEEN PARENTS AND CHILDREN: AN ANALYSIS OF THE CASES JUDGED IN THE COURT OF JUSTICE IN THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL

Marina Dezotti Gatto⁹⁸

Grupo de Trabalho 04: Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos.

1 INTRODUÇÃO

A obrigação alimentar visa, mormente, o resguardo do direito de viver de forma digna, bem como ser preservada a subsistência do indivíduo. Tal obrigação advém de prestações devidas com o intuito de satisfazer as necessidades de quem não possui a capacidade de provê-las de forma autônoma. A regulação da obrigação alimentar, portanto, se mostra de suma importância, uma vez que o direito à subsistência é caracterizado como direito fundamental, intrínseco a qualquer ser humano.

Conforme dispõe o artigo 1.694 do Código Civil, é consagrada a viabilidade de parentes e cônjuges ou companheiros pretenderem, uns aos outros, os alimentos que necessitarem. Nesse diapasão, manifesta a presença do princípio da solidariedade social⁹⁹, bem como da dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal, demonstrando que a responsabilidade não é única e restrita.

98 Bacharelada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa e vinculado no CNPq. E-mail: dezottimarina@gmail.com.

99 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2020)

Subsiste na doutrina brasileira o trinômio alimentar: necessidade, possibilidade e proporcionalidade. Assim, quando da eventual obrigação alimentar, devem ser observados estes pilares, uma vez que o valor deve suportar as necessidades do alimentando, assim como estar em conformidade com as possibilidades financeiras do alimentante.

O artigo 229 da Constituição Federal, por sua vez, demonstra que, assim como os pais possuem o dever de assistir aos filhos, estes, atingida a maioridade, possuem o mesmo dever quando da velhice e/ou necessidade dos genitores. Portanto, em havendo a carência, os ascendentes podem demandar alimentos contra os descendentes, a fim de cessar tal condição.

Especificamente no âmbito da prestação alimentar entre pais e filhos, dispõe o artigo 1.696 do Código Civil acerca da reciprocidade entre estes no que tange à obrigação, a qual, contudo, não é absoluta.

Nessa esteira, inicialmente serão abordados os alimentos em linhas gerais, buscando expor suas características, assim como suas peculiaridades. Ato contínuo, analisar-se-á o princípio da reciprocidade, junto aos critérios atribuídos para que haja sua relativização. Por fim, serão examinados julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, intentando evidenciar se imperam os princípios ou a relativização destes quando do abandono pelos genitores na menoridade dos filhos.

2 PROBLEMA

Não obstante haja o princípio da reciprocidade, junto ao princípio da solidariedade familiar, estes devem prevalecer frente à obrigação alimentar e o princípio da dignidade da pessoa humana quando do abandono afetivo e/ou material pelos genitores?

3 HIPÓTESE

A priori, entende-se pela prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana no conflito com a relativização da reciprocidade na prestação alimentar entre pais e filhos e o princípio da solidariedade familiar, porquanto a dignidade da pessoa humana é o princípio norteador de todas as relações.

4 METODOLOGIA

A metodologia da presente pesquisa terá como abordagem o método hipotético-dedutivo, utilizando-se de revisão da doutrina e leg-

islação pátria. A pesquisa será abordada qualitativamente, com caráter exploratório, através de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio de doutrina, contemplando também jurisprudências, normas constitucionais e infraconstitucionais.

5 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Previsto pelo artigo 1.694 do Código Civil, a prestação de alimentos é o dever, imposto por lei, que os parentes e cônjuges ou companheiros possuem a fim de garantir a subsistência do alimentando. Este tema é de suma importância para o Estado, uma vez que ele estabelece a obrigatoriedade de manutenção dos indivíduos por aqueles que os cercam, protegendo este direito de forma incisiva. Neste seguimento, percebe-se que cabe ao Estado garantir, bem como oferecer meios para que a satisfação da prestação seja alcançada. A exemplo disso, tem-se desde o desconto em folha de pagamento, até a prisão civil do inadimplente, em casos mais extremos. “O instituto dos alimentos é considerado de ordem pública [...] estando escorado o direito alimentar no princípio da solidariedade humana e reconhecendo a legislação civil o recíproco direito aos alimentos entre parentes, cônjuges ou companheiros.” (MADALENO, 2020, p. 933).

A palavra alimentos no ordenamento jurídico brasileiro possui um significado mais abrangente. Assim “alimentos, em direito de família, tem o significado de valores, bens ou serviços destinados às necessidades existenciais da pessoa, em virtude de relações de parentesco, quando ela própria não pode prover, com seu trabalho ou rendimentos, a própria manutenção.” (LÔBO, 2018, np.). Portanto, correspondem a alimentos todos aqueles recursos indispensáveis para a manutenção de um indivíduo, a saber, vestuário, moradia, alimentação, saúde, educação, dentre outros.

No ordenamento pátrio, todas as relações são guiadas e preservadas pelos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Desse modo, sendo os direitos fundamentais normas de ordem pública, cuja eficácia não pode ser afastada, resta caracterizada a obrigação de prestar alimentos como direito à vida, fundada, principalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana. Arelado a ele, está o princípio da solidariedade familiar, o qual determina que o dever de prestar alimentos está consubstanciado “na solidariedade humana e econômica que deve imperar entre os membros da família ou os parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico.” (RIZZARDO, 2019, p. 666). O princípio da solidariedade é

um dos pilares da relação familiar específico à prestação alimentar; nele está contido o dever da reciprocidade. Sendo assim, “o pagamento desses alimentos visa à pacificação social, estando amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, ambos de índole constitucional” (TARTUCE, 2019, p. 572). Portanto, tendo em vista que o direito à subsistência é um direito fundamental, o crédito alimentar existe para que tal direito seja respeitado.

A obrigação alimentar possui diversas características intrínsecas, quais sejam, algumas delas, a indisponibilidade e irrenunciabilidade, a intransmissibilidade, incompensabilidade, irretroatividade e, também, a reciprocidade.

O artigo 1.696 do Código Civil refere que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaiando a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.” A reciprocidade existe, uma vez que “se um dia eu pude receber alimentos, um dia eu posso ter que prestá-los” (ROSA, 2020, p. 535). Sendo assim, o *Códex* prevê este dever, restando evidente que, assim como os descendentes possuem o direito de pleitear alimentos em face dos ascendentes, também possuem o dever de ampará-los quando necessário.

Aludindo estritamente quanto à reciprocidade entre os pais e filhos, percebe-se que essa previsão impera, haja vista que, quando da menoridade, os ascendentes provêm educação, alimentação, vestuário; condição essa que, todavia, pode ser invertida quando da velhice dos genitores. Nesse sentido, há a presunção de que, uma vez provido pelos ascendentes, é incumbência dos filhos auxiliarem da mesma forma.

Existem três pressupostos para a concessão de alimentos, quais sejam, a proporcionalidade, necessidade e possibilidade. Portanto, caracterizado este trinômio, há a viabilidade de pleitear alimentos em face dos filhos, em decorrência, sobretudo, dos princípios da solidariedade e reciprocidade.

Ainda que obrigação possa ser dinâmica, conforme o caso concreto, existem, de outra forma, hipóteses em que essa obrigação será relativizada, de modo a eximir o descendente de prestar alimentos. Em que pese não haja uma norma expressa para tanto, se estabelecem analogias e analisam-se julgados.

Uma das hipóteses em que se presume o afastamento da obrigatoriedade da prestação alimentar é a destituição do poder familiar, decorrente das ações arroladas no artigo 1.638 do Código Civil. A destituição

ocorre por ações descomedidas por parte dos pais, que, por algum motivo, causaram determinado sofrimento para os filhos.

Nesse sentido, restou editado o Enunciado 34 do IBDFAM¹⁰⁰, o qual menciona ser possível a relativização do princípio da reciprocidade entre pais e filhos quando da perda do poder familiar do pai ou da mãe que abandona moral ou materialmente. Isso significa dizer que, uma vez negado o direito aos filhos, o genitor não poderá, futuramente, pleitear a obrigação que não cumpriu quando era seu dever.

Isso porque o filho que sofreu o abandono, seja ele material ou moral, esteve desamparado quando mais necessitou, não sendo plausível a exigência de alimentos por alguém que, quando detinha tal obrigação, não o fez. É aqui que paira a insegurança, isto é, quando se coloca a situação supra, frente ao princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar e da reciprocidade; o que já vem sendo debatido pela doutrina e pela jurisprudência.

