

ANAIIS DO
VII EGRUPE

CONSELHO EDITORIAL



Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia
André Luís Vieira Elói
Antonino Manuel de Almeida Pereira
Antônio Miguel Simões Caceiro
Bruno Camilloto Arantes
Bruno de Almeida Oliveira
Bruno Valverde Chahaira
Catarina Raposo Dias Carneiro
Christiane Costa Assis
Cíntia Borges Ferreira Leal
Claudia Lambach
Cristiane Wosniak
Eduardo Siqueira Costa Neto
Elias Rocha Gonçalves
Evandro Marcelo dos Santos
Everaldo dos Santos Mendes
Fabiani Gai Frantz
Fabiola Paes de Almeida Tarapanoff
Fernando Andacht
Flávia Siqueira Cambraia
Frederico Menezes Breyner
Frederico Perini Muniz
Giuliano Carlo Rainatto
Gláucia Davino
Hernando Urrutia
Izabel Rigo Portocarrero
Jamil Alexandre Ayach Anache
Jean George Farias do Nascimento
Jorge Douglas Price
Jorge Manuel Neves Carrega
José Carlos Trinca Zanetti
Jose Luiz Quadros de Magalhaes
Josiel de Alencar Guedes
Juvencio Borges Silva
Konradin Metze
Laura Dutra de Abreu
Leonardo Avelar Guimarães
Lidiane Mauricio dos Reis
Ligia Barroso Fabri

Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem
Luciana Molina Queiroz
Luiz Carlos de Souza Auricchio
Luiz Gustavo Vilela
Manuela Penafria
Marcelo Campos Galuppo
Marco Aurélio Nascimento Amado
Marcos André Moura Dias
Marcos Antonio Tedeschi
Marcos Pereira dos Santos
Marcos Vinício Chein Feres
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral
Marilene Gomes Durães
Mateus de Moura Ferreira
Mauro Alejandro Baptista y Vedia Sarubbo
Milena de Cássia Rocha
Mirian Tavares
Mortimer N. S. Sellers
Nígela Rodrigues Carvalho
Paula Ferreira Franco
Pilar Coutinho
Rafael Alem Mello Ferreira
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia
Raphael Silva Rodrigues
Rayane Araújo
Regilson Maciel Borges
Régis Willyan da Silva Andrade
Renata Furtado de Barros
Renildo Rossi Junior
Rita de Cássia Padula Alves Vieira
Robson Jorge de Araújo
Rogério Luiz Nery da Silva
Romeu Paulo Martins Silva
Ronaldo de Oliveira Batista
Susana Costa
Sylvana Lima Teixeira
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

ANDRÉ MACHADO MAYA

ANAIS DO VII EGRUPE

Encontro Interinstitucional
de Grupos de Pesquisa



DIALÉTICA
EDITORA

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.

Copyright © 2025 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2025 by André Machado Maya (Org.)



DIALÉTICA
EDITORA

 /editoradialetica

 @editoradialetica

www.editoradialetica.com

EQUIPE EDITORIAL

Editores

Profa. Dra. Milena de Cássia de Rocha
Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira
Prof. Dr. Tiago Aroeira
Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

Coordenadora Editorial

Kariny Martins

Produtora Editorial

Yasmim Amador

Controle de Qualidade

Maria Laura Rosa

Capa

Maria Eduarda Steola

Diagramação

Maria Eduarda Steola

Preparação de Texto

Miguel Sanches

Revisão

Responsabilidade do autor

Auxiliar de Bibliotecária

Laís Silva Cordeiro

Assistentes Editoriais

Agatha Tomassoni Santos
Ludmila Azevedo Pena

Estagiários

Beatriz Mattos
Rayane de Souza Tavares



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A532v Anais do VII EGRUPE : Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa / organização André Machado Maya. – São Paulo : Editora Dialética, 2025.
796 p.

Bibliografia.
ISBN 978-65-270-4759-9

1. Pesquisa. 2. Ensino superior. 3. Educação. I. Título.

CDD-007

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. Nesta sétima edição, o Encontro foi novamente aberto a outras Instituições de Ensino Superior, de modo a ampliar ainda mais o diálogo e propiciar mais pontos de contato entre as pesquisas acadêmicas.

Nessa perspectiva, o Encontro é organizado no formato de grupos de trabalho, divididos a partir de cinco 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; (GT04) Direitos humanos, cidadania e novos direitos; e (GT05) políticas públicas, família e direitos geracionais. O Encontro seguiu o modelo dos anteriores e foi realizado virtualmente. Foram apresentados mais de oitenta trabalhos. Os números, semelhantes aos da 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 afins, e assim também o diálogo inter-

no 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 setenta e nove resumos expandidos apresentados por discentes e/ou docentes dos Programas de Pós-Graduação participantes, selecionados a partir de critérios objetivos de conteúdo, forma, adequação temática e apresentação oral nos grupos de trabalho. Os resumos 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!

Outono de 2024,

Prof. Dr. André Machado Maya (FMP/RS)

Coordenador do Encontro de Grupos de Pesquisa

SUMÁRIO

ACESSIBILIDADE NOS ESPAÇOS PÚBLICOS E O CUMPRIMENTO DA ODS 11.7 21

Jerônimo Mellilo Zaniboni; Yduande Oliveira May

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA NA ADPF 828 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DIÁLOGO JUNTO AO EFEITO *BACKLASH* E A TEORIA DO HÉRCULES DE DWORKIN 31

Bruno Fernandes Zopelaro
Fernanda Andrighetti Parente
Reginaldo de Souza Vieira

DESAFIOS DO FEDERALISMO BRASILEIRO: O ENFRAQUECIMENTO DOS PODERES LOCAIS EM RAZÃO DA DESIGUALDADE REGIONAL 41

Alice Wisniewski
Camila Elen Weber Reuter
Gabriela Da Silva André

DESAFIOS E CONTRIBUIÇÕES DO AVANÇO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL NO TEMA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA RELAÇÃO COM O CONTROLE JURISDICIONAL NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 51

Fernando Roberto Schnorr Alves
Dérigue Soares Crestane

**DIRETO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL
E SEUS DESAFIOS PERANTE OS MUNICÍPIOS JUNTO A SUA EFETIVAÇÃO 61**

Artur BolanBúrigo
Daniel Ribeiro Preve

**DISCURSO DE ÓDIO CONTRA AS MULHERES NO ÂMBITO DAS DECISÕES
DO STF: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DO RECONHECIMENTO 69**

Faena Gall Gófas Meneghetti
Júlia Carolina Budde

**INFLUÊNCIAS DE ORGANISMOS INTERNACIONAIS NA CONSTRUÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS PARA ACESSAR O ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO 77**

Igor Gomes Duarte Gomide dos Santos
Reginaldo de Souza Vieira

O ADOECIMENTO MENTAL DOS POLICIAIS MILITARES DO CEARÁ 91

Rafaella Ferreira Melo Costa
Hiury Machado Melo

**POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIÁRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA: COMO
POTENCIALIZAR A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS POR MEIO DAS AVALIAÇÕES?97**

Victor Saldanha Priebe;Helena Schwantes
Fabiana Marion Spengler

**PRESUNÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE “LEIS IN YOUR FACE”
E ÔNUS ARGUMENTATIVO DO LEGISLADOR ORDINÁRIO 107**

Lucas Moreschi Paulo
Mateus Henrique Schoenherr

**A LINHA TÊNUE QUE DESCARACTERIZA O TRABALHO
DOMÉSTICO E CONFIGURA A ESCRAVIDÃO 119**

Suzéte da Silva Reis
Chaiana Ramos Rodrigues
Isabelle Pinto Antonello

**A PERVERSIDADE DO DISCURSO DA MERITOCRACIA E SUA
CONTRIBUIÇÃO PARA RACISMO ESTRUTURAL 131**

Tatiana dos Santos Schuster

**CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL E
GOVERNANÇA DIGITAL: BREVES CONSIDERAÇÕES E PERSPECTIVAS 139**

Chaiene Meira de Oliveira
Rogério Gesta Leal

**MOROSIDADE JURISDICIONAL E A BUSCA CONSTANTE POR ALTERNATIVAS
JURÍDICAS PARA SANAR O DÉFICIT NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS 145**

Hipólito Domenech Lucena
Maini Dornelles
Carolina Kolling Konzen

**O CONSENTIMENTO DO TRABALHADOR PARA O TRATAMENTO DE
SEUS DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO TRABALHISTA 159**

Diogo de Almeida Ferrari
Suzéte da Silva Reis

**O INSTRUMENTO DO *RETROFIT* E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA
A GARANTIA DO DIREITO À HABITAÇÃO 167**

Arthur Votto Cruz
Guilherme Pagel
Ricardo Hermany

**O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ERA DIGITAL NO
DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA INOVAÇÃO SUSTENTÁVEL:
CONTRIBUIÇÕES PARA O OBJETIVO 16 DA AGENDA 2030 DA ONU 173**

Karol Elis Kellermann Rohde
Caroline Müller Bitencourt

**OS DESAFIOS DE UMA ECONOMIA PRIMARIZADA – A AGREGAÇÃO
DE VALOR AOS COMMODITIES BRASILEIROS EM CUMPRIMENTO À
META 9.B DO ODS N° 9 181**

Isabelli de Medeiros Uliana
Yduan de Oliveira May

**OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS COMO MEIOS DE ACESSO À JUSTIÇA:
O TRABALHO DAS PROMOTORIAS REGIONAIS DE EDUCAÇÃO PARA A
GARANTIA DO ACESSO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA 193**

Paula Meinhardt Aguiar

**UMA ANÁLISE DO COMPLIANCE PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE
GOVERNANÇA NOS CONTRATOS PÚBLICOS NO ÂMBITO LOCAL A
PARTIR DA LEI 14.133/2021.....203**

Betieli da Rosa Sauzem Machado
Camila Lemos de Melo
Ricardo Hermany

**A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL: REFLEXÕES A
PARTIR DO AGRG NO RHC Nº 143.169/RJ DO STJ..... 215**

Anna Julia Luchtemberg
André Machado Maya

A EXPANSÃO PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL 225

Gustavo Michels Botega

**A SUBJETIVIDADE DO CONCEITO DE FUNDADA SUSPEITA E A SUA
IMPLICAÇÃO NA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA, NORTEADA PELOS
RECENTES JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)..... 235**

Lorenzo Rosa Stiehl

**LEI Nº 14.550/23: A RECENTE ALTERAÇÃO DA LEI MARIA DA
PENHA E NATUREZA JURÍDICA CAUTELAR DAS MEDIDAS
PROTETIVAS DE URGÊNCIA 241**

Ana Paula Franco

Juliana Possani Kirsch

**O DIREITO (FUNDAMENTAL) À SEGURANÇA FRENTE AOS
RISCOS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA 247**

Leandro Reis de Souza

PUBLICIDADE PROCESSUAL NA REPRESSÃO À CORRUPÇÃO 259

Pedro Henrique Marcon Rockenbach

**A ÉTICA DO CUIDADO E OS SEUS PRINCIPAIS REFLEXOS NA
VIDA DAS MULHERES 269**

Etyane Goulart Soares

Stéffani das Chagas Quintana

**A INCLUSÃO SOCIOECONÔMICA DO DEFICIENTE POR MEIO DA
(RE)HABILITAÇÃO PROFISSIONAL PREVIDENCIÁRIA COMO FORMA DE
AUXILIAR NO CUMPRIMENTO DA ODS 8.5 PARA AGENDA 2030 277**

Patrícia Bonfante Blanco

Yduan de Oliveira May

CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA VS. BRASIL: UMA ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS DE NÃO REPETIÇÃO FIXADAS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS MARCADORES DE LETALIDADE POLICIAL EM UM CONTEXTO DE DISCRIMINAÇÃO ESTRUTURAL DE GRUPOS VULNERÁVEIS *	285

Eliziane Fardin de Vargas
Victória Scherer de Oliveira
Bárbara Santiago de Lima

DESENHO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO	297

Vanessa Thomas Becker
Rogério Gesta Leal

ELEMENTOS CONCEITUAIS DA APOROFOBIA SEGUNDO ADELA CORTINA ...	305

Elias Guilherme Trevisol

ESBOÇO DE UM NOVO MODELO AOS CURRÍCULOS ESCOLARES DA EDUCAÇÃO BÁSICA NO INCREMENTO DA PARTICIPAÇÃO E DELIBERAÇÃO DO CIDADÃO NA GESTÃO PÚBLICA	313

Carla Luana da Silva
Rogério Gesta Leal

<i>IUS CONSTITUTIONELA COMMUNE</i> LATINO-AMERICANO: A VINCULAÇÃO DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE SAÚDE	325

Anderson Carlos Bosa
Mônia Clarissa Hennig Leal

**JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA CORTE IDH:
A CONDUÇÃO À TRANSFORMAÇÃO PARADIGMÁTICA 335**

Letícia Joana Müller
Rosana Helena Maas

**LIMITES E POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DA COSMOVISÃO INDÍGENA
PARA A CONSTRUÇÃO DE CIDADES AMBIENTALMENTE SUSTENTÁVEIS 347**

Márcio Teza de Bona
Daniel Ribeiro Preve

**MATERNIDADE ENCLAUSURADA: DIFICULDADES E DESAFIOS
NA IMPLEMENTAÇÃO DO *HABEAS CORPUS* 143.641 NAS
PRISÕES BRASILEIRAS 357**

Marli M. Moraes da Costa
Georgea Bernhard

**O ACESSO À JUSTIÇA E O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA DIGITAL:
UMA ANÁLISE A PARTIR DOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DURAÇÃO
RAZOÁVEL DO PROCESSO 365**

Francine Carminati
Reginaldo de Souza Vieira
Juliana Paganini

**APLICATIVO *BE MY EYES*: UMA ANÁLISE PELA PERSPECTIVA
DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE 373**

Lisandra Inês Metz
Jorge Renato dos Reis

**O CIDADÃO, PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, SOB
A PERSPECTIVA AMBIENTAL E O DESCARTE DE PRODUTOS 381**

Clovis Gorczewski
Sherydan Engler Lara

**O IMPACTO DA FALTA DO REGISTO DE NASCIMENTO NO
EXERCÍCIO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA REFLEXÃO BASEADA
NO CONTEXTO MOÇAMBICANO 389**