Nessa acepção, possível a relativização do princípio da reciprocidade da obrigação dos filhos prestarem alimentos aos pais quando estes não prestaram a assistência necessária, bem como não concederam suporte emocional, ou seja, “em síntese, somente pode contar com a solidariedade quem foi solidário” (ROSA, 2020, p. 535).

Realizando uma análise das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, possível perceber que já em 2007¹⁰¹ entendeu-se que a solidariedade familiar é pressuposto para a reciprocidade. Na hipótese, os alimentos não foram concedidos, com fundamento na

100 “É possível a relativização do princípio da reciprocidade, acerca da obrigação de prestar alimentos entre pais e filhos, nos casos de abandono afetivo e material pelo genitor que pleiteia alimentos, fundada no princípio da solidariedade familiar, que o genitor nunca observou.” (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Enunciado 34 do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM**. S.d. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 22 jul. 2020.)

101 ALIMENTOS. SOLIDARIEDADE FAMILIAR. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. É descabida a fixação de alimentos em benefício do genitor que nunca cumpriu os deveres inerentes ao poder familiar, deixando de pagar alimentos e prestar aos filhos os cuidados e o afeto de que necessitavam durante o seu desenvolvimento. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE. Da mesma forma, evidenciado que o genitor não está impossibilitado para o exercício de atividade laboral e não comprova eventual necessidade, injusto se mostra impelir os filhos a arcar com alimentos. Negado provimento ao apelo. (Apelação Cível nº 70019179894, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relatora: Maria Berenice Dias, 09 maio. 2007, DJe 17 maio. 2007).

atitude do recorrente, uma vez que deixou de prestar suporte financeiro e afetivo aos seus filhos, sendo indeferido seu pedido.

Entendimento na mesma tendência permaneceu ao longo dos anos, tendo também, em 2019¹⁰², decidido a Sétima Câmara Cível pelo indeferimento dos alimentos, fundamentando que, diante da inexistência de reciprocidade da mãe para com a filha, não se faz possível a concessão de alimentos, uma vez que tal obrigação está diretamente vinculada ao poder familiar, o qual não foi exercido pela recorrente, não sendo suficiente a demonstração de necessidade pela genitora para embasar o deferimento do pedido.

A Oitava Câmara¹⁰³ converge pela possibilidade da relativização do princípio da reciprocidade, reconhecendo que, não obstante haja comprovação de que o recorrente necessita de auxílio, também há comprovação de que este não exerceu o poder familiar, abandonando material e afetivamente seus descendentes, não sendo deferida, portanto, a prestação alimentar.

Diante dos julgados analisados, entende-se que a demonstração do trinômio alimentar não é o suficiente para a concessão de alimentos. O dever da prestação alimentar vai além da pura proporcionalidade, necessi-

102 APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. PEDIDO DE ALIMENTOS DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE. ABANDONO AFETIVO E MATERIAL. INEXISTÊNCIA DO EXERCÍCIO DO DEVER FAMILIAR. EVENTUAIS NECESSIDADES DA GENITORA QUE NÃO AUTORIZAM A FIXAÇÃO DE ALIMENTOS A SEREM SUPTADOS PELA FILHA. SENTENÇA CONFIRMADA. A leitura atenta da prova carreada aos autos faz concluir que a apelante jamais exerceu a maternidade em relação à filha, cuja guarda fática, desde o nascimento, foi exercida pelo casal que a acolheu, dando-lhe proteção e amparo material, afetivo e emocional, permitindo que se desenvolvesse como pessoa. Por conseguinte, não pode a genitora, decorridos quase 50 (cinquenta) anos, pretender que a filha lhe alcance alimentos, diante da inexistência de reciprocidade. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível, Nº 70081622235, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relatora Sandra Brisolara Medeiros, 31 jul. 2019, DJe 08 ago. 2019).

103 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PRELIMINAR REJEITADA. PEDIDO DE ALIMENTOS DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE. FILHOS ABANDONADOS AFETIVA E MATERIALMENTE PELO PAI. AUSÊNCIA DE SOLIDARIEDADE FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DO DEVER ALIMENTAR. (Apelação Cível, nº 70083212431, Oitava Câmara Cível, TJRS, Relator Ricardo Moreira Lins Pastl, 16 abr. 2020).

dade e possibilidade; ele está amparado na solidariedade familiar e na reciprocidade, princípios que exigem a demonstração do exercício do poder familiar, não levando em consideração somente os laços sanguíneos.

6 CONCLUSÃO

A prestação alimentar, portanto, possui como princípios norteadores a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, assim como a reciprocidade.

À vista disso, conclui-se, com base em doutrina, bem como nos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, o que fundamenta, notadamente, o pedido de alimentos pelos genitores, é o princípio da reciprocidade e da solidariedade familiar.

Sendo assim, nos casos em que não tenha existido o cuidado mútuo quando da menoridade e/ou da necessidade dos filhos, entende-se que não há que se estabelecer o dever de prestação alimentar quando da insuficiência dos genitores, de modo a respeitar o princípio da solidariedade familiar.

Isto posto, em casos de abandono, seja ele moral ou material, a relativização dos princípios da reciprocidade e da solidariedade familiar se mostra cabível devido a sua inobservância.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70019179894. Apelante: A.C.S. Apelado: J.C.S e outros. Relatora: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 09 maio. 2007. DJe 17 maio. 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70081622235. Apelante: O.F.S. Apelado: J.M.F.P. Relatora: Sandra Brisolara Me-deiros. Porto Alegre, 31 jul. 2019. DJe 08 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70083212431. Apelante: V.A.M. Apelado: V.A.M.J e outros. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 16 abr. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Enunciado 34 do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM**. S.d. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 29 jul. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: v. 5 - Direito de Família**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: v. 6 - Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ANA GRAZIELLI SOUZA. **A Reciprocidade na Obrigação de Alimentos Entre Filhos e Pais Deve Ser Absoluta?** 14 jan. 2020. Disponível em: <https://anagraziellisouza.com.br/a-reciprocidade-na-obrigacao-de-alimentos-entre-filhos-e-pais-deve-ser-absoluta/>. Acesso em: 25 jul. 2020.

O “NOVO” MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO: É POSSÍVEL CONCILIAR O DIREITO HUMANO À ÁGUA E SANEAMENTO COM O PRIVADO?

THE “NEW” SANITATION BILL; IS IT POSSIBLE TO CONCILIATE THE HUMAN RIGHT TO WATER AND SANITATION WITH THE PRIVATE SECTOR?

*Ramiro Crochemore Castro*¹⁰⁴

GRUPO DE TRABALHO

O presente resumo expandido é submetido à apreciação do Grupo de Trabalho nº 04, eixo temático Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos.

TEMA

O “Novo” marco legal do saneamento básico: É possível conciliar o direito humano à água e saneamento com o privado?

PROBLEMA

É possível a compatibilização entre a garantia do direito fundamental de acesso à água potável e segura e ao saneamento básico e sua universalização e o estímulo à gestão privada da água e saneamento, à luz das recentes alterações legislativas ocorridas no Brasil, notadamente a aprovação do Projeto de Lei nº 4.162/2019 que modifica sobremaneira a lógica da gestão da água e do saneamento no país? Estaríamos tratando sintoma como causa, ou o privado suprirá as falhas do Poder Público?

104 Graduado em direito pela PUCRS. Advogado Trabalhista. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM) na Espanha e pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho e Seguridade Social na FEMARGS. Mestrando em Direito pela Fundação da Escola Superior do Ministério Público (FMP-RS) e vinculado ao grupo de pesquisa Transparência, Direito Fundamental de Acesso e Participação na Gestão da Coisa Pública coordenado pela professora doutora Maren Guimarães Taborda. Endereço eletrônico: ramiro@copadvogados.com.br.

METODOLOGIA

Para atingir as finalidades a que se propõe, na presente pesquisa optou-se pela utilização do método indutivo (do particular para o geral) e do procedimento descritivo, e como técnica de pesquisa a leitura e revisão bibliográfica, numa visão multidisciplinar, afim de formar uma imagem completa sobre o tema e sua complexidade, com estudos e bibliografia para além do campo do Direito propriamente dito, que englobou pesquisa na área do saneamento, meio ambiente e gestão pública. As conclusões são levantadas durante o texto nos capítulos, para concatenarem-se ao final do trabalho.

HIPÓTESE

No dia 24 de Junho de 2020, em meio à pandemia do COVID-19, por meio do plenário virtual do Senado Federal, foi aprovado o PL 4.162/2019, que altera de forma profunda, dentre outras normas, a Lei 11.445/2007, o chamado Marco regulatório do saneamento básico (BRASIL, 2019), pelo elástico placar de 65 votos favoráveis e 13 contrários. O debate sobre a “atualização” do Marco Legal do Saneamento básico não é propriamente novo, tampouco sua aprovação uma surpresa, e a apresentação pelo Poder Executivo do referido projeto de lei se deu após a perda de vigência de duas Medidas Provisórias (MPs) praticamente idênticas que versavam sobre a matéria, a MP 844 em 2018 e a MP 868 em 2019 (BRASIL, 2018; BRASIL, 2019). No entanto, a falta de participação popular e de debate público sobre a temática é preocupante, uma vez que uma matéria desta importância, com tamanho impacto na vida de milhões de Brasileiros, deveria ser alvo de uma série de audiências públicas, estudos e outras formas de controle social que garantam o direito fundamental de participação dos cidadãos.

A água e o saneamento básico são elementos materiais *sine qua non* para a vida humana e a garantia de acesso adequado a eles é um direito essencial para o gozo efetivo de todos os outros direitos humanos fundamentais, tendo portanto um caráter transversal e imprescindível (ONU, 2010). Ademais, precisa-se de uma leitura mais aprofundada sobre a adequação e recepção jurídica da participação maior da iniciativa privada na gestão da água tratada e do esgotamento com os princípios basilares da gestão da água no Brasil, quais sejam, a garantia contra o uso privado, insustentável e irresponsável da água, através da proprie-

dade Estatal com gestão compartilhada e controle social. Portanto, ainda há diversos elementos controversos jurídica, social, política e economicamente falando em relação à legislação aprovada, bem como deve-se atentar para o debate em relação a outro Projeto de Lei, o PLS 495/2017 que na mesma lógica, oposta à da água como bem comum de todos e direito humano essencial, afastado da lógica de mercado, cria os mercados privados de água no Brasil e altera a Lei 9.433/97 (BRASIL, 2017).

O Saneamento Básico é um direito constitucionalmente garantido e o legislador constituinte optou por um modelo de competência comum entre os três níveis da Federação, conforme exposto no art. 23, IX de nossa Lei Maior, bem como expressou sua importância e transversalidade ao relacioná-lo à saúde pública, atribuindo responsabilidades ao Sistema Único de Saúde (SUS) no tema, ao aduzir no artigo 200, IV que compete ao SUS “participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;” (BRASIL, 1988). Incontroversa sua fundamentabilidade, o desafio dos gestores públicos no país, desde antes da Constituição Cidadã, mas sobretudo posterior a ela foi o desafio da Universalização do sistema de esgotamento sanitário e tratamento de água e esgoto. Após anos de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, ficou assentado em 2013, a partir da decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal na ADI 1.842/RJ, que apesar da titularidade do serviço de água e esgoto, e o poder concedente por consequência, ser do município, há um interesse comum no serviço de saneamento básico que permite a sua integração conjunta por microrregiões e regiões metropolitanas (STF, 2013).

A atual estrutura do saneamento básico no país é constituída principalmente de companhias estaduais (vinte e quatro atualmente), criadas a partir dos anos 1960 e em sua maioria hoje sociedades de economia mista e capital aberto, variando do modelo em que o ente federado é dono de 99% das ações como a CORSAN no Rio Grande do Sul (CORSAN, 2017) e modelos como a SABESP e a COPASA, em que o Estado de São Paulo e Minas Gerais possuem cerca de 50% das ações e o restante é negociado na Bolsa de Valores. Ainda há um número expressivo de departamentos municipais, como o DMAE em Porto Alegre e Empresas/autarquias municipais, como o SEMAE de São Leopoldo e em ao menos 245 cidades já há concessões privadas, com alto grau de concentração, com 5 empresas controlando 88% destes contratos, quase metade apenas com a BRK, empresa canadense que comprou a Odebrecht Ambiental (INSTITUTO MAIS DEMOCRACIA, 2018). Este modelo é herdeiro da concepção instituída sobretudo durante o período da Ditadura Militar,

em especial a partir do Sistema Financeiro do Saneamento (SFS) e do Banco Nacional de Habitação (BNH) em 1968 e ainda do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA) cuja forma institucionalizada surgiu formalmente em 1971 (LIMA; OLIVEIRA, 2015). Após o fim do BNH em 1986, o PLANASA foi gradualmente abandonado, e novo esforço estatal foi feito no tema após a Lei 11.445/2007 e o lançamento em 2011 do PLANSAB, articulado com o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e a construção de cisternas no semiárido nordestino.

Passados cinquenta anos do início de um esforço maior do Poder Público Brasileiro no que diz respeito à universalização dos serviços de abastecimento de água e esgoto, podemos ver avanços relevantes no que tange ao acesso à água, cujo acesso passou de menos de 50% da população urbana em 1967 (PLANASA, 1974) para atualmente cerca de 83,6% dos brasileiros, com 92,4% dos municípios com água tratada (SNIS, 2018), mas ainda com uma forte desigualdade regional, com o Sul-Sudeste atendendo mais de 90% de sua população, enquanto o Norte fornece água para apenas 57%. Já no que tange ao atendimento de esgoto, ainda que vejamos avanços do percentual de 24% de antes do PLANASA (PLANASA, 1974), e a consideração de que a população do país mais do que dobrou neste período, a população atendida é de apenas 53,2% dos brasileiros, sendo que o percentual de esgoto tratado é ainda menor, apenas 46,3% (SNIS, 2018).

Com o justo motivo de superar este quadro de déficit na entrega do serviço público de água e esgoto, a defesa para a mudança no marco legal se deu no sentido de que o poder público não conseguiu cumprir com as promessas e que para atingir a universalização precisa-se de gestão e investimento privados. No entanto, a própria lógica de mercado, baseada no valor da troca e na busca pelo lucro, incentivada pelo capital aberto das empresas, traz dúvidas sobre a capacidade real das empresas privadas de cumprir com o que se propõem. O aumento da tarifa de água nas cidades com gestão do saneamento privada foi maior que a média nacional (INSTITUTO MAIS DEMOCRACIA, 2018), e isso num quadro onde quem ainda não tem acesso é justamente a população mais carente, é um dado nada alvissareiro. Ainda, os exemplos existentes no país não são exatamente cases de sucesso, com Manaus e Tocantins, cujos serviços foram privatizados no início dos anos 2000, abaixo da média nacional. Manaus, 20 anos depois da privatização do serviço conta com apenas 12,5% do esgoto coletado, e é a 5ª pior cidade no ranking do país (TRATA BRASIL, 2020). Tratar estes serviços públicos essenciais como um negócio, e não

como direito social, e o cidadão-usuário como cliente é uma mudança profunda que parece estar sendo subestimada, somando-se a isso a falta de garantia da manutenção do subsídio cruzado, mecanismo essencial para a manutenção dos serviços nas pequenas cidades. A importância deste instrumento é ilustrada pelo exemplo do Tocantins que mostra que enquanto a BRK Ambiental-Saneatins gere os municípios maiores, onde estão as possibilidades de lucro, o governo estadual teve de criar uma autarquia pública para assumir o serviço nos municípios menores e na zona rural (ATS, 2011). Para além disso, a continuidade da prestação também é um desafio, pois Manaus já está na terceira empresa gestora do sistema.

RESULTADOS JÁ OBTIDOS

O estudo dos dados empíricos, fruto de pesquisa e análise de dados sobre a gestão do saneamento no Brasil, demonstram que a gestão privada não é necessariamente mais eficiente do que a pública, e que tampouco o grave problema do saneamento do país é culpa da legislação existente e que acaba de ser modificada (o saneamento no país também é regulado pelo Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010, que regulamenta a Lei nº 11.445/2017). Esta legislação era bastante recente (12 anos do Marco Legal, e apenas 7 do último plano nacional de Saneamento básico) e já fornecia as possibilidades legais e jurídicas para a universalização, para o investimento e para o aumento da qualidade do serviço, e inclusive permitia a gestão privada e as parcerias público-privadas (PPPs), portanto não havia monopólio público dos serviços de água e esgoto no Brasil (BRASIL, 2007).

Não vê-se, na análise da redação final da Lei 14.026/2020, modificações que apontem para a universalização, para a redução das desigualdades regionais e urbano-rural, mas sim, ao retirar a autonomia dos estados e municípios (BRASIL, 2020), o novo marco regulatório irá facilitar a entrada do capital privado nas grandes (e lucrativas) cidades, deixando as companhias Estaduais administrando os serviços deficitários, o que em médio e longo prazo pode inclusive agudizar a situação da prestação dos serviços no país.