Orlanda dos Anjos
Yduan de Oliveira May

**OS NEURODIREITOS COMO DIREITOS HUMANOS FRENTE
ÀS EMERGENTES TECNOLOGIAS DE PERSUAÇÃO.....397**

Maria Laura Vieira Alves
Leonardo Zamparetti de Queiroz

**TRADIÇÕES E APORTES TEÓRICOS PARA UMA CULTURA DOS
DIREITOS HUMANOS: DE CABO VERDE À AMÉRICA LATINA.....407**

Luís Guilherme Nascimento de Araujo
Carlos Filipe Lima Oliveira

**UM MURO CHAMADO “INFORMALIDADE”: A PRECARIEDADE LABORAL DOS
REFUGIADOS E OS PRINCIPAIS ÓBICES ENCONTRADOS NA EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS TRABALHISTAS NOS MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS 415**

Guilherme Vieira Barbosa
Carlos Eduardo de Abreu Boucault

**A DIVERGÊNCIA CONCEITUAL DAS GUARDAS ALTERNADA E COMPARTILHADA
E SUA INTERFERÊNCIA NA APLICAÇÃO PRÁTICA DA CONVIVÊNCIA
EQUILIBRADA: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....437**

Gláucia Borges

**ADOÇÃO INTER-RACIAL NO ESTADO DE SANTA CATARINA: OS
DESAFIOS DA FORMAÇÃO DE UMA FAMÍLIA MULTIRRACIAL 451**

Jamila Péterle dos Santos
Ismael Francisco de Souza

**A ESCOLA COMO ESPAÇO ESTRATÉGICO AO DESENVOLVIMENTO
DA ESCUTA ESPECIALIZADA PARA O ENFRENTAMENTO DAS
VIOLAÇÕES DE DIREITOS NA INFÂNCIA 459**

Débora Karoline de Oliveira Magalhães
Ismael Francisco de Souza

**A FUNÇÃO SOCIALIZADORA DA ESCOLA COMO DEMONSTRAÇÃO DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE EM OPOSIÇÃO AO *HOMESCHOOLING*.... 469**

Priscila de Freitas
Jorge Renato dos Reis

**A HERANÇA DIGITAL NO BRASIL: DESAFIOS JURÍDICOS E
PERSPECTIVAS PARA A PROTEÇÃO E TRANSMISSÃO DOS BENS DIGITAIS 477**

Luana Bartz de Sá

**A (I)LEGALIDADE NA MANUTENÇÃO DA MONOGAMIA ENQUANTO}
ASPECTO OBRIGATÓRIO NO RECONHECIMENTO DE RELACIONAMENTOS
CONJUGAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE PELO VIÉS DO PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE.....489**

Roger Wiliam Bertolo
Jorge Renato dos Reis

**A INEFICÁCIA DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS À PROTEÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES À LUZ O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE EM FACE DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO INSUFICIENTE.....503**

Beatriz Aquaroni Favarin Cadamuro
Fernanda Cristina Gasparotto

**A PROTEÇÃO INTEGRAL COMO FORMA DE GARANTIA DE APLICAÇÃO DOS
DIREITOS HUMANOS PARA A ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL 515**

Andrei da Rosa Sauzem Machado
Camila Conrad

**A SEPARAÇÃO JUDICIAL E O DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
UM ESTUDO À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66 DE 13 DE JULHO
DE 2010 E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.167.478/RJ 531**

Yan Roberto Santos de Oliveira

**AS POLÍTICAS DE ATENDIMENTO NO ENFRENTAMENTO À
EXPLORAÇÃO SEXUAL COMERCIAL 543**

Higor Neves de Freitas
Rafaela Preto de Lima
Rafael Bueno da Rosa Moreira

**A TRANSFERÊNCIA DE CRIPTOMOEDAS AOS SUCESSORES DO TITULAR
FALECIDO NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 553**

Samanta de Freitas Iensen

**BREVES NOTAS SOBRE A POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO
TESTAMENTÁRIA DE BENS DIGITAIS 563**

Rafaela de Vargas Pereira

**CUSTEIO DE TRATAMENTO PSICOLÓGICO EM CASO DE
VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR..... 577**

Carolina D'Amorim Barreto

**DE ABRIGO AO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL: O MODELO ATUAL
ATENDE AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE? 589**

Victória Gonçalves da Silva

**GARANTINDO O DIREITO DE DECISÃO NO FIM DA VIDA: A RELEVÂNCIA
DO TESTAMENTO VITAL PARA OS IDOSOS.....597**

Isadora Hörbe Neves da Fontoura
Larissa Lauda Burmann

IGUALDADE DE GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS 609

Gilk da Silva Santos
Sabrina Abreu Dagostin Zanatta

IMPACTOS DA COVID-19 SOBRE A SAÚDE MATERNO-INFANTIL NO BRASIL.... 617

Johana Cabral
Andrea Silva Albas Cassionato
Juliana Toralles dos Santos Braga

**LEI 14.443/2022: IDADE MÍNIMA PARA PROCEDIMENTOS
DE ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA E AUTONOMIA PRIVADA..... 625**

Geórgia Manfroí
Viktória Barboza Sanhudo

LIMITES E POSSIBILIDADES DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NAS SUCESSÕES ...637

Dálety Azevedo de Castro Eleuthério

**O DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:
UMA ANÁLISE SOBRE AS ERAS DO DIREITO AO DIVÓRCIO NO BRASIL
E O PROCESSO REVOLUCIONÁRIO DA RETIRADA DO ESTADO DA
INTIMIDADE FAMILIAR 647**

Gabriel Floriana de Andrade Dutra da Rocha

**O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA:
LIMITES E POSSIBILIDADES 655**

Júlia Farias Mertins

**O EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA E DA
CONVIVÊNCIA FAMILIAR PELA VIA DIGITAL 661**

Luciana Ignácio Krieger
Marina Mayer Pereira

O INSTITUTO DA LEGÍTIMA NO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DOS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA PRIVADA E DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR 671

Rafaela Rojas Barros
Amanda Hansen Klauck

OS CONSELHOS MUNICIPAIS DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O PAPEL DAS AÇÕES ESTRATÉGICAS DENTRO DOS MUNICÍPIOS COMO FERRAMENTAS NO ENFRENTAMENTO DO TRABALHO INFANTIL 685

Celiena Santos Manica
Mariane Contursi Piffero

OVERSHARENTING E O EXERCÍCIO FUNCIONAL DA AUTORIDADE PARENTAL COMO FORMA DE PRESERVAR OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS FILHOS NO MEIO DIGITAL 697

Éric Lima de Souza

PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E OS CRITÉRIOS DE SUA CONSTITUIÇÃO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES 709

Ana Paula Brudnicki Barbosa

PEDIDOS DE RETIFICAÇÃO DE PRENOME E GÊNERO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES TRANS: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ 721

Amanda Maria Trojan

PERSPECTIVAS DO APADRINHAMENTO INSTITUCIONAL DIANTE DA VEDAÇÃO DE PESSOAS INSCRITAS NO CADASTRO DE ADOÇÃO 733

Elisandra Almeida Hlawensky

POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES COM DEFICIÊNCIA NA EDUCAÇÃO ESCOLAR 745

Débora Franciele Pfüller

PROTOCOLO “NÃO É NÃO” E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROMOÇÃO DE FORMAS MAIS IGUALITÁRIAS DE ACESSO AO ÓCIO E LAZER PARA AS MULHERES 753

Deise Brião Ferraz

Marli Marlene Moraes da Costa

REABANDONO E POLÍTICAS PÚBLICAS: O DEVER DO ESTADO EM MITIGAR OS CASOS DE DESISTÊNCIAS DE ADOÇÕES 763

Alexandra Neves Pinheiro

Desyrrê Moraes Lemes Mota

Helena Gil Klein

TRÁFICO DE ADOLESCENTES PERANTE O SISTEMA NACIONAL DE LOCALIZAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO DE DESAPARECIDOS – SINALID: UMA QUESTÃO DE GÊNERO 775

Ana Lara Cândido Becker de Carvalho

Ramon Barcellos Tedesco

UM ESTUDO DA RENÚNCIA À CONDIÇÃO DE HERDEIRO LEGITIMÁRIO PELOS CÔNJUGES EM CONVENÇÃO ANTENUPCIAL NO DIREITO PORTUGUÊS: UM BOM MODELO PARA A GARANTIA DA AUTONOMIA NO BRASIL? 785

Maria Eduarda Mikiewicz Desplanches

Helena de Azeredo Orselli

ACESSIBILIDADE NOS ESPAÇOS PÚBLICOS E O CUMPRIMENTO DA ODS 11.7

Accessibility In Public Spaces And Compliance With Sdg 11.7

Jerônimo Mellilo Zaniboni¹

Yduande Oliveira May²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a verificar se o Brasil está concretizando os objetivos do desenvolvimento sustentável propostos pela Organização das Nações Unidas – ONU (Agenda 2030), tocante à acessibilidade dos espaços públicos, em especial para as mulheres e crianças, pessoas idosas e pessoas com deficiência– ODS 11.7.

Para tanto, necessário entender o que são esses objetivos e qual a sua importância no desenvolvimento sustentável, com especial atenção para o objetivo 11.7 que trata do acesso universal aos espaços públicos.

Importante, também, ressaltar que esse direito de acesso universal aos espaços públicos encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro com previsão na Lei 10.098/2000, bem como no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Assim, busca-se compreender como se dá a atuação do poder público em relação a acessibilidade dos espaços públicos no período de

1 Mestrando em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Pesquisador no Grupo de pesquisas Direito e Sociedade Econômica (DISE/UNESC). Endereço eletrônico: gezaniboni@hotmail.com.

2 Doutor em Direito. Professor do PPGD/UNESC. Coordenador do DISE/UNESC. Endereço eletrônico: yduan@unes.net.

2016 a 2023, bem como se houve avanço ou retrocesso nas questões de acessibilidade no Brasil durante esse período.

O período temporal da pesquisa foi escolhido por coincidir com a Agenda 2030 da ONU que teve início no ano de 2016 e terminará no ano de 2030. Passado metade do período para a implementação das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento sustentável pouco foi feito para a consecução desses objetivos.

Segundo dados dos Relatórios Luz da Agenda 2030, produzidos pelo Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para os anos de 2016 a 2022, as metas 11.1 a 11.7 tiveram retrocesso considerável, principalmente em relação à segurança.

Tomando por base esses dados, busca-se entender o que foi feito no país, nesse período, para melhorar a acessibilidade dos espaços públicos, em especial para as mulheres e crianças, pessoas idosas e pessoas com deficiência.

Nesse trabalho, utilizou-se como metodologia o método dedutivo, com pesquisa documental, bibliográfica e legislativa.

DESENVOLVIMENTO

A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU –, por meio da Resolução 55/2 definiu oito grandes objetivos para os 191 países envolvidos, divididos em 21 metas, afim de fazer com que o mundo evoluísse na eliminação da fome e da extrema pobreza. Esse programa foi denominado de Objetivos de Desenvolvimento do Milênio - ODM. Os Objetivos do desenvolvimento do Milênio iniciaram-se no ano de 1990 e tiveram duração pré-definida até o ano de 2015 (ROMA, 2019).

No Brasil, grandes foram os avanços ocorridos durante o programa nas mais diversas áreas, como combate à fome e à extrema pobreza, universalização da educação primária, redução da mortalidade infantil, dentre outras (ROMA, 2019).

Em razão do término do prazo estipulado para a consecução dos objetivos do milênio, foi criado pela ONU um novo programa denominado “Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” (ROMA, 2019).

Nessa Agenda foram estipulados dezessete objetivos em prol do desenvolvimento sustentável, divididos em 169 metas a serem cumpridas pelos 193 países-membros integrantes da Assembleia Geral da ONU (ONU, 2015).

Para consecução desse projeto, o Governo Federal criou, por meio do Decreto nº 8.892/2016, a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (CNODES) com a função de adequação das metas e objetivos estipulados pela ONU à realidade do país, ficando definido pela Comissão os dezessete objetivos e as 175 metas a serem cumpridas pelo Brasil na Agenda 2030 (BRASIL, 2016).

Magno Federici Gomes e Leandro José Ferreira (2018) dividem os objetivos do desenvolvimento sustentável propostos pela Agenda 2030 em cinco grandes grupos de acordo com as dimensões de sustentabilidade, sendo eles: dimensão social (objetivos 1; 2; 3; 4; 9; e 11), dimensão ambiental (objetivos 6; 12; 13; 14; e 15), dimensão econômica (objetivos 7; 8; e 10), dimensão ética (objetivo 5; e 17) e dimensão jurídico-política (objetivo 2; 3; 4; 11; e 16).

Como dimensão social devemos entender a sustentabilidade de como a possibilidade de desenvolvimento social do cidadão e de toda a comunidade com uma visão de sociedade equilibrada e voltada para o desenvolvimento das potencialidades individuais (GOMES; FERREIRA, 2018).

Dentro da dimensão social, o objetivo onze busca “tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis”. A acessibilidade universal aos espaços públicos está prevista na meta 11.7, assim definida: “até 2030, proporcionar o acesso universal a espaços públicos seguros, inclusivos, acessíveis” (ONU, 2015).

A Constituição Federal define as diretrizes da política de desenvolvimento urbano tendo por objetivo o desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes (BRASIL, 1988).

Ainda, o parágrafo segundo do artigo 227 da mesma Carta Magna determina a criação de lei definindo as normas para a construção de logradouros e edifícios públicos que garantam o acesso às pessoas com deficiência.

Em cumprimento a norma constitucional, no ano de 2000 foi aprovada a Lei 10.098 que estabelece normas para promoção da aces-

sibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida (BRASIL, 2000).

Essa Lei foi profundamente modificada no ano de 2015 com a instituição do Estatuto da Pessoa com Deficiência trazendo definições sobre a acessibilidade dos espaços públicos.

Esse Estatuto trouxe no inciso I do artigo 2º a definição de acessibilidade como sendo:

I – Acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Ainda, o artigo 3º, *caput*, determina que:

O planejamento e a urbanização das vias públicas, dos parques e dos demais espaços de uso público deverão ser concebidos e executados de forma a torná-los acessíveis para todas as pessoas, inclusive para aquelas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Mas a acessibilidade aos espaços públicos de que trata a meta 11.7 da Agenda 2030 não se limita à acessibilidade física das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, ela também depende da segurança nesses espaços, especialmente para mulheres, crianças, pessoas idosas e pessoas com deficiência (ONU, 2015). De nada adiante solucionar a acessibilidade física se o ambiente público não oferece segurança suficiente para o acesso universal àquele espaço.

Os Relatórios Luz da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável são relatórios produzidos anualmente pelo Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável que fazem uma análise da implementação dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável no Brasil e traz em algumas diretrizes do que o país precisa fazer para alcançar as metas propostas na Agenda 2030 da ONU (RELATÓRIO LUZ, 2022).

Ao analisar esses relatórios anuais verificamos que apenas no ano de 2017 não houve um relatório completo de todos os objetivos da Agenda. Apenas os objetivos 1, 2, 3, 5, 9, 14 e 17 foram objeto daquele relatório (RELATÓRIO LUZ 2017).

A partir do ano de 2018 até o ano de 2022 os relatórios foram completos, contemplando toda a Agenda.

Passamos agora a relatar quais forma as conclusões desses relatórios em relação a Meta 11.7, prevista dentro do objetivo onze da Agenda.

No ano de 2018 o relatório constatou que:

[...] apesar de 23,91% da população brasileira ter algum tipo de deficiência, não há ações públicas de valorização e melhoria das calçadas. Ao mesmo tempo, 86% das mulheres têm medo de serem assediadas nos espaços públicos segundo pesquisa da Action Aid167: 50% já foi seguida nas ruas, 44% tiveram seus corpos tocados e 8% foram estupradas (RELATÓRIO LUZ 2018).

Ou seja, o Grupo constatou que o poder público não está atuando na melhoria dos acessos públicos, em especial nas calçadas. Dá mesma forma, o relatório colocou a questão da segurança pública como limitadora do acesso aos espaços públicos.

Além disso, o Grupo colocou como recomendação para o poder público municipal a aprovação dos planos diretores e de mobilidade municipais, nos termos do que dispõe o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), a Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei 12.587/2012) e a Lei de Acessibilidade (Lei 10.098/2000) (RELATÓRIO LUZ 2018).

No ano de 2019 o relatório asseverou a ausência de dados estatísticos sobre a acessibilidade dos espaços públicos e foi ainda mais enfático em relação a questão da segurança pública nos espaços públicos, trazendo pesquisa sobre o assédio e o constrangimento de mulheres nos espaços públicos. Nessa pesquisa, 32,1% das mulheres entrevistadas relataram ter ouvido comentários desrespeitosos quando estavam andando na rua no ano de 2018 e 11,8 disseram que foram assediadas fisicamente em transporte público ou privado (RELATÓRIO LUZ 2019).

No relatório de 2020 o Grupo constatou que a Meta 11.7 teve retrocesso no ano anterior, salientando que em pesquisa realizada, 97% das mulheres relataram já terem sofrido alguma espécie de assédio em transporte público. A recomendação desse relatório foi para levarem

conta as particularidades locais no planejamento e no ordenamento territorial e garantir a participação da sociedade civil na formulação dos planos de ordenamento das cidades (RELATÓRIO LUZ 2020).

O relatório de 2021 constatou que, mesmo com a diminuição da circulação em razão da COVID-19 houve um aumento da insegurança nos espaços públicos, contribuindo para um novo retrocesso da Meta 11.7 (RELATÓRIO LUZ 2021).

Dentre as recomendações apresentadas no relatório de 2021 destacamos os seguintes:

[...]

5. Qualificar as calçadas e a malha cicloviária das cidades, instalando bicicletários e sistemas públicos de compartilhamento de bicicletas, prioritariamente em áreas com muita densidade populacional e pouca infraestrutura viária urbana;

6. Retomar e incentivar os processos participativos de planejamento e monitoramento das políticas públicas setoriais de desenvolvimento urbano, por meio de conselhos públicos municipais e estaduais, conforme previsto nas Políticas Nacionais de Habitação, Mobilidade Urbana, Saneamento Ambiental e Resíduos Sólidos;

[...]

8. Preservar e ampliar as áreas verdes - i.e. praças e parques públicos - dentro do perímetro urbano dos municípios, bem como garantir a delimitação e a preservação das áreas ambientalmente sensíveis (RELATÓRIO LUZ 2021).

Por fim, o relatório de 2022, que trata do ano de 2021, constatou novo retrocesso na Meta 11.7, salientando que a limitação de acesso aos espaços públicos decorrentes da COVID-19 teve grande impacto negativo para a consecução da Meta. Da mesma forma, a violência policial teve considerável aumento no período, crescendo, assim, a insegurança da população (RELATÓRIO LUZ 2022).

A recomendação desse relatório foi para que o Congresso Nacional promova a construção de Planos Plurianuais para atendimento das metas do objetivo 11 (RELATÓRIO LUZ 2022).

CONCLUSÃO

O trabalho está em andamento, porém já se observa que a Meta 11.7 da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável traz importante objetivo dentro da dimensão social da Agenda ao introduzir o acesso universal a espaços públicos seguros, inclusivos, acessíveis e verdes como objetivo para o desenvolvimento sustentável, principalmente em relação a parcela da população mais vulnerável como as crianças, os idosos, as mulheres e as pessoas com deficiência.

Além dessa previsão como objetivo do desenvolvimento sustentável trazido pela ONU, a questão da acessibilidade também está prevista no ordenamento jurídico brasileiro, com previsão constitucional e disciplinada no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), na Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei 12.587/2012) e na Lei de Acessibilidade (Lei 10.098/2000).

Mas, a questão da universalização do acesso aos espaços públicos não está relacionada apenas a acessibilidade física de quem possui algum tipo de limitação de mobilidade. Precisamos entender que a falta de segurança também é um fator determinante na limitação do acesso aos espaços públicos, principalmente para as mulheres, crianças e pessoas idosas.

Mesmo com previsão legal de se assegurar acesso universal aos espaços públicos, o poder público brasileiro, em suas três esferas de poder, não tem dado a atenção que o tema merece.

Seja pela falta de acessibilidade física, seja pela falta de segurança dos espaços públicos, o objetivo de tornar os espaços públicos universalmente acessíveis não tem se concretizado nessa primeira metade do período proposto pela Agenda 2030.

Espera-se que, com o fim das restrições de circulação impostas pela pandemia da COVID-19, possa-se direcionar nossas atenções para os objetivos da Agenda 2030, especialmente para a Meta 11.7, fazendo com que toda a população tenha facilitado o seu acesso aos espaços públicos em respeito à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://Constituição.planalto.gov.br). Acesso em: 25/06/2023.

BRASIL. Lei 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: L10098 (planalto.gov.br). Acesso em: 25/06/2023.

BRASIL. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: L13146 (planalto.gov.br). Acesso em: 25/06/2023.

BRASIL. Decreto nº 8.892 de 27 de outubro de 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Decreto/D8892.htm. Acesso em: 23/06/2023.

GOMES e FERREIRA. Magno Federici Gomes e Leandro José Ferreira. Políticas Públicas e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Revista Direito e Desenvolvimento. ISSN2236-0859.

ONU—Organização das Nações Unidas. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. 2015. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/Brasil_Amigo_Pesso_Idosa/Agenda2030.pdf. Acesso em: 23/06/2023.

RELATÓRIO LUZ 2017. Documento elaborado pelo Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030. Disponível em: Relatório Luz | GT Agenda 2030. Acesso em: 23/06/2023.

RELATÓRIO LUZ 2018. Documento elaborado pelo Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030. Disponível em: Relatório Luz | GT Agenda 2030. Acesso em: 23/06/2023.

RELATÓRIO LUZ 2019. Documento elaborado pelo Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030. Disponível em: Relatório Luz | GT Agenda 2030. Acesso em: 23/06/2023.

RELATÓRIO LUZ 2020. Documento elaborado pelo Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030. Disponível em: Relatório Luz | GT Agenda 2030. Acesso em: 23/06/2023.

RELATÓRIO LUZ 2021. Documento elaborado pelo Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030. Disponível em: Relatório Luz | GT Agenda 2030. Acesso em: 23/06/2023.

RELATÒRIO LUZ 2022. Documento elaborado pelo Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030. Disponível em: Relatório Luz | GT Agenda 2030. Acesso em: 23/06/2023.

ROMA, Júlio César. Os objetivos de desenvolvimento do milênio e sua transição para os objetivos de desenvolvimento sustentável. Cienc. Cult. [online]. 2019, vol.71, n.1, pp.33-39. ISSN 2317-6660. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21800/2317-66602019000100011>. Acesso em: 23/06/202

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA NA ADPF 828 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DIÁLOGO JUNTO AO EFEITO *BACKLASH* E A TEORIA DO HÉRCULES DE DWORKIN¹

The judicialization of public policy in ADPF 828 of the Brazilian Supreme Court and the dialogue with the backlash effect and Dworkin's Hercules theory

Bruno Fernandes Zopelaro²

Fernanda Andrighetti Parente³

Reginaldo de Souza Vieira⁴

-
- 1 Pesquisa realizada no âmbito do projeto: Estado, Direitos Humanos e Políticas Públicas - Fase I, vinculado ao Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC).
 - 2 Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC). Email: brrunozopelaro@gmail.com
 - 3 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC). Email: fernandaparentelg@gmail.com
 - 4 Doutor e mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Professor titular da Universidade do Extremo Sul Catarinense, atuando no curso de Direito. Professor, pesquisador e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD/UNESC. Professor permanente e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico – PPGDS/UNESC. Coordenador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito – NUPED/UNESC e do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva – LADSSC/UNESC. Coordenador da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos e Sociedade. Membro da rede de pesquisa Direito e Políticas Públicas. Email: prof.reginaldovieira@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como temática a judicialização da política pública na ADPF 828/DF e a construção de um diálogo dessa decisão junto ao primeiro estágio do efeito *backlash* e a teoria do Juiz Hércules de Ronald Dworkin.

Assim, a pesquisa busca compreender se o STF leva em consideração os efeitos das críticas midiáticas, primeiro estágio de manifestação do *backlash*, ou as compreende como inimigas ao proferir decisões de repercussão nacional. Essa análise será feita com base no recorte do julgado emblemático do período pandêmico da COVID-19, traçando, ao final uma relação com a teoria de Dworkin.

Inicialmente, observa-se que o STF tem adotado postura de um tribunal com características semelhantes às aquelas trazidas na teoria do Juiz Hércules, ou seja, as de uma entidade sobre-humana, perfeita e inquestionável, a qual acredita que suas decisões já traduzem o desejo social e desconsidera as repercussões advindas de críticas midiáticas capazes de influenciar a opinião pública a enfraquecer ou superar essa decisão.

Dessa forma, o trabalho será desenvolvido por meio do método dedutivo, através de uma pesquisa bibliográfica- documental, a fim de definir o primeiro estágio do efeito *backlash*, a teoria do Juiz Hércules de Ronald Dworkin e a judicialização da política pública no âmbito do STF, correlacionando-as ao final.

DESENVOLVIMENTO

1. O conceito estrito de *backlash* e a Teoria de Hércules de Ronald Dworkin

O *backlash* é um termo norte-americano utilizado para descrever uma reação ideológica e social em detrimento de polêmicas decisões judiciais, recheadas de questões controversas, das quais geram grande resistência da sociedade (FONTELES, 2019; KLARMAN, 2011). Salienta-se que não se confunde apenas com uma opinião pública contrária por si só, mas vai além, ao servir de gatilho para a evolução de uma série de boicotes sociais à decisão, os quais possuem diferentes níveis de interferência na sociedade.

Imperioso ressaltar que tal fenômeno, por adentrar na seara política, está amplamente relacionado à maneira de pensar do povo (mes-

mo que determinado momento ou contexto histórico) e aos ideais motivadores que elegem os seus representantes no legislativo, por exemplo. Fonteles (2019) diz que esse fato não pode ser resumido como sinônimo de reação legislativa, já que muitos podem ser os sintomas caracterizadores do backlash, como, dentre outros, protestos sociais, reações eleitorais e críticas midiáticas.

Para esse estudo, ainda que o efeito *backlash* se caracterize por várias reações em cadeia a partir do momento da decisão proferida, o enfoque será dado para as críticas jornalísticas e dos veículos de mídia, capazes de inflamar a população e, especificamente, influenciar no viés decisório do Supremo Tribunal Federal em questão de judicialização da política pública na ADPF 828/DF.

Assim, o primeiro estágio de exteriorização do backlash se dá através de impetuosas críticas que visam demonstrar a irracionalidade ou a injustiça proferida por uma decisão polêmica. Geralmente, essas críticas sistemáticas são mais propensas a acentuar a vulnerabilidade de Cortes Constitucionais recentes que buscam consolidação do *status* junto à opinião da população acometida (FONTELES, 2019; MARMELESTEIN, 2016).

Nesse sentido, a título de exemplo nacional, o Supremo Tribunal Federal, investe em medidas para aproximar o público de sua maneira de agir, através de julgamentos televisionados, mídias sociais e transparência (FONTELES, 2019). O Ministro do STF, Barroso (MINISTRO..., 2019, p. 01) teceu as seguintes palavras: “uma Corte que repetidamente e prolongadamente toma decisões com as quais a sociedade não concorda e não entende tem um problema [...] Porque a autoridade depende de confiança e credibilidade. Se você perde isso, a força é a única coisa que sobra”.

Entretanto, a mesma Corte Constitucional pode entender essa reação como uma espécie de inimiga da sua liberdade institucional ao proferir decisões nos julgados, seja pela interferência interna ou externa, coadunando com a teoria trazida pelo doutrinador norte-americano, Ronald Dworkin.

Na seara dos casos complexos, Dworkin (2002) assemelha o sistema jurídico como um jogo de xadrez que não se resume apenas a um conjunto de regras, mas a um empreendimento como um todo, com características próprias e, logicamente, que demanda a interpretação e o posicionamento do juiz, trazendo uma figura filosófica ao campo jurisdicional. Dentro desse contexto, Dworkin (2002, p. 165) se utilizava

da figura do Juiz Hércules: “[...] eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas [...] ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos [...]”.

O autor, ao explicar sua teoria, possui a visão do Tribunal como um fórum de princípios, uma entidade perfeita e inequívoca, por acreditar que o julgamento baseado nos princípios já traduziria o desejo social por justiça e equidade. Tendo em vista essas afirmações, e projetando as definições já apresentadas do *backlash*, o fenômeno funcionaria como uma resistência oferecida à autoridade da decisão, pondo em risco a respeitabilidade do decisório e a independência dos Tribunais (DWORKIN, 2002; FONTELES, 2019).

Um dos exemplos que elucidam a postura figurativa do Hércules diz respeito ao momento que esse ser mitológico está diante de um julgamento de cunho político e aparentemente sem solução, onde deverá levar em consideração todos os aspectos envolvidos ao sistema jurídico para decidir de forma justa e equitativa o caso em questão, tanto para o direito individual quanto para o coletivo, ainda que inexistam precedentes definidos (DWORKIN, 2002, 2007).