É digno de nota ainda que o Brasil vai contra a tendência mundial, pois nos últimos 20 anos, ao menos 1600 cidades em 45 países remunicipalizaram serviços públicos, em sua maioria os relacionados aos serviços de abastecimento de água e saneamento, 83% dos casos após 2009 (TNI, 2017). No setor de saneamento, voltaram para a gestão públi-

ca entre 2000 a 2017, 267 serviços de fornecimento de água e outros 31 de coleta de lixo, dentre cidades como Paris e Berlim, sendo a França o país pioneiro (Grenoble foi a primeira cidade a retomar os serviços, em 2006) e líder em municípios que remunicipalizaram serviços de água e saneamento, num total de 106, enquanto nenhuma cidade francesa optou no mesmo período pela privatização ou concessão do serviço.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATS (Agência Tocantinense de Saneamento). **ATS se prepara para levar saneamento básico a todo o Tocantins**. Palmas, 2011. Disponível em: <https://ats.to.gov.br/noticia/2011/12/7/ats-se-prepara-para-levar-saneamento-basico-a-todo-o-tocantins/>. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 11.445, de 5 de Janeiro de 2007**. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, [2007a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Lei 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico [...]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.026-de-15-de-julho-de-2020-267035421>. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado 495, de 2017. Altera a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, para introduzir os mercados de água como instrumento destinado a promover alocação mais eficiente dos recursos hídricos. Brasília, DF: Senado Federal, [2017b]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131906>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. **Projeto de lei nº 4162, de 2019**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento; a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos e Saneamento Básico; a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação

por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal; a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País; [...]. Situação: transformado em norma jurídica. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2019]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140534>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842**. Relator: Ministro Maurício Correa. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>. Acesso em: 03 ago. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 844, de 2018**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência nacionais sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, e a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País. Brasília, DF, Presidência da República. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/133867>. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 868**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência nacionais sobre o serviço de saneamento; a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos; a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País; [...]. Brasília, DF, Presidência da República. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/135061>. Acesso em: 05 ago. 2020.

CORSAN (COMPANHIA RIOGRANDESE DE SANEAMENTO). **Relatório da Administração 2017**. <https://www.corsan.com.br/upload/arquivos/201807/10160114-demonstracoes-contabeis-2017.pdf>

DE LIMA, Sonaly Cristina Rezende Borges; OLIVEIRA, Thiago Guedes de. **Privatização das companhias estaduais de saneamento: uma análise a partir da experiência de Minas Gerais**. Ambiente & Sociedade, jul/set 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/asoc/v18n3/1809-4422-asoc-18-03-00253.pdf>. Acesso em 05 ago. 2020.

INSTITUTO MAIS DEMOCRACIA. **Quem são os proprietários do Saneamento no Brasil?** Disponível em: <https://www.facebook.com/watch/?v=2792852664145780>. Acesso em: 02 ago. 2020.

ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). The human right to water and sanitation. Resolução nº 64/292, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 28 de Julho de 2010. Nova Iorque: Assembleia Geral da ONU. Disponível em: <https://undocs.org/A/RES/64/292>. Acesso em: 12 jul. 2020.

PLANO NACIONAL DE SANEAMENTO- PLANASA- ASPECTOS BÁSICOS. **Conjuntura econômica**, Rio de Janeiro 28(3), Mar. 1974. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rce/article/download/69995/67524>. Acesso em: 02 ago. 2020.

SNIS (SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES EM SANEAMENTO). **Painel de informações sobre Saneamento**. 2018. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-esgotamento-sanitario>. Acesso em: 02 ago. 2020.

TRATA BRASIL. **Ranking do Saneamento 2020-100 Maiores Cidades do Brasil**. Disponível em: http://tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/ranking_2020/Tabela_100_cidades_Ranking_Saneamento_4.pdf. Acesso em: 06 ago. 2020.

TNI (TRANSNATIONAL INSTITUTE). **Reclaiming Public Services: How cities and citizens are turning back privatisation**. Paris, 2017. Disponível em: https://www.tni.org/files/publication-downloads/reclaiming_public_services.pdf. Acesso em: 08 ago. 2020.

O PRINCÍPIO (?) DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES¹⁰⁵

THE PRINCIPLE (?) OF AFFECTIVITY IN FAMILY RELATIONSHIPS

Priscila Zilles de Almeida¹⁰⁶

1 INTRODUÇÃO

As configurações familiares transmutaram-se com o decorrer dos anos, passando de uma entidade formal e paternalista para uma relação mais abrangente e despadronizada, na qual, um dos elementos chaves para a sua configuração têm sido o afeto.

Sendo assim, pode-se observar a utilização do *princípio da afetividade* para fundamentar as novas formas de relacionamento familiar. No entanto, a classe concedida à afetividade tem sido objeto de debate dentre os doutrinadores que estudam o assunto.

Desta feita, o estudo sob análise possui o viés de estabelecer respostas para a questão em comento, mostrando-se pertinente a realização de uma análise do *princípio da afetividade*.

2 PROBLEMA

Considerando que as relações familiares contemporâneas se fundamentam, em sua maioria, na afetividade, seria apropriado denominá-la um princípio? Em caso negativo, qual seria a correta denominação do afeto no direito brasileiro?

105 Resumo desenvolvido para o IV Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa – EGRUPE, Grupo de trabalho Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos, sob orientação do prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, no âmbito do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

106 Advogada. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Faculdade Legale. Integrante do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa e vinculado ao Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e Jurisdição: Limites e Possibilidades no Âmbito dos Direitos Transindividuais do Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Endereço eletrônico: priscilazilles@gmail.com.

3 HIPÓTESE

A partir do desenvolvimento da pesquisa, fortes indícios apontam para a utilização equivocada do termo *princípio da afetividade*, muito embora o comum o emprego da expressão, tendo em vista que princípios são impositivos e, embora fosse o ideal, não se pode obrigar ninguém a amar o outro e desenvolver uma relação afetiva.

4 METODOLOGIA

O presente trabalho tem por finalidade realizar um estudo acerca da afetividade nas relações familiares, motivo pelo qual o método de abordagem a ser utilizado será o dedutivo, uma vez que a pesquisa se compromete a tratar, de maneira introdutória, sobre família contemporânea e a incidência da afetividades nas relações. Ademais, o desenvolvimento do tema será realizado a partir de documentação indireta, por meio de fontes primárias, como, por exemplo, legislação e doutrina.

5 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Entidade primordial e ininterrupta, a família já possuiu diversas configurações e variadas faces, transformando-se diante da evolução da sociedade e adaptando-se ao contexto histórico, sem necessariamente perder a sua essência (WELTER, 2009, p. 47).

Com efeito, Moacir César Pena Júnior (2008, p. 23) disserta que:

[...] família é a união afetiva de pelo menos duas pessoas, ligadas pelo parentesco ou não, vivendo sob o mesmo teto ou não, onde cada uma desempenha uma função, não importando a sua orientação sexual, tenham ou não prole, e que buscam a felicidade por intermédio da comunhão de interesses pessoais, espirituais e patrimoniais – mantendo esse vínculo, apoiado na solidariedade, na fraternidade, no respeito mútuo, na lealdade, na sensualidade, na afeição e no amor.

Denota-se que tanto no âmbito das relações pessoais como no âmbito jurídico, a família passou a ter múltiplas modelagens, podendo ser formada pelos mais variados indivíduos, que desejam alcançar a realização pessoal por meio da construção de um núcleo de pessoas ligadas

pela afetuosidade ou pela consanguinidade, tendo, portanto, um caráter assistencial, afetivo, vincutivo e evolutivo.

O afeto, portanto, passou a exercer a função de elo das relações familiares, uma vez que, de modo geral, o núcleo doméstico se inicia com o intuito de constituir uma relação capaz de atingir a realização pessoal e social de cada um de seus integrantes.

Para Paulo Lôbo (2013) “[...] não é o afeto, enquanto fato anímico ou social, que interessa ao direito”, mas sim “[...] as relações sociais de natureza afetiva que engendram condutas suscetíveis de merecerem a incidência de normas jurídicas”.

A família eudemonista, a socioafetiva e a homossexual são exemplos das novas formas de famílias reconhecidas pelo Direito e que são organizadas com base no carinho mútuo, no respeito e na afetuosidade, já que não são dependentes do vínculo da consanguinidade. Além delas, os integrantes da família construída a partir do elo biológico também podem nutrir (e normalmente nutrem) o afeto em seu lar, não sendo, no entanto, elemento obrigatório para a caracterização dessa relação familiar.