Resumidamente, o Dworkin (2002, p. 182), destaca:

O leitor entenderá agora por que chamei nosso juiz de Hércules. Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas. Podemos apreender a magnitude de tal empreendimento se distinguirmos, no âmbito do vasto material de decisões jurídicas que Hércules deve justificar, uma ordenação vertical e outra horizontal.

Dessa maneira, traçando um paralelo, idealmente o STF deveria buscar a posição hercúlea em seus casos de repercussão. Haja vista que, diante de matéria envolvendo políticas públicas e sua implementação social, a Corte necessitaria de uma capacidade sobre-humana para justificar sua decisão de forma principiológica, fazer valer perfeitamente o sistema normativo constitucional e infraconstitucional, bem como prever possíveis reverberações desse ato judicial – resultado de eventual *backlash*.

2. Judicialização de Política Pública e a ADPF nº 828/DF

Compreendido o cenário do efeito *backlash* e a teoria de Dwor-kin, para os conceitos da presente pesquisa, adotar-se-á a ótica de Ra-nHirschl acerca da judicialização da política pública, a qual, de tempos em tempos, é objeto de análise da Suprema Corte brasileira em questões de ampla repercussão social – de acordo com a decisão oportunamente analisada.

Inicialmente, é importante ressaltar que a judicialização é um fenômeno universal, complexo e multifatorial “que se reveste em gênero do qual decorrem espécies (da política e do direito), as quais podem ser estudadas sob diferentes abordagens, possuindo múltiplas causas” (LEAL; ALVES, 2014).

A judicialização é distinta do ativismo judicial, tendo em vista ela ocorre independentemente da vontade ou interesses dos(as) magistrados(as). Por outro lado, o ativismo judicial representa uma opção que o(a) magistrado(a) assume na linha de uma atuação ativa que significa a ampliação do sentido político da decisão proferida pelos tribunais (LEITE, 2014; FAVARO, 2019)

Hirschl (2009) separa a judicialização da política em três faces, sendo a primeira caracterizada pelo domínio de regras e procedimentos jurídicos dos estados de direito para lidar com as relações sociais. A segunda, e primordial para este estudo, refere-se à expansão da competência dos tribunais e juízes para definir as políticas públicas no âmbito de direitos fundamentais, com foco na justiça processual e equidade formal. Por fim, a terceira, relaciona-se com a utilização de tribunais e juízes para resolver controvérsias políticas capazes de dividir toda uma comunidade.

O autor também destaca a importância dos atores que suportam a estrutura capaz de gerar mobilização jurídica e causar a transformação social por meio de atos judiciais, uma vez que não basta a existência do texto constitucional para proteger direitos fundamentais, necessita-se, além de tudo, da estrutura capaz de efetivar as mudanças sociais adequadas por meio da judicialização das políticas públicas. Contudo, faz uma crítica ao considerar que esse modelo acaba não estando sujeito às restrições comumente associadas ao meio político, facilitando, em certa medida, os eleitos a não enfrentarem questões polêmicas e transferirem responsabilidades ao judiciário (HIRSCHL, 2009).

Assim, interpretando-se os conceitos apresentados até aqui, traz-se à pesquisa uma amostragem da ADPF 828/DF que, embora não seja definitiva em sua exemplificação, representa um recorte da judicialização de políticas públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A ação direta de preceito fundamental 828/DF trata-se de um pedido do Partido Socialismo e Liberdade – PSOL em conjunto com o Movimento dos Trabalhadores sem Teto – MTST, o Partido dos Trabalhadores – PT, a Rede Nacional de Advogadas e Advogados Populares – RENAP, o Centro Popular de Direitos Humanos, Núcleo de Assessoria Jurídica Popular Luiza Mahim – NAJUP/FND/UFRJ, o Centro de Direitos Econômicos e Sociais – CDES, o Conselho Estadual dos Direitos Humanos da Paraíba (CEDH/PB), a Terra de Direito, o Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, o Transforma Ministério Público, a Associação Brasileira de Juristas pela Democracia e a Associação das Advogadas e Advogados Públicos para a Democracia objetivando a extensão, para as áreas rurais, da suspensão temporária de desocupações e despejos, de acordo com os critérios previstos na Lei nº 14.216/2021 (arts. 1º, 2º, 4º e 5º), tendo em vista o cenário pandêmico vivenciado, a qual restou deferida nestes autos (BRASIL, 2022).

Em breve síntese, é preciso destacar comentários acerca da Lei 14.216/2021, publicada no diário oficial em 07/10/2021, a qual determinou como períodos de suspensão das ordens de despejo até 31/12/2021, em virtude da pandemia da COVID-19 vivenciada no território brasileiro (BRASIL, 2021).

Ocorre que a suspensão das ordens de despejo por falta de pagamento não serve para todas as demandas dessa natureza, apenas aquelas locações residenciais cujo valor mensal do aluguel não seja superior a R\$ 600,00 (seiscentos reais), em caso de locação de imóvel residencial, e R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) em casos de locação de imóvel não residencial (BRASIL, 2022).

Diante disso, a ADPF tinha com finalidade a extensão dos efeitos da legislação supramencionada para as áreas rurais, requerendo também a dilação do prazo de suspensão até 21/03/2022, visto que as consequências da situação pandêmica ainda perduravam de forma incisiva no cotidiano da população brasileira, em especial aos grupos mais vulneráveis (BRASIL, 2022).

Nos autos da ADPF 828/DF, foi proferido acórdão em 02/11/2021, a qual foi pleiteado nova extensão do prazo para que permanecessem suspensos as medidas judiciais, extrajudiciais ou adminis-

trativa que resultem em despejos, desocupações ou remoções forçadas até o julgamento definitivo da presente demanda; a criação de estruturas específicas internas ao Judiciário para realizar audiências de conflitos possessórios coletivos, garantindo a presença de órgãos públicos; adoção de plano de remoção e reassentamento com efetivas e comprovadas medidas que garantam a subsistência das famílias; acolhimento das pessoas e famílias deslocadas e/ou despejadas; criação de Planos Emergenciais de Moradias Populares em caráter provisório, entre outros (BRASIL, 2022).

A Suprema Corte votou por referendar a tutela provisória incidental parcialmente deferida, para determinar a adoção de um regime de transição para a retomada das execuções de decisões suspensas na presente ação, visto a alteração do cenário epidemiológico brasileiro, uma vez que os motivos que justificaram a terceira medida cautelar incidental nos referidos autos haviam alterado, em virtude da alta taxa de cobertura vacinal, bem como a queda dos fatores de risco, e por isso a permanência da suspensão das medidas de desocupação não mostravam-se mais condizentes com a realidade presente (BRASIL, 2022).

Além disso, o referido Acórdão destaca a necessidade da adoção de um regime de transição para a retomada da execução de decisões suspensas, que são:

- (a) Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais deverão instalar, imediatamente, comissões de conflitos fundiários que possam servir de apoio operacional aos juízes e, principalmente nesse primeiro momento, elaborar a estratégia de retomada da execução de decisões suspensas pela presente ação, de maneira gradual e escalonada; (b) Devem ser realizadas inspeções judiciais e audiências de mediação pelas comissões de conflitos fundiários, como etapa prévia e necessária às ordens de desocupação coletiva, inclusive em relação àquelas cujos mandados já tenham sido expedidos. As audiências devem contar com a participação do Ministério Público e da Defensoria Pública nos locais em que esta estiver estruturada, bem como, quando for o caso, dos órgãos responsáveis pela política agrária e urbana da União, Estados, Distrito Federal e Municípios onde se situe a área do litígio, nos termos do art. 565 do Código de Processo Civil e do art. 2º, § 4º, da Lei nº 14.216/2021. (c) As medidas administrativas que possam resultar em remoções coletivas de pessoas vulneráveis devem (i) ser realizadas mediante a ciência prévia e oitiva dos representantes das comunidades afetadas; (ii)

ser antecedidas de prazo mínimo razoável para a desocupação pela população envolvida; (iii) garantir o encaminhamento das pessoas em situação de vulnerabilidade social para abrigos públicos (ou local com condições dignas) ou adotar outra medida eficaz para resguardar o direito à moradia, vedando-se, em qualquer caso, a separação de membros de uma mesma família. 32. Voto, ainda, por referendar a medida concedida, a fim de possa haver a imediata retomada do regime legal para desocupação de imóvel urbano em ações de despejo (Lei nº 8.245/1991, art. 59, § 1º, I, II, V, VII, VIII e IX) (BRASIL, 2022).

Portanto, denota-se claramente a transferência ao judiciário de assuntos de caráter político, o qual se viu legítimo para definir questões envolvendo direitos fundamentais. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal prezou pelas garantias legais de natureza processual, a fim de que fosse respeitada a preservação da dignidade das famílias desapossadas, uma vez que as audiências de mediação e visitas *in loco* permitiriam a verdadeira noção da realidade vivenciada por essas entidades familiares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se da pesquisa que, através do entendimento dos conceitos apresentados, e em razão da natureza da decisão, ainda que de repercussão social, o Supremo Tribunal Federal não se deixou influenciar pelos riscos de supostas reações midiáticas posteriores ao seu julgamento – pelo contrário, manteve-se legal e fundamentadamente firme ao trabalhar a temática proposta na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Logo, vê-se que a ameaça de ocorrer o primeiro estágio do efeito *backlash* não foi levada em consideração como uma inimiga da liberdade decisória da Corte brasileira.

Nesse viés, indo ao encontro da teoria do Hércules de Dworkin (2002), o STF comportou-se como um fórum de princípios. Não por ser uma entidade perfeita e sobre-humana, o qual se mostra impossível pelos termos do próprio autor, mas por buscar aproximar sua decisão de fundamentos principiológicos, garantidor do sistema normativo constitucional e infraconstitucional e, mesmo prevendo possíveis rechaçamento da decisão por grupos contrários, não impediu a firmeza do colegiado.

Em paralelo, observou-se que dá judicialização provocada pela ADPF 828/DF, concordante ao estabelecido por Hirschl (2009), o assunto político se transferiu para a esfera de decisão do Poder Judiciário acerca de direitos fundamentais no período da pandemia de COVID-19. E, embora não seja definitiva a amostragem, o julgado representa um recorte da judicialização de políticas públicas no cenário nacional e evidencia a importância do funcionamento do sistema brasileiro para a sua implementação.

Por fim, conclui-se que, da amostragem colhida, foi possível interpretar e dialogar com as diferentes teorias propostas de modo a compreender o cenário da ADPF 828/DF, bem como adensar a ótica da judicialização de políticas públicas frente a provocações do efeito *backlash* e a teoria do Juiz Hércules de Ronald Dworkin.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 14.216, de 07 de outubro de 2021**. Estabelece medidas excepcionais em razão da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espín) decorrente da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14216.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828 TPI-QUARTA-REF**. Direito Constitucional e Civil. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Direito à Moradia e À Saúde de Pessoas Vulneráveis no Contexto da Pandemia da Covid-19. Regime de Transição. Referendo da Tutela Provisória Incidental [...]. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 02 de novembro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355042872&text=.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2023.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAVARO, Bruno de Farias. **A tutela coletiva do direito à saúde: um estudo de caso sobre a Ação Civil Pública das Insulinas na Justiça Federal de Criciúma**. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Extremo Sul Catarinen-

se, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2019. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/6992>. Acesso em: 17 jul 2023.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Salvador: Juspodivm, 2019. 219 p.

HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 251, p. 139–178, 2009. DOI: 10.12660/rda.v251.2009.7533. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>. Acesso em: 12 jul. 2023.

KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. In: **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, March 31, 2011 – Speaker’s Notes. Disponível em: <http://tinyurl.com/bz4cwqk>. Acesso em: 12 jul.2023.

LEAL, Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. A Judicialização da Política e do Direito: um fenômeno decorrente de múltiplas causas, sob diferentes abordagens. In: Anais do XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2014

LEITE, Roberto Basilone. **O papel do juiz na democracia: Ativismo Judicial Político X Ativismo Judicial Jurisdicional** - 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTr, 2014

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. In: **SEMINÁRIO ÍTALO-BRASILEIRO**, 3, 2016, Bolonha. Disponível em: <https://www.dropbox.com/s/zo9f5fp042ght2w/Marmelstein%2C%20George%20-%20Efeito%20Backlash%20da%20Jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20Constitucional%20%28Bolonha%29.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2023.

MINISTRO sugere que ‘descrédito’ do STF é fruto de decisões da própria Corte. Estado de Minas, Belo Horizonte, 25 abr. 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2019/04/25/interna_politica,1049025/ministro-sugere-que-descredito-do-stf-e-fruto-de-decisoes-da-corte.shtml. Acesso em: 12 jul. 2023.

DESAFIOS DO FEDERALISMO BRASILEIRO: O ENFRAQUECIMENTO DOS PODERES LOCAIS EM RAZÃO DA DESIGUALDADE REGIONAL

Challenges Of Brazilian Federalism: The Weakening Of Local Powers Due To Regional Inequality

Alice Wisniewski¹

Camila Elen Weber Reuter²

Gabriela Da Silva André³

Com o presente trabalho objetiva-se analisar, sob a ótica dos aspectos da trajetória socioeconômica e política, como a desigualdade regional afeta e enfraquece os governos municipais. Dessa forma, será examinado o contexto histórico do federalismo brasileiro, a fim de apresentar qual é, atualmente, o cenário em que se inserem os poderes locais, autonomia e competências. Posteriormente, pretende-se análi-

- 1 Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa CAPES modalidade II. Pós-graduada em Direito Constitucional Aplicado. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada. Consultora Jurídica Municipal. Integrante do Grupo de Estudos “Gestão Local e Políticas Públicas”, coordenado pelo Prof. Dr. Ricardo Hermany (UNISC). E-mail: alicewisniewski@hotmail.com.
- 2 Graduanda de Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista de iniciação científica (PUIC – UNISC). Integrante do Grupo de Estudos “Gestão Local e Políticas Públicas”, coordenado pelo Prof. Dr. Ricardo Hermany (UNISC). E-mail: camilawreuter@outlook.com.
- 3 Graduanda de Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista de iniciação científica (FAPERGS). Integrante do Grupo de Estudos “Gestão Local e Políticas Públicas”, coordenado pelo Prof. Dr. Ricardo Hermany (UNISC). E-mail: gabiandre01052001@gmail.com

sar alguns aspectos relacionados à desigualdade regional enfrentada, enfatizando-se a má distribuição de recursos. Por fim, considerando o objetivo proposto, busca-se realizar uma contextualização entre ambos os temas, inclusive buscando propor exemplos de propostas de políticas públicas regionais que poderiam enfrentar esses empecilhos. Questiona-se, como problema de pesquisa, se o cenário brasileiro atual permite (e dá condições) para que os poderes locais exerçam sua autonomia plena, gerindo os serviços públicos cuja competência lhes foi atribuída pela Constituição Federal de 1988.

A fim de responder ao questionamento proposto, o desenvolvimento da pesquisa será no sentido de verificar a hipótese suscitada para, ao final, concluir pela sua veracidade ou falseabilidade, através da aplicação prática do método de abordagem hipotético-dedutivo. Como método de procedimento, adota-se o monográfico, empregando-se como técnicas de pesquisa as de documentação indireta - através de pesquisa documental (fonte primária) e bibliográfica (fonte secundária).

Justifica-se a escolha do tema em razão de que os municípios, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram elevados à condição de entes nacionais, tal qual Estados, Distrito Federal e União, com um lastro rol de competências e responsabilidades. Não obstante, a desigualdade e assimetrias de poder também se refletem no enfraquecimento do poder local, que em muitos casos não dispõe, na prática, do necessário para exercer sua plena autonomia (em relação à distribuição de recursos, por exemplo).

Objetiva-se a análise de três pontos circunstanciais: inicialmente buscamos entender como o Federalismo Brasileiro foi instaurado e qual o papel dos municípios a partir da Constituição Federal de 1988; posteriormente, passa-se à análise pontual da desigualdade regional do país e como tal fator reflete nos poderes locais, analisando tópicos específicos, e por fim, se objetiva estabelecer a relação existente entre os dois temas, de forma a responder o questionamento inicialmente feito, analisando também quais seriam as possíveis soluções

A Constituição Federal de 1988, privilegiando o federalismo trino, conferiu aos municípios amplos poderes em relação às decisões políticas, atribuições administrativas e legislativas, consolidando-os como importantes espaços de poder e decisão na organização sociopolítica do país. Todavia, embora os Municípios sejam reconhecidos com entes federados, ao lado dos Estados e da União, ainda há uma forte

tendência à descentralização do poder nas esferas consideradas, erroneamente, como hierarquicamente superiores.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 consagra o modelo federalista brasileiro como cooperativo, que por consequência se caracteriza pela descentralização de poder, autonomia político administrativa dos entes federados e distribuição de competências comuns e concorrentes entre os entes federativos. Ao longo do texto será disposto as etapas históricas do Brasil, a fim de entender as consequências maléficas que a divergência regional traz para a sociedade brasileira.

Foi apenas a partir da Constituição Federal de 1988, que por meio da restauração da autonomia política e elevação dos municípios à condição de entes federativos, ocorreu de fato alteração no tocante à autonomia da gestão local. O art. 1º estabelece que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal. O art. 18 da Constituição Federal de 1988 estabelece que a organização político-administrativa da federação brasileira compreende a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, todos autônomos entre si. (BRASIL, 1988). Embora, conforme visto, tal modelo já tivesse sido adotado nas constituições anteriores, apenas com a atual Constituição se consagrou o sistema federalista como é atualmente concebido: um modelo baseado na descentralização política e formado por entes que agem de forma cooperativa sem relação de hierarquia e subordinação entre si. A grande inovação da Constituição Federal de 1988 no tocante ao papel do Município é a sua como ente político autônomo, o que acaba fortalecendo seu papel na conjuntura estatal e amplia, consequentemente, sua atuação política.

Cabe ressaltar, todavia, que a autonomia garantida pela Constituição não se confunde, de forma alguma, com soberania. Soberania é o poder exclusivo e absoluto da nação de se organizar e se dirigir, caracterizando-se como um puro poder de governo, autodeterminação. Numa federação, como a brasileira, o ente soberano é a União. Aos municípios e estados-membros é conferida autonomia, que é “a prerrogativa política outorgada pela Constituição a entidades estatais internas para compor seu governo e prover sua Administração segundo o ordenamento jurídico vigente”. (MEIRELLES, 2008, p. 91).

O federalismo brasileiro atualmente conhecido se estabelece em três níveis, conferindo poder político também aos municípios. Essa divisão fortalece a descentralização político-administrativa, embora também traga complexidades práticas, face à diversidade existente entre os

municípios brasileiros em relação a tamanho, cultura e quanto a recursos técnicos, econômicos e financeiros, por exemplo. Essas complexidades demandam o entendimento de que a atribuição de competências deve, obrigatoriamente, considerar a justa distribuição de recursos e as peculiaridades de cada ente (ANTUNES, 2019, p. 63).

A Constituição Federal de 1988 buscou resgatar o princípio federalista ao estruturar um sistema de repartição de competências que tenta refazer o equilíbrio das relações de poder entre os entes. O federalismo brasileiro, em razão da origem centrífuga, acaba sofrendo uma maior resistência em relação à descentralização do poder, o que não ocorre em países em que a federação é de formação centrípeta, por exemplo (SILVA, 2016, p. 104). Todavia, a descentralização e autonomia são características imprescindíveis do federalismo, razão pela qual qualquer resistência a um desses aspectos precisa ser refutada pelos operadores do direito.

Dessa forma, buscando a concretização da repartição de competências é defendido por Rezende (2006), uma tendência global em relação às relações fiscais entre os governos, buscando descentralizar as responsabilidades dos gastos e, em menor medida, os poderes tributários para os níveis subnacionais, ou seja, para os governos estaduais e municipais.

Essa tendência pode ser vista como resultado da evolução política em direção a governos mais democráticos e participativos, com o objetivo de garantir o fornecimento de bens e serviços públicos à população, além de reforçar a responsabilidade dos líderes políticos perante seus eleitores.

Seguindo este contexto, Affonso (2000) observa que a descentralização fiscal teve início com a decisão de transferir algumas atribuições do governo central para os governos subnacionais e, posteriormente, negociar os recursos necessários para essas novas responsabilidades. Em alguns casos, entretanto, a ordem foi inversa: primeiro ocorreu a descentralização dos recursos e, depois, a transferência das atribuições. Essa sequência parece estar fortemente relacionada a fatores que influenciam o processo de descentralização de forma mais abrangente.

Nos casos em que a principal motivação para a descentralização foi a crise fiscal do governo central ou uma crise acentuada de governabilidade, o governo central tende a repassar parte dessas dificuldades para os governos subnacionais. Em outras palavras, nesses casos, o governo central transfere primeiro os encargos e só depois inicia a

discussão sobre o percentual de receita que será destinado aos governos subnacionais.

Por outro lado, em situações em que a descentralização fiscal foi impulsionada por pressões diretas em prol da redemocratização, a demanda por maior participação dos governos subnacionais nas receitas fiscais foi um fator preponderante. Isso ocorreu, por exemplo, no Brasil.

Sendo assim, discute-se a má distribuição de recursos entre as regiões do Brasil e como isso afeta as transferências que possibilitam autonomia municipal. Em decorrência da desconcentração monetária do país, a gestão dos municípios é afetada em diversas áreas de atuação local apresentando uma péssima qualidade no momento de prestar serviços à sua comunidade.

Entretanto, há diversas formas de amenizar essa situação que predomina a maior parte dos municípios do Brasil, com o devido ajuste monetário governamental por meio do efetivo desenvolvimento de políticas públicas, por exemplo, o gestor poderá desenvolver especialidades para administrar os recursos públicos, otimizando essas ações e ampliando bons resultados.

Desse modo, essa manutenção fiscal garante, ou na verdade, tem por objetivo garantir um desenvolvimento equilibrado entre os entes, propiciando melhores prestações sociais de serviços básicos para a população brasileira. Pode-se entender que o principal problema detectado na gestão municipal é a falta de preparo dos agentes públicos que fiscalizam os investimentos pecuniários, tal complexidade torna a compreensão dos seus aplicadores cada vez mais difícil.

O Brasil atualmente ainda enfrenta falhas na distribuição de recursos no sistema federalista, que decorre do processo de desconcentração fiscal e monetária, por isso, o ponto principal que os brasileiros enfrentam se refere ao enfraquecimento financeiro e ao debilitamento proposital das regiões do país. Em razão disso, o quadro social apresenta altos índices de pobreza e desemprego, atualmente chegando à 35,98% apontado pelo estudo da FGV Social. E por consequência da indisponibilidade de trabalho aos demais territórios do Brasil, é importante citar o preconceito ideológico que envolve as estruturas locais: renda populacional; direito à propriedade; enfraquecimento do controle político; acesso ao Estado; e etc.

As irregularidades citadas anteriormente são explicitamente visualizadas no controle tributário entre os municípios, que acabam por enfraquecer a autonomia municipal, e diante disso pode influenciar ne-

gativamente na gestão pública. A título de exemplo dessa premissa, um relatório atual do Tribunal de Contas da União (TCU) salienta mais de mil adversidades na distribuição de recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (Fundeb), no que tange irregularidades que envolvem pagamento de salário a servidores falecidos e falta de controle fiscal sobre o uso monetário, influenciando negativamente vários municípios do Rio Grande do Sul.

Esse quadro pode ser ainda pior para os municípios menores, tendo em vista a demanda por bens e serviços públicos mais simples e baratos em comparação aos demais, o que resulta na omissão por parte do governo e certa limitação fiscal. Tal dinâmica tem impacto direto na prestação de serviços, tais como: saúde, educação pública (assim como foi mencionado no parágrafo anterior), que afetam diretamente nas responsabilidades básicas do município.

No que tange às políticas públicas, mencionam-se algumas ações sociais realizadas no Nordeste, essas que tiveram por objetivo desenvolver o avanço econômico e social nas áreas de agronegócio familiar no interior do Estado, haja vista ser o setor mais importante do país. Nos últimos anos esse investimento governamental realizado nos programas como o PRONAF (Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar) e PNCF (Programa Nacional de Crédito Fundiário) são exemplos de projetos necessários para o efetivo detrimento da diminuição das desigualdades regionais, nesse sentido torna-se um exemplo de investimento público para o possível fortalecimento fiscal das demais regiões do país.

Outro mecanismo de defesa à desigualdade regional são os Fundos Constitucionais de Financiamento do Norte (FNO), do Nordeste (FNE) e do Centro-Oeste (FCO). Esses recursos foram instituídos pela Lei 7.827, de 1989 e são atuantes nas áreas brasileiras que provém de menos dinâmica, e que não têm autonomia financeira, por isso é necessário o auxílio de investimento privado presente nos fundos, esse que garante um crescimento significativo das regiões e impacta diretamente em seu desenvolvimento socioeconômico.

Partindo desses exemplos dispostos pode-se concluir que é imprescindível o investimento de políticas públicas, essas que são necessárias para o planejamento territorial da gestão estatal do país. Esses projetos são elaborados com o intuito de atender as demandas regionais e locais, que são resultado de diversas ações desenvolvidas por agentes

e sujeitos sociais, não deixando de refletir a soma da reprodução das relações do coletivo com poder que englobam um território.

Diante da constante mudança da sociedade, conclui-se é necessária uma atuação mais participativa e eficiente dos órgãos públicos responsáveis pela fiscalização e aplicação dos recursos distribuídos para os entes federativos. Dessa forma, é imprescindível a elaboração de políticas públicas objetivando uma gestão transparente, no que tange o atendimento da demanda dos municípios, pois essa responsabilidade social é a expressão de um Estado que se moderniza e democratiza suas atividades governamentais.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Federalismo e proteção do Meio Ambiente: o papel do federalismo cooperativo. **Revista Direito das Políticas Públicas**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 1, n. 2, jul/dez 2019. Disponível em <http://seer.unirio.br/rdpp/article/view/9836/8539>. Acesso em 15 mar 2023.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 145.

BIJOS, D. **Federalismo e estratégias eleitorais em sistemas proporcionais** com lista aberta: o caso do Brasil. Revista do Serviço Público. Brasília, v. 63, n. 1, p. 7-24, jan./mar. 2012.

BRIÃO, S. F. Federalismo fiscal e as disparidades regionais no Brasil. 2006. 96f.

Dissertação (Mestrado em Economia) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Econômicas da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2006

CANO, Wilson. **Instituto de Economia - Unicamp - 2 - Desequilíbrios regionais e concentração industrial no Brasil**. Disponível em: <https://www.eco.unicamp.br/colecao-30-anos/desequilíbrios-regionais-e-concentracao-industrial-no-brasil>. Acesso em: 31 jul. 2023.

CARVALHO, F. J. C. de et al. **Economia monetária e financeira**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CUNHA, F. A. **Federalismo fiscal no Brasil: a realidade do federalismo competitivo e a busca da cooperação e do equilíbrio**. 2006. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31. ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 257

DE, A.; COLVERO, A. **A IMPORTÂNCIA DA POLÍTICA DE DESCENTRALIZAÇÃO DA GESTÃO ESTATAL: POLÍTICAS PÚBLICAS URBANAS E PLANEJAMENTO DO TERRITÓRIO**. Disponível em: <<https://www.editoraetrail.com.br/anais-congeio/arquivos/978-85-63800-17-6-p1037-1050.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2023.

DOS MUNICÍPIOS SOBRE O DESENVOLVIMENTO E A EQUALIZAÇÃO FISCAL, A. DOS I. DO F. DE P. **Federalismo Fiscal e Desigualdades Regionais Uma**. Disponível em: <<https://agendapos.fclar.unesp.br/agenda-pos/economia/5781.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2023.

EMMANUELE, A. **4 problemas da gestão pública municipal no Brasil**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/gestao-publica-municipal-no-brasil-problemas/>. Acesso em: 31 jul. 2023.

FERREIRA ARAÚJO, Cristiane. **Políticas públicas e influência do capital no desenvolvimento econômico e social nas áreas rurais nordestinas**. Disponível em: <https://periodicos.ufca.edu.br/ojs/index.php/cienciasustentabilidade/article/view/125/101>. Acesso em: 31 jul. 2023. DE ANDRADE, R. B. **Combater a desigualdade regional para fortalecer a economia**. Disponível em: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/artigos/robson-braga-de-andrade/combater-a-desigualdade-regional-para-fortalecer-a-economia/>. Acesso em: 31 jul. 2023.

HARTMANN, M. **TCU aponta 1,2 mil problemas em distribuição de recurso federal para educação no RS**. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/educacao-e-emprego/noticia/2022/12/tcu-aponta-12-mil-problemas-em-distribuicao-de-recurso-federal-para-educacao-no-rs-clbb-1d0xb00670170p1tid8sf.html>>. Acesso em: 31 jul. 2023.