Para tanto, Rodrigo da Cunha Pereira (2014, p. 123) declara que:

[...] a família passou a se vincular e a se manter preponderantemente por elos afetivos, em detrimento de motivações econômicas, que adquiriram importância secundária [...]. De fato, uma família não deve estar sustentada em razões de dependência econômica mútua, mas exclusivamente, por se constituir um núcleo afetivo [...].

Isto posto, visualiza-se que o *princípio da afetividade* encontra fundamento no afeto familiar (PEREIRA, 2014, p. 69), já que as famílias deixaram de ser edificadas apenas pelo elo sanguíneo para também se solidificarem através da afetuosidade. No entanto, o afeto não abarca natureza normativa, de forma que não se torna exigível no interior das relações familiares, ou seja, a família não vai ser obstaculizada por não manifestar laços afetivos (ALMEIDA, 2012, p. 42-43).

A falta de normatização não é empecilho para a existência da afetividade como princípio, conforme defende uma extensa gama de doutrinadores brasileiros - como, por exemplo, Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno, Rodrigo da Cunha Pereira e Paulo Lôbo -, que o consideram como o norte das relações familiares, ao lado dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, motivo pelo qual se encontra implícito e espregueira-se nas entrelinhas dos artigos da Carta Constitucional (BRASIL, 1988).

Para aqueles que defendem a afetividade como princípio, o mesmo encontra-se presente nas relações onde o afeto entre os integrantes ganha uma enorme proporção, a ponto de transbordar e divulgar o vínculo familiar para a sociedade, gerando o reconhecimento jurídico de família pelo caráter afetivo e cuidadoso, como nos casos da parentalidade socioafetiva (CARVALHO, 2015, p. 103).

Justificando, Maria Berenice Dias (2015, p. 52) afirma que “A afetividade é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico”.

Não se pode negar a relevante importância jurídica da afetividade, que se faz presente nas relações familiares contemporâneas, em que a família passa a ter um cuidado especial para com os seus membros e demonstra a terceiros estranhos à relação esse núcleo formado pela compreensão e pelo amor (SCHREIBER, 2016), mas, considerá-la um princípio mostra-se equivocado.

Incontroverso é que a afetividade se encontra presente nas relações familiares e complementa as normas legais que tratam sobre a família, quando, por exemplo, trata acerca do casamento e da união estável ou quando norteia o entendimento de que a filiação não é restrita ao vínculo biológico.

Porém, a afetividade carece de normatização na Constituição Federal, e não se sustenta principiologicamente com a sua simples presença implícita nos artigos constitucionais, não possuindo caráter deontológico, tratando-se, na verdade, de um pamprincípio (STRECK, 2012, p. 9).

Aos aplicadores e defensores do *princípio da afetividade*, Lenio Streck (2013) elabora uma dura crítica, afirmando que estipular a afetividade como princípio não passa de “[...] um alibi para sustentar/justificar decisões pragmatistas”, sendo que “[...] na verdade apenas escancara a compreensão do Direito como subsidiário a juízos morais”.

Corroborando com a concepção pamprinciológica, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 73) igualmente se posicionam em desfavor da consideração da afetividade como um princípio jurídico, ao narrar:

[...] se princípio jurídico fosse, o afeto seria exigível, na medida em que todo princípio jurídico tem força normativa e, por conseguinte, obriga e vincula os sujeitos. Assim sendo, a afetividade permeia as relações jurídicas familiares, permite decisões e providências nela baseadas (como a concessão de guarda para quem demonstra maior afetividade

ou mesmo o reconhecimento de uma filiação em decorrência de sua presença). Contudo, não se pode, na esfera técnica do Direito, impor a uma pessoa dedicar afeto (amor, em última análise) a outra.

Complementando, os mesmos autores (2012, p. 74) referem que “O afeto é relevante para as relações de família, mas não é vinculante e obrigatório. Cuida-se, portanto, de um postulado - e não de um princípio fundamental (o que lhe daria força normativa)”.

Assim, como bem colocado, a afetividade, na verdade, enquadra-se na categoria dos postulados, uma vez que tem o condão de orientar a aplicação de normas, servindo de auxílio para o legislador e para os utilizadores do Direito. Ademais, norteia a aplicação das regras e dos verdadeiros princípios, os quais estão implícitos e explícitos na Constituição Federal de 1988 e servem como base para as fundamentações jurídicas (ÁVILA, 2009, p. 122).

Destarte, tem-se que o postulado da afetividade possui grande influência na direção que o ramo do Direito de Família tem tomado nos últimos anos, e, ainda que não previsto expressamente na Constituição Federal, não deixa de ser um bom fundamento para a constituição das relações familiares contemporâneas, as quais encontram abrigo na valorização que a Carta Magna concedeu para a família em geral, inclusive àquelas pautadas pelo afeto, assegurando, assim, a proteção de sua formação e de seus integrantes.

6 CONCLUSÃO

A pesquisa ora desenvolvida objetivou averiguar a classificação da afetividade, presente nas relações familiares contemporâneas e que possui valor jurídico reconhecido no direito brasileiro. Assim sendo, após longa análise doutrinária e legislativa, verificou-se que a afetividade, embora norteadora das relações parentais e amorosas, não apresenta caráter imperativo – ainda que devesse ter –, não sendo obrigatória a presença do afeto na integralidade dos relacionamentos familiares e amorosos.

Neste sentido, embora muito utilizado por grande parte dos doutrinadores que tratam sobre o tema das relações familiares, conclui-se que a utilização da nomenclatura *princípio* vai de encontro com o valor jurídico concedido à afetividade, de maneira que, por não portar condição deontológico, apresenta-se, na verdade, como um postulado, devendo ser utilizado como tanto.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito da família**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 4. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012. v. 6: Direito das famílias.

LÔBO, Paulo. Socioafetividade em família e a orientação do STJ. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3760, 17 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25365>>. Acesso em: 04 out. 2016.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **STF, repercussão geral 622**: a multiparentalidade e seus efeitos. [S.l.], 27 set. 2016. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2016/09/artigo-de-andersonschreiber-sobre-o.html?m=1>>. Acesso em: 28 set. 2016. Blog: Professor Flávio Tartuce – Direito Civil.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprinciologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 49, n. 194, abr./jun. 2012. Disponível em: <http://www2.sena->

do.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf?sequence=1. Acesso em: 30 jul. 2016. p. 9.

STRECK, Lenio Luiz. O pamprincipiologismo e a flambagem do direito. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

O SISTEMA DE VOTAÇÃO *ON-LINE* EM UMA DEMOCRACIA DIGITAL O MODELO DA ESTÓNIA E O EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO ÀS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO

THE ONLINE VOTING SYSTEM IN A DIGITAL DEMOCRACY THE CASE OF ESTONIA AND THE EXERCISE OF THE CONSTITUTIONAL RIGHT OF ACCESS TO NEW INFORMATION TECHNOLOGIES

*Michael Almeida di Giacomo*¹⁰⁷

INTRODUÇÃO

No limiar do presente século, a par do se pode denominar de uma transição da democracia “analógica” para uma democracia “digital”, tem-se a consolidação de um conjunto de tecnologias da informação e da comunicação, em especial a internet, a exteriorizar a necessária tutela a uma série de direitos à pessoa humana. Com efeito, ao considerar o âmbito da internet e a possibilidade em dispor de novas ferramentas no modo *on-line*, a temática do presente estudo tem por fundamento investigar espaços de deliberações em uma democracia digital, em especial, na análise do sistema *on-line* de votação na escolha dos dirigentes governamentais. Desse modo, a pesquisa analisa a experiência promovida pela Estónia e a consolidação de uma sociedade “digital”, sua evolução e a implantação do sistema eleitoral por meio do exercício do direito a voto no modo *on-line*, no encontro das nuances próprias do sistema a fundamentar sua estrutura e eficácia.

Neste contexto, à guisa de introdução e a partir das referidas ideias, investiga-se o seguinte problema: o referido modelo, na perspectiva de ser implantado de forma satisfatória, a fim de garantir o pleno exercício dos direitos da cidadania constitucionalmente tutelados, encontra quais dificuldades a fim de consolidar o exercício do direito fundamental de acesso às novas tecnologias da comunicação em nosso

107 Advogado. Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus – São Paulo, SP. Membro do grupo de pesquisa: Sociedade da Informação e “Fake Democracy”: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional, na FMP/RS. <http://lattes.cnpq.br/4129529576917830> e-mail: michaeldigiacomo@hotmail.com

ordenamento? Com isso, a fim de encontrar respostas ao “hiato digital” entre governos e indivíduos, busca-se analisar modelos de participação popular com a efetivação de medidas positivas de inclusão no âmbito nacional e internacional.

Em relação à metodologia adota-se o estudo empírico, tendo por referencial a legislação especializada no âmbito nacional, internacional e posições doutrinárias. Em relação ao desenvolvimento da pesquisa adota-se o método indutivo, pois, a considerar a experiência da Estónia partiu-se dela para as ideias gerais e conclusões a serem apresentadas. Por fim, como técnica de pesquisa, tem-se uma ampla revisão bibliográfica, documental, jurisprudencial e legislativa sobre a matéria.

ABORDAGEM TEÓRICA

A atual situação de crise sanitária, causada pela pandemia mundial do *Covid-19*, tem causado uma série de reflexos e mudanças nas relações interpessoais e entre nações. Entre os enfrentamentos presentes tem-se, sob um contexto de políticas de isolamento ou distanciamento social, na ideia de combater a disseminação do vírus em meio à população, o desafio da realização de eleições municipais no final do ano de 2020. Desse modo, não obstante a aprovação e promulgação da *Proposta de Emenda Constitucional* adiando por seis semanas as datas para realização do pleito eleitoral, no que se refere às novas tecnologias da informação e comunicação, o atual contexto oportuniza o diálogo sobre a transição do *status quo* para uma nova realidade no que se refere ao processo de votação. (BRASIL, 2020, *on-line*).

Infere-se, no referido contexto, o modelo da Estónia, pois o país caminha para a consolidação de uma sociedade “digital”. As ações nesse sentido tiveram início a partir da sua independência da ex-URSS. À época, a população não tinha sequer acesso adequado a linha telefônica fixa, e a opção pelo investimento em tecnologia da informação culminou com a bem-sucedida parceria entre grupos públicos e privados.

Um dos inúmeros exemplos de sucesso no início da era digital na Estónia foi a oferta de educação digital para adultos, o uso de um único documento digital com dados da vida *on-line* e *off-line* de mais de 97,9% dos cidadãos, e o desenvolvimento do *software* de comunicação instantânea *Skype*, sendo que, atualmente, 99% dos serviços públicos são prestados na forma *on-line*. (CARPANEZ, 2018, *on-line*).

Em relação a escolha de seus governantes, desde o ano de 2005, foi implantado o sistema *on-line* de votação. O modelo, nas eleições gerais

de 2019, oportunizou que 247.232 estónios pudessem exercer seu direito a voto pelo modo *on-line*. Com uma população de 1.067.430 cidadãos aptos a votar, o comparecimento às urnas foi na ordem de 561.131 pessoas, sendo que o modo *on-line* de votação representou 44% dos eleitores presentes. O procedimento para o exercício do voto tem por característica a opção de o eleitor realizar o ato entre o 10º e o 4º dia que antecedem a data marcada para a votação nas urnas físicas. Nesse período o eleitor poderá mudar de voto mais de uma vez, sendo o último acesso o único a ser o computado para o registro da votação, e o uso do recurso no dia da eleição não é possível. No entanto, se o eleitor comparecer no local de votação, poderá exercer o voto físico e, dessa forma, esse será o único a ser reconhecido. (FERREIRA, 2019, *on-line*).

Entre as variáveis importantes a facilitar o processo de votação, é possível destacar o registro de forma abrangente dos eleitores e um modelo de cédula eleitoral muito simples. Um segundo ponto a ser considerado é a necessidade de dispor de uma estrutura legal e de regulamentação adequada a essa nova realidade. A terceira observação é a autenticação dos eleitores, o que na Estónia foi possível a partir da identificação digital nacional. (ALVAREZ; HALL; TRECHSEL, 2009, pg. 497-505).

O reflexo positivo no modelo *on-line* de votação pode ser aferido na constatação de um ambiente de maior inclusão cidadã nas decisões pertinentes as ações e políticas públicas da nação. Nesse sentido, há uma facilitação da participação, por exemplo, de pessoas com algum grau de deficiência física, pois fica dirimida a necessidade de locomoção. Ainda, no longo prazo, os custos para a implantação do modelo restariam por tornar o processo menos dispendioso ao erário.

Em meio a facilitação da integração do eleitor com o processo político, surge o desafio de vencer o contexto de exclusão digital, com isso a necessidade de promoção de políticas que visem transpor o presente gargalo analógico para os modelos tecnológicos de participação. (LULIN, 2000, pg. 523-530). Nessa senda, cabe investigar a combinação do exercício dos direitos de cidadania e o acesso às novas tecnologias da informação e, com isso, as nuances próprias do sistema brasileiro no encontro de modelos de procedimentos de votação que propiciem a maior participação possível dos cidadãos.

Com efeito, é possível delinear a pesquisa a partir da contribuição de Frank Willian La Rue, tendo por base o relatório apresentado pelo *Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas*, em março de 2011, ao defender medidas a fim de combater o “hiato digital” entre nações e

indivíduos e planos a assegurar que a infraestrutura e os serviços irão garantir o acesso universal à internet, enquanto um direito humano. Ao apresentar suas conclusões, o relator instiga as organizações internacionais a promoverem a tutela do livre acesso à *Internet*, pois,

Ao expandir o direito dos indivíduos de exercer suas liberdades de opinião e expressão, que possibilitam o exercício de outros direitos humanos, a Internet aumenta o desenvolvimento econômico, social e político, contribuindo para o progresso da humanidade como um todo. (LA RUE, 2011, p. 16-17).

Desse modo, a fim de garantir o exercício das referidas liberdades, o relatório sugere ações governamentais tendo por norte a adequação e implantação, por parte dos Estados, de três medidas: a) positivas de inclusão a fim de combater o ‘hiato digital’ entre nações e indivíduos; b) planos e ações para assegurar que a infraestrutura e os serviços irão garantir o acesso universal e, por fim, c) ações para proibir o bloqueio ou a restrição do acesso à Internet. (LA RUE, 2011, p. 22).

E, ainda, as contribuições do Grupo de Trabalho a “Crise da pandemia do Covid-19 e as implicações nas eleições brasileiras 2020”, da *Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político*, por meio do subgrupo “Eleições e Tecnologia”. No estudo apresentado restou sugerido que a implantação de um sistema de votação *on-line* seja realizada “de forma gradativa, garantindo-se mais como um método de votação alternativo, a começar em localidades nas quais existem condições logísticas (rede de tecnologia de informação e comunicação) para isso” (ABRADEP, 2020, pg. 155).

O método repetiria a mesma abordagem adotada na implantação do sistema de votação *off-line*, que foi realizado com a urna eletrônica, a qual foi paulatinamente sendo inserida no cotidiano eleitoral a partir das eleições dos anos de 1996, 1998 e 2000. No mesmo sentido, será necessário o encontro de uma plataforma de votação *on-line* que tenha como pedra basilar o respeito às garantias constitucionais de cidadania e da legitimidade democrática, tais como:

a) sufrágio universal, ou seja, acessível a todos; b) Identidade, o eleitor deve ser corretamente cadastrado e identificado; c) Igualdade, um eleitor, um voto; d) Liberdade e Sigilo do Voto, no caso, o eleitor não pode ser coagido no ato do voto; e) Lisura, o voto deve ser corretamente registrado e apurado; e, por fim, f)

Confiabilidade, pois todo o sistema deve ser seguro e auditável. (ABRADEP, 2020, pg. 156-157).

Por derradeiro, é de gizar que um dos pontos fundamentais nesse modo de votação é justamente a confiabilidade no sistema. E a doutrina nacional e internacional tem elencado como possível o uso da tecnologia *blockchain*, uma vez que permite o registro seguro de informações de ponta a ponta. Conceitualmente a referida tecnologia funciona como livros-razão com várias cópias ao mesmo tempo, se uma cópia for removida ou adulterada, as outras cópias existirão. Os blocos de *blockchain* são interconectados por criptografia e podem ser privados e públicos. (ARTICLE, 19, 2019, p. 9).