NETO, L. G. **DESIGUALDADES E POLÍTICAS REGIONAIS NO BRASIL: CAMINHOS E DESCAMINHOS**. Disponível em: <<https://repositorio.ipea>

gov.br/bitstream/11058/6533/3/PPP_n15_Desigualdades.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

DESAFIOS E CONTRIBUIÇÕES DO AVANÇO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL NO TEMA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA RELAÇÃO COM O CONTROLE JURISDICIONAL NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

Challenges and contributions of the digital Public Administration in public policies and their relationship with jurisdictional control in the defense of fundamental rights

Fernando Roberto Schnorr Alves²
Dérigue Soares Crestane³

1 Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “‘Teoria da essencialidade’ (*Wesentlichkeitstheorie*) e discriminação algorítmica: *standards* protetivos em face do Supremo Tribunal Federal e da Corte IDH – proposta de parâmetros de controle”, financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Bolsa de Produtividade em Pesquisa – Processo 309115/2021-3). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (ambos financiados pelo FINEP e ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC). Também se insere no âmbito do projeto de cooperação internacional “Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana: recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais”, financiado pela Capes (Edital PGCi 02/2015 – Processo 88881.1375114/2017-1 e Processo 88887.137513/2017-00).

2 Advogado. Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade I. Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade II. Pós-Graduado em Direito Público na Escola Superior da Magistratura

INTRODUÇÃO

Diante da incorporação cada vez maior da tecnologia no âmbito da Administração Pública, tornando essa paulatinamente mais integrada ao mundo digital, alguns estudos e questionamentos críticos sobre a sua evolução são dignos de reflexão. O presente trabalho busca, de forma breve, elencar algumas considerações sobre os principais desafios e contribuições do avanço da Administração Pública digital no tema das políticas públicas e a defesa dos direitos fundamentais na seara jurisdicional nesse novo contexto.

Propõe-se, desse modo, investigar como a Administração Pública digital pode contribuir para a concretização de direitos fundamentais no âmbito das políticas públicas e quais dificuldades podem ser enfrentadas com a sua adoção, observando os possíveis impactos no controle jurisdicional das políticas públicas. A hipótese inicial é de que há mais benefícios do que malefícios com a sua incorporação. O trabalho será construído a partir do método de abordagem dedutivo, utilizando-se do método procedimental analítico e da técnica bibliográfica. A pesquisa revela, inicialmente, que a Administração Pública vem evoluindo constantemente em direção ao mundo digital, o que reflete em uma maior concretização de seus direitos em benefício do cidadão. Todavia, há de-

Federal no Rio Grande do Sul – ESMAFE. Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da Jurisdição Constitucional - instrumentos teóricos e práticos”, coordenado pela Professora Pós-Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0483602345250103>>. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0002-4714-7697>>. E-mail: <fernandorsalves@hotmail.com>.

- 3 Advogado. Doutorando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPEs, modalidade I. Mestre no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPEs, modalidade I. Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Região da Campanha - URCAMP. Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da Jurisdição Constitucional - instrumentos teóricos e práticos”, coordenado pela Professora Pós-Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1933600559383294>>. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0002-6331-2648>>. E-mail: <dscrestane@gmail.com>.

safios que merecem maior atenção para não acarretar maior desigualdade estrutural e assegurar a *accountability* do uso dessas ferramentas.

DESENVOLVIMENTO

A tecnologia permite que a Administração Pública identifique com celeridade os problemas políticos enfrentados pela população a partir da coleta e do consequente tratamento de dados dos cidadãos, assegurando maior velocidade nas ações prestacionais e no estabelecimento de canais de comunicação, o que permite, também, maior transparência da Administração. Isso tudo possibilita não só circulação de maiores informações como também uma melhor sistematização de dados com o uso de ferramentas tecnológicas que contribuem para a compreensão sobre os dados coletados e produzidos, o que impacta em todas as fases do ciclo de políticas públicas, desde a identificação e definição do problema, agendamento, formulação, implementação e avaliação (SCHMIDT, 2018, p. 131, e MOTTA e DE OLIVEIRA, 2019, p. 92).

Um *Big Data* do Governo possibilita uma “auditoria contínua”, seja ela preditiva ou preventiva, bem como exames de eventos em curso, evitando e minimizando os efeitos de irregularidades (CRISTÓVAM, MEZZAROBBA e PEREIRA, 2021, p. 65). Com o tratamento de dados é possível ampliar o alcance da política pública e aumentar sua eficiência, inclusive permitindo a avaliação da mesma durante a sua implementação com maior celeridade no tratamento das informações, permitindo correções em meio à sua execução de modo mais veloz e reduzindo dispêndios públicos ineficazes/desnecessários que se tornam visíveis por meio dessas novas ferramentas.

Com esses instrumentos, a Administração Pública pode se posar de um modo mais proativo do que simplesmente reativo, bem como insere o cidadão como um condutor para a atuação da Administração Pública em vez de mero usuário. O governo digital permite compartilhar a responsabilidade com a sociedade que passa a assumir um papel mais ativo na concepção, construção e operação dos serviços prestados pelo Estado (CRISTÓVAM, MEZZAROBBA e PEREIRA, 2021, p. 58-59). A transformação para um governo digital torna o mesmo mais acessível à população e gera um aumento de sua eficiência em suas atividades prestacionais.

A título exemplificativo é possível citar o aplicativo denominado “Meu INSS”, que fornece documentos previdenciários, auxilia na solicitação de benefícios, padroniza e facilita o acesso às informações ao segurado; o Clique 180 e o PenhaS desenvolvidos para ajudar as vítimas de violência doméstica a denunciarem os casos; ou o aplicativo Saúde Já da cidade de Curitiba, que possibilita ao usuário realizar agendamentos de atendimentos médicos, de enfermagem e odontológicos (VALLE e CABRAL, 2022, p. 211-213). Essas ferramentas auxiliam a Administração Pública a prestar seu serviço de modo mais célere e eficaz, aproximando o cidadão e facilitando o seu acesso aos seus direitos.

Além disso, o governo digital permite maior transparência da Administração Pública (desde que haja uma clara comunicação para os cidadãos nesse sentido). Uma ampla publicidade das informações e transparência no compartilhamento desses dados viabilizam o controle social e jurisdicional, a participação popular (seja direta pelos novos canais tecnológicos, seja indireta mediante a interação com seus representantes) e estimulam uma cidadania cívica. É possível criar canais para aprofundar a participação pública na elaboração, monitoramento e avaliação das atividades governamentais, estimulando o engajamento do cidadão em matérias que envolvem o interesse público, sendo que sua participação pode contribuir para a melhoria dos serviços públicos em nível local a federal (CRISTÓVAM, MEZZAROBBA e PEREIRA, 2021, p. 69).

Igualmente, Valle e Cabral (2022, p. 202 e 205) destacam que o Estado possui o dever de incentivar e promover o desenvolvimento tecnológico, a inovação e a capacitação científica. Dentre as medidas a serem adotadas pelo Estado, os autores citam as políticas de inovação baseadas na demanda (DBIP), que se constituem em medidas públicas para aumentar a demanda por inovações, melhorar as condições de captação de inovações e/ou melhorar a articulação da demanda. Com isso, o Estado estimula inovações e a difusão das inovações.

Portanto, destaca-se que a Administração Pública digital não implica em somente melhorar os processos internos com a aquisição de soluções inovadoras, mas também um melhoramento da atividade fim do Estado e na criação de políticas públicas. Porém, para tanto, ainda se enfrentam alguns obstáculos como a falta de diagnóstico prévio dos serviços públicos digitais, ausência de diretrizes que garantam a qualidade do serviço público digital, ausência de um mecanismo remoto, integrado, simplificado, economicamente acessível e seguro para autenticação

da identidade do cidadão e uma dificuldade de compartilhamento de informações entre os órgãos e entidades do setor público (VALLE e CABRAL, 2022, p. 208-209).

Ao mesmo tempo, pode-se constatar alguns pontos negativos que devem ser pensados para ser superados a longo prazo. A infinidade de dados coletados pode gerar uma enxurrada de informações que podem causar uma opacidade das ações governamentais, dificultando a compreensão do cidadão com o que de fato esses dados representam, bem como dificultando aos órgãos controle sua fiscalização. Não só dificulta a compreensão para o cidadão, como também obstaculiza uma análise técnica de controle jurisdicional sobre determinada política pública. Falar em opacidade, é falar em *black box* algorítmico. De acordo com Pasquale (2015, p. 6), este fenômeno transforma os algoritmos em verdadeiras “caixas pretas”, incompreensíveis aos olhos humanos, elevando o grau de risco inerente a sua utilização. Para gerir essas informações, exige-se técnicas de ciência de dados, como a *data mining*.

Não obstante isso, os principais efeitos negativos são o aumento da desigualdade provocado pela disparidade na educação digital, o que consequentemente gera uma exclusão digital. É imprescindível o desenvolvimento de projetos e políticas públicas de inovação tecnológica acompanhados com outros de inclusão digital (VALLE e CABRAL, 2022, p. 214). Da mesma forma, deve-se relembra a importância de garantir o acesso à internet a todas as pessoas, sobretudo aquelas que fazem parte de grupos vulneráveis que demandam do Estado uma maior atenção na efetivação deste “novo” direito que já pode ser considerado fundamental (LANDA ARROYO, 2018, p. 2-3).

Portanto, verifica-se que o Estado deve desenvolver políticas públicas de inovação tecnológica sem esquecer do dever de garantir o acesso dessas tecnologias por todas as camadas populacionais sob pena de proporcionar situações de desigualdade fática. Até porque, após o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em especial da teoria de um dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*), é exigida do Estado uma postura de concretizador de direitos, inclusive por meio de um comportamento positivo pautado pela proporcionalidade e em busca de um ponto de conformação existente entre uma proibição de excesso (*Übermassverbot*) e uma proibição de insuficiência (*Unter-massverbot*). (LEAL; CRESTANE, 2023, p. 168-169). A manutenção de desigualdades impacta na participação democrática, uma vez que determinados cidadãos terão acesso (seja no sentido de conhecimento, seja

no sentido do uso das ferramentas) aos meios de participação social enquanto outros permanecerão marginalizados.

Veja-se que políticas públicas instrumentalizadas pelos meios digitais que excluem parcela da população podem ser questionadas por acentuar desigualdades estruturais e por não atender ao caráter universal e isonômico exigidos de muitas políticas públicas (como as voltadas para a saúde e para a educação). A inobservância desses princípios pode acarretar controle judicial, uma vez que, pela força normativa da constituição, observa-se a inconstitucionalidade por uma insuficiência na prestação do Estado com a parcela da população marginalizada pela falta de acesso aos meios tecnológicos.

Urge destacar também a discussão sobre a automação das decisões e predições por meio de mecanismos que contam com inteligência artificial. Se, por um lado, a máquina pode contribuir com decisões em tempo recorde, especialmente quando se trata de ato administrativo vinculado, mediante o tratamento dos dados alimentados, por outro lado se discute a sua contribuição em atos administrativos discricionários, onde além de simplesmente municiar a inteligência artificial se faz necessária a deliberação do agente público para a tomada da decisão. Por outro lado, no campo da predição, se destaca o incremento do potencial acerto e a velocidade de identificação de correlações entre ocorrências distintas com base na apuração massiva de dados que dificilmente seriam possíveis de serem percebidas pelo trabalho humano (DO VALLE, 2020, p. 187). Em outras palavras, deve-se evitar a ocorrência de discriminações algorítmicas, o que pode ser feito por meio da garantia de uma coleta de dados suficientes, de um tratamento adequado, e de uma atuação normativa célere e sensível aos riscos. (TISCHBIREK, 2020, p. 104).

Embora a utilização de análises preditivas não seja propriamente negativa, exige-se uma ampla discussão quanto a *accountability* do uso dessas ferramentas, especialmente quanto à compreensão de como a ferramenta desenvolveu seu trabalho para alcançar os resultados apresentados. As razões que legitimaram a decisão não podem permanecer ocultas, devendo ser possível apresentá-las quando assim exigido por decisões judiciais, com o fim de assegurar que não promovam discriminações inconstitucionais, contrárias ao objetivo fundamental previsto no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal. Destaca-se que o uso da ferramenta digital não necessariamente assegura impessoalidade ou igualdade à decisão por ele indicada, pois pode apresentar falha em pre-

missas fáticas ou em elementos conceituais (DO VALLE, 2020, p. 188-191), bem como replicar discriminação estrutural por meio de soluções desenvolvidas pela *deep learning* em decorrência das inferências e padrões reconhecidos e aproveitados pelo sistema.

Desse modo, percebe-se muitos pontos positivos que direcionam o Estado cada vez mais para a Era Digital, permitindo ampla participação social na atuação governamental e um maior controle jurisdicional. Porém, paralelamente aos avanços do governo digital, o Estado deve assegurar que todos sejam incluídos, promovendo ações que promovam a inclusão digital, além de mitigar a discriminação estrutural no âmbito digital. Bem como, há de se atentar para os riscos de um possível retrocesso com o uso de inteligência artificial em processos decisórios, seja pela perda de espaço de juízos valorativos relevantes (limitando a decisão a processos subsuntivos), seja por uma tendência ao conservadorismo que pode decorrer da sua incorporação (considerando uma possível dificuldade de lidar com o experimentalismo administrativo) (DO VALLE, 2020, p. 195-196).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo investigar como a Administração Pública digital pode contribuir para a concretização de direitos fundamentais no âmbito das políticas públicas, inclusive no controle jurisdicional, e quais as dificuldades podem ser enfrentadas com a sua adoção. Estabelecidas as considerações introdutórias sobre a temática, pode-se verificar que a formação de uma Administração Pública digital, por meio da utilização de ferramentas tecnológicas programadas, inclusive, com técnicas de inteligência artificial, demonstra-se benéfica no que diz respeito ao ganho de celeridade dos atos administrativos, sobretudo os vinculados, em prol dos cidadãos.

Destaca-se também que uma ampla e massiva publicidade das informações pelos meios digitais não necessariamente implica em transparência no compartilhamento desses dados. Há necessidade de que os mesmos sejam facilmente compreendidos e acessados para viabilizar o controle social e mesmo o controle judicial, além de ampliar a participação popular e estimular uma cidadania cívica.