BREVES CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade da informação nos apresenta uma revolução em termos de capacidade e amplitude de comunicação interpessoal e de participação da cidadania nas matérias de interesse público e nos destinos das nações. Dessa maneira, por meio da disposição de novas ferramentas, relacionadas às tecnologias da informação, funda-se um contexto no qual a esfera pública passa a contar com procedimentos inovadores na promoção e no protagonismo dos cidadãos. Nesse sentido, como é possível de considerar, entre as novas experiências tecnológicas, a adoção do modo *on-line* de exercício do direito ao voto é ainda ato incipiente nas democracias modernas. Com efeito, cabe aprofundar o estudo de meios a enfrentar o “hiato digital” entre governos e indivíduos no encontro de garantir uma ampla participação cidadã, sob o ambiente de uma democracia “digital”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Michael R.; HALL, Thad E.; TRECHSEL, Alexander H. **Internet voting in comparative perspective: the case of Estonia**. In: The University of Utah. Copyright J. Willard Marriott Library. July 2009. Disponível em: <https://collections.lib.utah.edu/ark:/87278/s6891qjb> Acesso em: 08 jul. 2020. (Tradução livre).

ARTICLE 19. **Blockchain and freedom of expression**. Disponível em: <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2019/07/Blockchain-and-FOE-v4.pdf> Acesso em: 08 de jul. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. “**Adia, em razão da pandemia do coro-**

navírus, (Covid-19), as eleições municipais de outubro de 2020 e os prazos eleitorais respectivos”. Brasília, DF, 24 de junho de 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F465A-4865389CAE71DDE7F2746895F90.proposicoesWebExterno2?codteor=1907307&-filename=PEC+18/2020+%28Fase+1+-+CD%29 Acesso em: 07 jul. 2020.

ABRADEP. **Caminhos das eleições brasileiras em meio à pandemia: contributo da ABRADEP ao debate**. POGLIESE, Marcelo Weick; GRESTA, Roberta Maia; BUCCHIANERI, Maria Cláudia (coords.). CARVALHO, Volgane (org.). 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo, Brasília, DF: D’ Plácido, ABRADEP, 2020.

CARPANEZ, Juliana. **Votação via internet, identidade universal e histórico médico online: o que faz da Estónia um país digital**. Copyright UOL 25/02/2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2018/02/25/estonia-como-e-a-sociedade-digital-sem-burocrazia-prometida-ao-resto-do-planeta.htm> Acesso em: 06 jul. 2020.

FERREIRA, Rui. **Quase metade dos votos na Estónia foram feitas online**. Diário de Notícias, 11 de março de 2019. Disponível em: <https://insider.dn.pt/em-rede/estonia-legislativas-2019-i-voting/15234/> Acesso em: 06 de jul. 2020.

LA RUE, Frank Willian. In: UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. Seventeenth session. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. A/HRC/17/27, 16 May 2011. Disponível em: https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf Acesso em: 07 jul. 2020. (Tradução livre).

LULIN, Élisabeth. **Voter par internet: un futur proche**. *Commentaire*, Paris, n. 91, 2000. (Tradução livre).

RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASOS DE DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO¹⁰⁸**CIVIL LIABILITY IN CASES OF ADOPTION WITHDRAWAL***Bettina Pereira Pupp¹⁰⁹***1 INTRODUÇÃO**

A adoção constitui uma forma de filiação socioafetiva (MADALENO, 2017, p. 639), a partir da inserção do adotado em família substituta, de forma a recriar laços que restaram desfeitos em relação a família biológica (ROSA, 2017, p. 321). Deve atender ao intuito de proporcionar um ambiente familiar adequado ao adotado, somente sendo deferida quando apresentar reais vantagens para este e fundar-se em motivos legítimos, em atenção à doutrina da proteção integral adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Em que pese a irrevogabilidade da adoção (art. 39 § 1º, ECA), a desistência por parte dos adotantes é fenômeno observável. A criança ou adolescente é “devolvida” à instituição de acolhimento, por vezes como se objeto fosse.

Intrinsicamente ligadas à devolução estão as motivações iniciais dos adotantes, uma vez que existe, no imaginário social, uma concepção idealizada da adoção que não considera os conflitos presentes em toda e qualquer relação humana (GHIRARDI, 2015, p. 19), podendo constituir-se enquanto um projeto narcísico dos pais, em que os filhos são vistos como depositários de aspirações, frustrações e renúncias (PEREIRA, NUNES, 2015, p. 114).

108 Resumo expandido desenvolvido para o IV Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa – EGRUPE, Grupo de trabalho 04- Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos, sob orientação do prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, no âmbito do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

109 Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Graduanda em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisadora do Grupo de Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: bettinapupp@hotmail.com.

A devolução é então experimentada enquanto uma fantasia intrínseca à vivência adotiva, sendo peculiar à esta forma de filiação, pois, de maneira oposta, o filho biológico nunca pertenceu a outros, e somente poderia ser abandonado, nunca devolvido (GHIRARDI, 2015, p. 21). Nesse sentido, uma criança ou adolescente apta à adoção pressupõe uma situação anterior de separação e rompimento com a família de origem. A devolução caracteriza uma experiência que reedita, no psiquismo do adotando, experiências anteriores de desamparo e abandono (GHIRARDI, 2015, p. 21).

Em face das implicações psicológicas da devolução de crianças e adolescentes, realizada por mera liberalidade dos adotantes, surge a discussão acerca da possibilidade de responsabilização civil destes pais ou pretendentes, diante do dano causado.

Para o desenvolvimento da pesquisa proposta, necessário se faz retomar conceitos da responsabilidade civil, como, por exemplo, a responsabilidade objetiva e subjetiva, o ato ilícito, a culpa, o dano e o abuso de direito, além da aplicabilidade de tais institutos na esfera do direito de família. Ainda, imprescindível o estudo da proteção da infância e juventude, no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e da Constituição Federal de 1998 (CF/88), no que se destaca a prioridade absoluta da garantia de seus direitos fundamentais, prevista no artigo 227 da CF/88, dentre os quais se inclui o direito à convivência familiar.

O procedimento de adoção e seu fim social, bem como a diferenciação entre a desistência durante o estágio de convivência e após a perfectibilização do vínculo formal de filiação também são peças-chave na análise da presente problemática. Ao longo do estudo, essencial a apresentação de conceitos trazidos pela Psicologia, sem se perder a necessária técnica jurídica, uma vez que se trata de discussão essencialmente multidisciplinar.

2 PROBLEMA

A pesquisa proposta busca responder à questão “A desistência no âmbito da adoção gera efeitos na esfera da responsabilidade civil?”.

3 HIPÓTESE

A fim de averiguar a possibilidade de responsabilização civil pela desistência da adoção, é necessário que seja analisada a fase do proced-

imento em que esta se deu: se na vigência do estágio de convivência ou após o trânsito em julgado da sentença de adoção.

Apresenta-se a hipótese de que a devolução após o trânsito em julgado da sentença de adoção contraria a irrevogabilidade da adoção (art. 39, § 1º, ECA), portanto, caracteriza ilícito civil, estando sujeita aos efeitos da responsabilidade civil, com a condenação dos adotantes pela compensação dos danos experimentados; enquanto a devolução no estágio de convivência, por não ser vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, deve ser analisada a partir do caso concreto.

4 METODOLOGIA

A metodologia utilizada consiste no método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio de revisão da doutrina, legislação e jurisprudência pertinentes ao tema apresentado.

5 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A adoção está presente nas civilizações desde os tempos mais remotos e apresentava, em sua origem, o objetivo de perpetuar o culto doméstico. Após diversas transformações no ordenamento jurídico pátrio, a perpetuação do patrimônio familiar e a realização pessoal dos adotantes deixaram de ser o cerne da adoção, que passou a prestigiar os interesses superiores das crianças e adolescentes (MADALENO, 2017, p. 638).

O procedimento de adoção, ato jurídico solene, é regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e compreende, de maneira geral: (i) a habilitação dos adotantes e sua inscrição no Sistema Nacional de Adoção (SNA); (ii) o estágio de convivência, que engloba a aproximação inicial dos pretendentes e da criança ou adolescente e, posteriormente, o deferimento da guarda provisória do adotando – pelo prazo máximo de 90 dias, podendo ser prorrogado por igual período –; (iii) e, por fim, o ajuizamento de ação judicial, com a prolação da sentença de adoção, que constitui o vínculo de paternidade e filiação entre adotantes e adotado.

Tal procedimento não descarta a possibilidade de desistência por parte dos pretendentes à adoção ainda na vigência do estágio de convivência, todavia, após a sentença de adoção, o vínculo de filiação é estabelecido, sendo equiparado à filiação biológica, pelo princípio da igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º, Constituição Federal de 1988), e a adoção se torna irrevogável (art. 39 § 1º, ECA).

Do ponto de vista psicológico, a devolução, tanto no estágio de convivência como após a sentença de adoção, gera na criança ou adolescente a reedição de um abandono já vivenciado (GHIRARDI, 2015, p. 21) e o registro psíquico da experiência se faz presente com prejuízos em sua autoestima (PEREIRA, NUNES, 2015, p. 152).

O desenvolvimento suficientemente bom nos primeiros anos de vida é determinante para a construção de uma personalidade saudável e são elementos decisivos para a estruturação do psiquismo da criança a presença, a continuidade e a consistência do cuidado (ALBORNOZ, 2006, p. 17). Desta forma, a história futura da criança reflete os encontros e desencontros vivenciados na infância.

Partindo da afirmativa de que o vínculo de filiação por meio da adoção é o exercício da paternidade consciente, uma vez que é pensada, escolhida e desejada (ROSA, 2017, p. 324) e que a desistência implica em traumas àquele que já vivenciou um abandono primeiro, questiona-se acerca dos efeitos jurídicos da devolução na esfera da responsabilidade civil e a possibilidade de compensação pelos danos experimentados.

Não há, no ordenamento jurídico pátrio, maiores consequências decorrentes da devolução na adoção. O § 4º do artigo 197-E do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a exclusão dos adotantes dos cadastros de adoção e a vedação de renovação da habilitação em caso de desistência do pretendente em relação à guarda provisória ou da devolução após trânsito em julgado da sentença de adoção. Não obstante, possibilita a não observância das referidas medidas mediante decisão judicial fundamentada.

No caso de devolução após o trânsito em julgado da sentença, a situação observará o regramento da destituição do poder familiar, assim como em casos, e. g., de abandono de filhos biológicos, uma vez que já estabelecido o vínculo formal de filiação, garantido ao adotado direito à alimentos, salvo se perfectibilizada nova adoção. Já a devolução durante o estágio de convivência não importa em qualquer previsão, porquanto o período é considerado uma adaptação que pode ou não ser exitosa.

A partir da pesquisa realizada, ainda em estágio incipiente, depreende-se que a aplicação da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares é possível e amplamente aceita pela doutrina contemporânea (SCHREIBER, 2015, p. 33). Todavia, no que tange a responsabilização de pais adotivos e pretendentes à adoção pela desistência, não há entendimento unânime.

Quando a devolução se dá ainda no estágio de convivência, é preciso atentar-se às condições peculiares do caso concreto. Ainda

que a desistência não seja vedada nesta fase, não havendo qualquer sanção prevista na legislação, é possível a ocorrência de abuso de direito no ato de desistência.

O abuso de direito ocorre quando o agente, em que pese atue dentro de prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe conceda, exorbita no exercício de seu direito, deixando de considerar sua finalidade social, e causa dano a outrem (RODRIGUES, 2003, p. 46). O abuso de direito caracteriza ato ilícito e gera o dever de indenizar (RIZZARDO, 2013, p. 512), estando previsto no Código Civil brasileiro em seu artigo 187. O procedimento de adoção, como já apontado, tem como finalidade social o superior interesse da criança e do adolescente e qualquer disposição que o regulamente deve atender a sua finalidade, bem como a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (artigo 6º do ECA, a saber: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”).

O adotante, portanto, que exerce abusivamente seu direito de desistir da adoção ainda no estágio de convivência, comete ato ilícito. A averiguação de tal cenário, evidentemente, deverá ser realizada atentando-se às peculiaridades de cada caso, sendo possível citar, a título de exemplo, situações em que os adotantes prolonguem demasiadamente o período de guarda sem motivo aparente, recusem-se a ajuizar a ação de adoção, inculcam na criança a ideia de que pertencia ao meio familiar e realizem práticas de abuso psicológico e/ou físico.

No tocante à devolução após o trânsito em julgado da sentença de adoção, tem-se que, uma vez perfectibilizada a adoção, a filiação é estabelecida e não há qualquer discriminação do vínculo biológico em relação ao adotivo, pelo princípio da igualdade entre os filhos consagrado na Constituição Federal de 1998 em seu artigo 227, § 6º. A adoção se torna irrevogável, de acordo com o artigo 39, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, uma vez que os pais adotivos manifestem o desejo de desistir da adoção, este se mostra impossível no âmbito jurídico, e o procedimento a ser empregado é o da destituição do poder familiar. Nesse cenário, a jurisprudência não é unânime quanto a possibilidade de responsabilização civil dos adotantes e, quando aceita sua aplicação, em grande parte dos casos resta abarcada pela tese do abandono afetivo, enquanto omissão de cuidado (REsp 1.159.242/SP, 3ª Turma, Relatora Min-

istra Nancy Andrichi, julgado em 24/04/2012, DJe 1/05/2012).

Ocorre que a responsabilidade por abandono afetivo pressupõe a análise da culpa dos pais, uma vez que se trata de responsabilidade subjetiva. Enquanto alguns doutrinadores defendem que a devolução após o trânsito em julgado da sentença de adoção caracteriza ato ilícito por si só e incide em responsabilidade objetiva dos adotantes (GAGLIANO, BARRETTO, 2020), a aplicação da tese do abandono afetivo visa a respeitar o princípio da igualdade entre os filhos. Assim, há divergências acerca da interpretação jurídica a ser aplicada.

6 CONCLUSÃO

Não se pode conceber que a criança ou adolescente seja mero instrumento de realização pessoal dos adotantes ou pretendentes à adoção, acolhida no seio de nova família e posteriormente devolvida a instituições de abrigo sem maiores esclarecimentos. Tal prática fere direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988 e não atende a doutrina da proteção integral adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A devolução de crianças e adolescentes a instituições de acolhimento causa danos psicológicos intensos ao adotando e é necessário que tal prática encontre consequências jurídicas efetivas. Para tanto, mostra-se viável a aplicação da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, inclusive no que tange aos procedimentos de adoção.

No entanto, a possibilidade de responsabilização civil pela desistência dos adotantes deve ser analisada de acordo com a fase do procedimento, ou seja, se na vigência do estágio de convivência ou após trânsito em julgado da sentença de adoção.

A desistência da adoção quando no estágio de convivência pode vir a caracterizar abuso de direito, ao ferir a finalidade social do instituto, sendo, portanto, ato ilícito passível de responsabilização civil. Já no que tange a desistência após o trânsito em julgado da sentença de adoção, tem-se que a problemática carece de aprofundamento da pesquisa.

Sem pretensões de esgotar o tema, defende-se a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil em casos de desistência da adoção, com as ressalvas já expostas, e a necessidade de maior aprofundamento da discussão, em consonância com a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, diante da ausência de sistematização da questão.

REFERÊNCIAS

ALBORNOZ, Ana Celina Garcia. **Psicoterapia com crianças e adolescentes institucionalizados**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006.

ALMEIDA, Felipe Cunha de. **Responsabilidade Civil no direito de família: angústias e aflições nas relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 ago. 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: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 11 ago. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v.3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. Responsabilidade civil pela desistência na adoção. **Site do IBDFAM**. 27 jul. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1513/Responsabilidade+civil+pela+desistencia+na+adoacao>. Acesso em: 11 ago. 2020.

GHIRARDI, Maria Luiza de Assis Moura. **Devolução de crianças adotadas: um estudo psicanalítico**. São Paulo: Primavera Editorial, 2015.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**. 20ª Ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7ª Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Andrea Kotzian. NUNES, Maria Lucia Tiellet. Estudos brasileiros sobre adoção e motivos de busca de atendimento psicoterapêutico. In: SCORSOLINI-COMIN, Fabio.; PEREIRA, Andrea Kotzian.; NUNES, Maria Lucia Tiellet. Org. **Adoção: legislação, cenários e práticas**. São Paulo: Vetor, 2015.

PEREIRA, Andrea Kotzian. NUNES, Maria Lucia Tiellet. Fantasias dos pais adotivos diante da adoção. In: SCORSOLINI-COMIN, Fabio.; PEREIRA, Andrea Kotzian.; NUNES, Maria Lucia Tiellet. Org. **Adoção: legislação, cenários e práticas**. São Paulo: Vetor, 2015.

PINHO, Patrícia Glycerio R. Devolução: Quando as Crianças Não se Tornam Filhos. In: LADVOCAT, Cynthia.; DIUANA, Solange. **Guia da Adoção: no jurídico, no social, no psicológico e na família**. São Paulo: Roca, 2014.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil e Direito de Família: a Proposta da Reparação não Pecuniária. In: MADALENO, Rolf.; BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, v.4. Responsabilidade civil. 20ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família contemporâneo**. 3ª Ed. rev. atual. Salvador: Juspodivm: 2017.



DIALÉTICA
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"
(Lao Tze)