Outrossim, a adoção de ferramentas preditivas, capazes de prever o comportamento futuro dos cidadãos também se demonstra posi-

tiva na temática dos atos administrativos discricionários. No entanto, neste ponto demonstra-se a existência de riscos aos direitos fundamentais, sobretudo no que se refere a eventuais casos de discriminação algorítmica. Neste contexto, torna-se necessário a administração pública, ao utilizar tais ferramentas, envidar esforços no sentido de garantir uma coleta suficiente de dados, bem como de um tratamento adequado, sem esquecer da criação de legislações protetivas e sensíveis aos novos riscos. Tais ferramentas devem ser passíveis de controle jurisdicional, para que seja garantido o respeito aos preceitos fundamentais da Constituição. Logo, pode-se afirmar, de forma preliminar, a confirmação da hipótese inicial no sentido de que há mais benefícios do que malefícios com a incorporação de uma Administração Pública Digital.

REFERÊNCIAS

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MEZZAROBÀ, Orides; PEREIRA, Paulo Ricardo Maroso. **Controle social e o paradigma da Administração Pública digital no Brasil**. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 55-77, maio/ago. 2021.

DO VALLE, Vanice Lírio. **Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos**. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 20, n. 81, p. 179-200, jul./set. 2020.

LANDA ARROYO, César. **Derecho Fundamental al Internet**: Contenido esencial. *Pensar: Revista de Ciencias Jurídicas*, v. 23, n. 4, p. 1-22, out./dez., 2018.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. CRESTANE, Dérique Soares. **O reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro**: uma análise à luz da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e suas repercussões no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2022*. Bogotá, 2023, p. 159-178.

MOTTA, Fabrício; DE OLIVEIRA, Antônio Flávio. **Sustentabilidade econômica e políticas públicas**. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 19, n. 78, p. 87-113, out./dez. 2019.

PASQUALE, Frank. ***The Black Box Society***: The Secret Algorithms That Control Money and Information. London: Cambridge, 2015.

SCHMIDT, João Pedro. **Para estudar políticas públicas**: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*. v. 3. n. 56. Santa Cruz do Sul, set/dez, 2018, p. 119-149.

TISCHBIREK, Alexander. **Artificial Intelligence and Discrimination**: Discriminating Against Discriminatory Systems. In: WISCHMEYER, Thomas; RADEMACHER, Timo (editors). *Regulating Artificial Intelligence*. Cham: Springer, 2020, p. 103-122.

VALLE, Vivian Lima López; CABRAL, Rodrigo Maciel. **Administração Pública digital e a implementação dos objetivos do desenvolvimento sustentável**. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 17, n. 1, 1º quadrimestre, 2022.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E SEUS DESAFIOS PERANTE OS MUNICÍPIOS JUNTO A SUA EFETIVAÇÃO

Fundamental Direct to the Principle of Reserving the Possible and its Challenges Faced by Municipalities Together with its Effectiveness

Artur BolanBúrigo¹
Daniel Ribeiro Preve²

INTRODUÇÃO

A pesquisa aqui em progresso tem como objetivo analisar os desafios da concretização do direito fundamental à saúde, conforme preconiza o artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil. Tendo como problema de pesquisa a ser abordado a dificuldade enfrentada pelos municípios em garantir o direito fundamental à saúde, considerando o princípio da reserva do possível. A falta de recursos financeiros e a limitação orçamentária são desafios significativos que impactam a efetivação desse direito constitucionalmente garantido.

- 1 Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – PPGD/UNESC. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito à Cidade e Políticas de Sustentabilidade Urbana e Ambiental (GPDUC/UNESC). Advogado. E-mail: artur.bolan@unescc.net.
- 2 Doutor em Direito. Professor e Pesquisador Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade do Extremo Sul Catarinense – PPGD/UNESC. Líder do Grupo de Pesquisa em Direito à Cidade e Políticas de Sustentabilidade Urbana e Ambiental (GPDUC/UNESC). Advogado. E-mail: drp@unescc.net.

Para tanto, faz-se necessário investigar os desafios enfrentados pelos municípios na efetivação do direito fundamental à saúde diante das restrições impostas pelo princípio da reserva do possível. Como hipótese se trabalha seu reconhecimento como direito fundamental para efetivação de uma garantia constitucional a todos e sua relativização junto aos recursos municipais perante o princípio da reserva do possível. Adotando-se o método dedutivo, utilizando técnicas de pesquisa bibliográfica, abrangendo livros, periódicos, teses, dissertações, julgado e artigos científicos.

DESENVOLVIMENTO

O direito a saúde busca se hospedar em dúvidas, mas em certezas, com os devidos embasamento propícios à ciência. Partindo da perspectiva dos direitos fundamentais, sendo à vida o mais elevado de todos e quantos a sua determinação do momento que ela surge e quanto ao dever do Estado de protegê-la, assegurando até que ocorra sua morte. Pode-se afirmar que a discussão trazida entre os direitos fundamentais e sua efetividade social ao buscar o resguardo constitucional, não deixou se perder nos dias atuais, mas ao inverso, infelizmente vem sofrendo a cada sua falta de efetividade. (SARLET, 2007, p. 34)

Analisando de forma detida os principais direitos reivindicados pela sociedade ao longo da história, certamente chegaremos à vida e à liberdade, respectivamente. O ordenamento jurídico brasileiro, através da Constituição Federal, ciente do contexto no qual estava inserido, ou seja, final do século XX e da transição do Estado Liberal para o Social, não se intimidou em abarcar a proteção integral de seus jurisdicionados.

Importa ressaltar que a saúde sempre foi um tema em voga no cenário político, jurídico e econômico, mas um fator determinante alterou o seu status perante uma governabilidade, necessidade do Estado de intervenção obrigatória. Diante da vinculação das normas constitucionais sobre o tema, se pretende analisar se o Estado, quando requisitado, deveria entregar esta prestação sem rodeios, considerando que a Constituição Federal abarca, mesmo que de forma implícita, o princípio da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988)

Essa tentativa, ou melhor, pretensão em destinar aos jurisdicionados deriva da evolução da discussão jurídica relacionada às condições

mínimas ao cumprimento de um cenário identificado como dignidade da pessoa humana

O art. 196 da Constituição Federal prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

No texto constitucional de 1988, o direito fundamental à saúde possui peculiar destaque. Por um lado, ele é consagrado no art. 6º da CF/1988, que o elenca no rol de direitos fundamentais sociais: *“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”*. (BRASIL, 1988)

O art. 196 da Constituição contém uma solene consagração desse direito fundamental social: *“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*. (BRASIL, 1988)

Não poderia ser diferente essa primazia normativa dada ao direito à saúde, afinal, um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988 é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), o qual possui, como um de seus desdobramentos jurídicos, o mínimo vital existencial.

Em termos sucintos, o mínimo existencial compreende o conjunto de bens elementares à vida digna do ser humano, tais como saúde pública, habitação, alimentação e educação básica. Sob o aspecto estrutural, o direito fundamental à saúde apresenta dupla dimensão. Uma de caráter positivo, que diz respeito ao direito público subjetivo em receber serviços médicos em hospitais e postos de saúde bem equipados e com leitos em número adequado, o que exige, por outro lado, profissionais de saúde capacitados e medicamentos suficientes.

A outra dimensão desse direito tem caráter negativo, ou seja, é um *“direito de defesa”* contra qualquer agressão de terceiros (incluindo o próprio Estado) à saúde do particular. Para corroborar tal norma, mencionamos ainda o art. 2º da Lei 8.080/1990, que diz ser a saúde *“um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”* (BRASIL, 1990)

Entretanto, a Constituição estabelece o direito à saúde e os princípios a serem seguidos, mas não determina que todas as ações e serviços devem ser oferecidas e nem quais devem ser oferecidas.

Porém, o principal problema que se enfrenta é o conflito recorrente entre fato *versus* norma enseja a aplicação da técnica da ponderação (ALEXY, 1999, p. 56) e os recursos financeiros disponíveis para algum tratamento ou medicamento em específico que poderá ter um custo que um município não seja capaz de suportar. Trazendo uma relativização deste direito fundamental.

A relatividade do direito à vida teria, pois satisfazer o direito à saúde de alguns é, indiretamente, deixar de satisfazer o mesmo direito para outra pessoa. Portanto, o que cabe a cada ser humano não pode ser delimitado sem ponderar o impacto sobre as outras pessoas, principalmente quando poderá deixar escasso todo um ente federativo. Assim, não haveria um conflito entre “quem chega primeiro leva”, de maneira notória é. Pelo simples fato que a escassez dos recursos deve ser o ponto crucial a conceder um fármaco, um tratamento médico”.

Neste sentido, infere-se que a tentativa de conferir uma certa taxatividade ao direito à saúde não se compatibiliza com a pretensão do constituinte originário, de modo que a escassez poderia ser sanada pela alocação de recursos, dependente de um ato discricionário.

Até aqui, pode-se compreender a relativização do tema como sendo uma espécie de amoldamento ao cenário fático brasileiro. O principal motivo deste ajuste consiste no aspecto econômico, uma vez que os direitos de defesa não observam o mesmo critério (financeiro) a sua efetividade.

Diante da situação econômica e financeira dos entes federativos, o princípio norteador que sustenta sua relativização é a da reserva do possível. Este princípio, tem origem do direito alemão, cita-se:

O postulado da reserva do possível é fruto de uma construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha. No conhecido caso *Numerus Clausus das Vagas em Universidades*, o TCF entendeu que o direito à educação não implicaria o dever do Estado de custear os serviços educacionais para todos os cidadãos, mas tão somente que o Poder Público deveria demonstrar que estaria dando a maior efetividade possível ao direito social, em face dos recursos financeiros disponíveis. (MARMELESTEIN, 2016, p. 328).

O caso em concreto que deu origem a teoria da reserva do possível, ocorreu após a iniciativa de estudantes não conseguirem o ingresso para graduação em medicina, isto ocorreu pelo número das vagas já se encontravam esgotadas, isto, porquê, existe uma limitação de alunos de acordo com as estruturas do curso entre outros critérios.

Porém, com o esgotamento das vagas, os alunos que não conseguiram ingressar no curso de medicina, se sentiram insatisfeitos acionaram Poder Judiciário. Em apertada síntese, a Corte alemã julgou improcedente o pedido, mas determinou que houve-se a demonstração se verdadeiramente o limite de vagas era o máximo possível. Criando o princípio da reserva do possível. (OLSEN, 2008, p. 223).

Diante disso a maneira como a reserva do possível vem sendo utilizada na legislação brasileira, no que tange ao direito fundamental à vida é uma resposta das inúmeras ações judiciais com um único objetivo, negar o direito fundamental à vida e a saúde.

Como mencionado anteriormente a Corte alemã mandou o Estado comprovar de maneira efetiva se as vagas na universidade tinham sido esgotadas, no entanto, no Brasil vêm sendo utilizadas como mecanismos de defesa dos entes federativos, com a simples alegação de indisponibilidade financeira sem a cabível prova do Estado na destinação de seus recursos, ou a contrário senso, na máxima efetivação dos recursos para área da saúde pública. Com este sentido:

O que se verifica no contexto brasileiro não é a escassez de recursos, como já referenciado, mas sim, a ausência de priorização e de destinação de maior quantidade possível de recursos para o adimplemento dos direitos fundamentais sociais. Ausentes tais circunstâncias, não há como conceber válida e legítima essa argumentação estatal que pretende, senão, justificar sua omissão inconstitucional. (DANTAS, 2016, p. 37).

Um observador desatento, enxergaria que o Estado faz a utilização do princípio não para cumprir o mandamento constitucional, levando automaticamente as pessoas a “baterem a porta” do poder judiciário para resguardarem o seu direito à saúde.

Justo isto, pelo fato que os direitos sociais na sua condição, não exclusiva, de direitos possuir com objetivo prestações dos entes federativos atrelados diretamente a sua finalidade. Por outro lado, os direitos de defesa, em razão de serem na sua própria condição, direitos subje-

tivos, dirigidos em primeira linha a uma conduta omissiva, são costumeiramente considerados destituídos de uma dimensão propriamente econômica, pelo fato que o bem tuteladamente protegidos, seja ela à vida, liberdade e etc.

Assim, podem ser resguardados como um direito subjetivo com capacidade de ser exigido em juízo, insubmisso as circunstâncias econômicas, ou ao menos, a alocação de recursos destinados para finalidade diversa. (AMARAL, 2010, p. 69)

Isto, porquê, as críticas crescem de maneira excessiva no que tange ao Poder Judiciário mandar ao Poder Executivo que cumpra seu dever constitucional, ou prove a escassez de recursos por meio de provas contundentes e demonstrando que fez o possível e que para determinado caso em concreto não possui recurso para arcar de maneira econômica.

O mais controverso deste, sem dúvidas, recai sobre a disponibilidade fática. A amplitude do termo, muitas das vezes, faz com que o hermenêuta não saiba se o critério a ser utilizado servirá para todos. O aspecto jurídico, por sua vez, obviamente, deriva da consonância entre a regra criada pelo Legislativo a ser realizada pelo Executivo. A reserva do possível, neste sentido, é matéria a ser levantada pelo ente público, o qual tem o encargo de ofertar a (in) devida prestação (NOVELINO, 2021, p. 534 -535).

Desse modo, observada as diretrizes da reserva do princípio do possível, nota-se a ausência de um fator ligado ao princípio da dignidade humana. Se o Estado, poderá com suas razões legais, conseguir enquadrar suas contestações na reserva do possível, cabendo ao jurisdicionado pleitear o seu direito.

Como justificativa da omissão estatal, a tese da reserva do possível, segundo a qual o cumprimento de decisões que impliquem em gastos públicos fica a depender da existência de meios materiais disponíveis para sua implementação.

Acontece que tal alegação não pode prevalecer sobre o direito primordial à saúde e à vida. O bem jurídico que está em discussão é o direito fundamental à vida. As alegações de negativa de efetivação de um direito com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Sobre o tema, ressaltou o Ministro Celso de Mello:

“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria

Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida” (*Pet 1246 MC, Presidente Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CELSO DE MELLO, julgado em 31/01/1997*).

Deste modo, a aparente contraposição entre a reserva do possível e o direito à saúde cessa ao pesar sobre este último a força constitucional de um direito fundamental, inclusive como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, denota-se que a incidência da subjetividade do direito à saúde é tema a ser examinado por um período generoso. Os questionamentos remetem a situações genéricas e sujeitos ao crivo político, razão pela qual uma possível saída, neste cenário, seria inserir metas a curto prazo às classes mais pobres, com parâmetros específicos, dando publicidade aos casos mais urgentes e conscientizando o jurisdicionado, e os todos os profissionais envolvidos, que a prestação deste direito positivo só se efetiva com a devida compreensão sobre o tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, denota-se que a incidência da subjetividade do direito à saúde é tema a ser examinado por um período generoso. Os questionamentos remetem a situações genéricas e sujeitos ao crivo político, razão pela qual uma possível saída, neste cenário, seria inserir metas a curto prazo às classes mais pobres, com parâmetros específicos, dando publicidade aos casos mais urgentes e conscientizando o jurisdicionado, e os todos os profissionais envolvidos, que a prestação deste direito positivo só se efetiva com a devida compreensão sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático, p. 58. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, São Paulo: Renovar, 1999, pp. 55/66.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 271-298.

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

NOVELINO, Marcelo. ***Manual de Direito Constitucional - Volume Único, 9ª edição***. São Paulo: Grupo GEN, 2014.

OLSEN, Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 248.

SARLET, Ingo Wolfgang; *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 8 ed., Porto Alegre, Livraria do advogado, 2007.

DISCURSO DE ÓDIO CONTRA AS MULHERES NO ÂMBITO DAS DECISÕES DO STF: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DO RECONHECIMENTO

Hate Speech against women in the context of STF decisions: an analysis in the light of recognition theory

Faena Gall Gófas Meneghetti¹
Júlia Carolina Budde²

-
- 1 Este resumo expandido foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “‘Fórmulas’ de aferição da ‘margem de apreciação do legislador’” (*Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers*) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.)

Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Mestra em Direitos Emergentes na Sociedade Global pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Especialista em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul - UCS e em Gestão Pública Municipal pela UFSM. Professora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Luterana do Brasil - ULBRA Cachoeira do Sul. Advogada inscrita na OAB/RS sob o nº 93.344. Integrante do Grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional instrumentos teóricos e práticos vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Drª Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: faena_gall@yahoo.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9494773347925623>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0083-7698>

- 2 Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Bolsista de iniciação científica PROBIC/FAPERGS, com o projeto: “Aprimoramento dos programas de Humanização dos serviços de saúde com base nos parâmetros de

INTRODUÇÃO

O trabalho pretende desenvolver uma análise acerca do tema discurso de ódio no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), visando investigar o tratamento da Corte em relação à temática, uma vez que respostas como reparação por danos morais, danos materiais, condenação por calúnia ou difamação, estão longe de apresentar uma solução eficaz, visto que insuficientes para combater injustiças estruturais. Nesse contexto, ante a ausência de legislação específica, questiona-se: No âmbito do STF é possível identificar o reconhecimento das mulheres como minorias enquanto alvo de ataques por discursos de ódio?

Para responder ao problema de pesquisa proposto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo e de procedimento analítico, partindo-se da hipótese de que há uma aproximação conceitual entre a teoria do reconhecimento desenvolvida por Nancy Fraser e a fundamentação da decisão sobre discurso de ódio contra mulheres no âmbito do STF, especialmente no Agravo Regimental na Petição nº 10.001 do Distrito Federal, a qual foi a única decisão localizada, após pesquisa no sítio de jurisprudências do STF, utilizando-se as palavras-chave “discurso de ódio” e “mulheres”.

A abordagem teórica parte, em primeiro momento, da conceitualização de discurso de ódio no contexto da sociedade informacional, para, posteriormente, analisar os principais pontos da decisão de Agravo Regimental proferida pelo STF sobre a temática discurso de ódio contra mulheres, contrapondo os argumentos utilizados pela Corte com uma abordagem conceitual acerca da teoria do reconhecimento, desenvolvida por Nancy Fraser.

Assim, apresentadas as considerações introdutórias da pesquisa, passa-se à exposição do tema.

proteção dos grupos vulneráveis fixados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, coordenado pela Profª. Dra. Mônia Clarissa Leal. Integrante do Grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional instrumentos teóricos e práticos vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Drª Mônia Clarissa Hennig Leal. Secretária da Diversidade e da Cultura no Diretório Acadêmico Germano Fell do Curso de Direito da UNISC. E-mail: budde_julia@yahoo.com.br/budde1@mx2.unisc.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8934-543X>

DESENVOLVIMENTO

As tecnologias da informação e as novas tecnologias têm propiciado novas formas de exercício dos direitos e podem contribuir como um reforço para a participação nas sociedades democráticas. Contudo, é necessário considerar a existência de um fenômeno bifronte, isso porque na medida em que as novas tecnologias e as tecnologias da informação e comunicação produzem desenvolvimentos importantes e melhorias na condição de vida das pessoas, reforçando e contribuindo – em alguns casos – para o exercício de direitos fundamentais, determinados usos e abusos tecnológicos representam uma grave ameaça para as liberdades (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 20-22).

Na interface de uma sociedade tecnológica e instantaneamente conectada, percebe-se que, como bem refere Castells (2005, p. 17) “a tecnologia não determina a sociedade: é a sociedade. A sociedade é que dá forma à tecnologia de acordo com as necessidades, valores e interesses das pessoas” que a utilizam. E nesse contexto evidencia-se o discurso de ódio, em contrariedade aos valores de igualdade e não discriminação almejados por um Estado Democrático, na medida em que utilizado contra minorias, para difundir mentiras e desinformação. Não seria exagero eleger o discurso de ódio como um dos principais responsáveis pela desinformação em tempos de sociedade da informação.

De acordo com Brugger (2007, p. 118) o discurso de ódio é compreendido por palavras que visam insultar, intimidar ou assediar pessoas em decorrência de sua raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou religião, bem como diz respeito às palavras que possuem a capacidade de incitar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas, ou seja, contra as minorias.

Como bem refere Meyer-Plufg (2009, p. 97-98) o discurso de ódio não é direcionado a uma pessoa específica ou individualizada, mas possui como destinatários pessoas pertencentes a determinado grupo que é discriminado, visto que o “indivíduo é violado exatamente naquilo que o identifica como pertencente daquele determinado setor da sociedade”.

Trata-se de manifestação capaz de desqualificar determinados grupos como detentores de direitos, representando desprezo e discriminação, em razão de características, crenças, qualidades ou condições sociais, sendo proferido, por exemplo, contra mulheres, negros, judeus,

árabes, islâmicos, homossexuais, mulheres, entre outros (MEYER-PLUG, 2009, p. 102).

No que diz respeito ao discurso de ódio contra mulheres tem-se que a temática chegou ao Supremo Tribunal Federal, através de Agravo Regimental, na Petição nº 10.001, do Distrito Federal, na qual discutiu-se acerca do afastamento da imunidade parlamentar do Deputado Eduardo Nantes Bolsonaro, decidindo-se pelo recebimento de queixa-crime em face da eventual prática do crime de difamação em desfavor da colega Deputada Tábata Amaral. Contudo, percebe-se que o STF reconheceu a eventual conduta difamatória enquanto discurso de ódio, o qual não teria atingido apenas a Deputada, mas sim uma coletividade de mulheres. Extraí-se da decisão em comento o texto publicado na rede social do Deputado:

“[...] Ah tá! Agora mulheres só menstruam se o Bolsonaro deixar... entendi... Essa situação passaria por licitação que compraria o mais barato. Assim, é melhor aos mais humildes receber esse dinheiro de forma de benefício assistencial e deixá-los escolher. No mais, a deputada agindo desta maneira quase infantil parece querer atender ao lobby de seu mentor-patrocinador Jorge Paulo Lemann, um dos donos da produtora de absorventes P&G, do que realmente conseguir um benefício ao público (BRASIL, 2023, p. 5)”.

Nesse viés, é importante ressaltar que, conforme indicado na decisão, a Constituição Federal muito bem consagra o direito compreendido como Liberdade de Expressão. Ocorre que, no caso apresentado e em diversos outros que visam incitar o ódio, não deve ser esse conceito atribuído como escudo protetivo para a prática de discursos de ódio, antidemocráticos, ameaças, agressões, infrações penais e toda a sorte de atividades ilícitas (BRASIL, 2023, p. 1), o que, por sua vez, torna a divulgação da fala exposta como ponto de discussão judicial.

Também, insta salientar que a decisão em comento não gira somente em torno da imunidade parlamentar, mais vai além, na medida em que discute acerca da prática de discurso de ódio contra mulheres. Trata-se, inequivocamente, de fala que pode ser enquadrada como discurso de ódio em rede social e, ainda que de forma sucinta, refere-se a fala discriminatória não só à figura da Deputada, mas também a todo o grupo de mulheres, já que aborda, de forma negativa, uma política

pública com tema voltado totalmente a necessidade da mulher. Dessa forma, ressalta-se que a decisão é conclusiva ao mencionar que:

A plena proteção constitucional da exteriorização da opinião (aspecto positivo) não significa a impossibilidade posterior de análise e responsabilização por eventuais informações injuriosas, difamantes, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais, pois os direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas, mas não permite a censura prévia pelo Poder Público[...] Liberdade de expressão não é Liberdade de propagação de discursos mentirosos, agressivos, de ódio e preconceituosos!” (BRASIL, 2023, p. 30).

De acordo com o exposto, na fala compreendida como discurso de ódio, observa-se também, um discurso preconceituoso sobre uma política, que de forma geral, está destinada a uma necessidade feminina. Assim, torna-se possível afirmar que tal discurso ofende a uma coletividade de mulheres, e, por conseguinte, percebe-se a necessidade de reconhecimento das minorias envolvidas, visto que tal fala se deu sobre (contra) um grupo minoritário específico, as mulheres.

Além disso, importante destacar que, de acordo com a teoria desenvolvida por Nancy Fraser, tal fato poderia identificar-se como injustiça cultural ou simbólica, ou seja, como o desrespeito que se reproduz diante da difamação ou desqualificação nas representações públicas (FRASER, 2001). Assim, se faz possível estabelecer a fala do Deputado como difamatória e especialmente como discurso de ódio contra mulheres, ao passo em que trata da sexualidade desprezada que, nesse caso bate de frente com a injustiça e discriminação que são passíveis de “remédio de reconhecimento” (FRASER, 2023, p. 3).

Nesse contexto, evidencia-se o enquadramento da fala do Deputado como discurso de ódio pelo STF, na medida em que reproduziu ato discriminatório e a desqualificação de algo caracterizado como “feminino”, algo natural e que nem sequer é passível de escolha pelas mulheres. Tem-se, por conseguinte, uma perspectiva de reconhecimento da vulnerabilidade das mulheres enquanto minorias, ao passo em que a decisão em tela afasta a imunidade parlamentar em decorrência do discurso de ódio divulgado, incorporando, assim, uma perspectiva de

ataque não só à Deputada, mas a todas as mulheres que, pejorativamente, deveriam solicitar autorização para menstruar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão de recebimento da queixa-crime, pelo STF, no âmbito do Agravo Regimental, na Petição nº 10.001, do Distrito Federal, proferida em 07 de março de 2023, foi precursora ao reconhecer a prática do discurso de ódio contra mulheres. Muito embora a temática discurso de ódio seja objeto de debate há anos pela Suprema Corte, esta é a primeira decisão ante a prática de discurso de ódio específico contra mulheres.

Percebe-se, a partir da fundamentação da decisão pelo afastamento da imunidade parlamentar e recebimento da queixa-crime, que o STF, ao enquadrar a fala do Deputado como discurso de ódio, reconheceu as mulheres enquanto grupo minoritário, vulnerável e objeto de ataque a partir de discurso preconceituoso. Injustiça que precisa ser sanada e não pode passar despercebida, pois, como bem observou o STF, liberdade de expressão não é liberdade de propagação de discurso de ódio.

A atuação da Suprema Corte vai de encontro a teoria do reconhecimento desenvolvida por Nancy Fraser, na medida em que caminha no sentido de transcender a esfera privada da queixa-crime e reconhecer a injustiça cultural contra uma coletividade de mulheres, representada neste momento por uma fala que é espelho de muitas outras cuja desigualdade de gênero ainda representa. O reconhecimento das mulheres como minorias, e das falas preconceituosas em seu desfavor como discurso de ódio, é o primeiro passo para libertar-se da injustiça cultural, ou seja, do desrespeito que se reproduz diante da difamação ou desqualificação de mulheres nas representações públicas. A injustiça cultural não pode passar despercebida, e a imposição de uma mudança cultural é a primeira gota de remédio para combatê-la.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental 10.0001/DF. Relator: Min. Dias Toffoli. Publicado em 07 de março de 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PET1000123decisao_monocratica1.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2023.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio: algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n.15, p.117-136, jan./mar. 2007.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. vol. 1 Trad. Roneide Venancio Majer. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

FRASER, Nancy. “From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a ‘postsocialist age’”. In: S. Seidman; J. Alexander. (orgs). 2001. *The new social theory reader*. Londres: Routledge, p. 285-293. Trad. Julio Assis Simões.

PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Los Derechos Humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Editorial Universitas, 2012.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

INFLUÊNCIAS DE ORGANISMOS INTERNACIONAIS NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA ACESSAR O ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO

Influences Of International Organizations in the Construction of
Public Policies to Access Brazilian Higher Education

Igor Gomes Duarte Gomide dos Santos¹
Reginaldo de Souza Vieira²

INTRODUÇÃO - DIAGNÓSTICO

O presente trabalho visa abordar o histórico das relações internacionais, entre Estados e entre organizações e Estados na formação e construção do Ensino Superior, especificamente no caso do Brasil.

Inicialmente, faz-se um breve resgate contextualizado para a construção de políticas públicas em educação, avaliando-se o surgimento do *soft power* e como ele se dera na construção de políticas públicas internas. Percebe-se que a própria dinâmica social em volta do diploma de graduação e a forma de ensino são impactadas por estas pressões, voltadas para a satisfação do mercado de trabalho em um ideal tecnicista.

1 Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Membro do Núcleo de Estudos em Política, Estado e Direito. E-mail <igorsantos@unescc.net>

2 Coordenador adjunto do Mestrado em Direito do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenador do Núcleo de Estudos em Política, Estado e Direito. E-mail: <reginaldovieira@unescc.net>

O trabalho será desenvolvido por meio de uma pesquisa bibliográfico-documental, analisando documentos nacionais e internacionais produzidos sobre o tema, bem como compromissos assumidos (como os objetivos de desenvolvimento) e a definição das balizas para o seu alcance.

DESENVOLVIMENTO

1. Um breve histórico das relações internacionais e *soft power*

Na complexidade das relações de poder entre Estados, posteriormente à 2ª Guerra Mundial, o panorama e forma de exercício deste poder se transformou drasticamente, tanto pelas tecnologias, que aceleraram a vida social quanto pelas alianças militares que se formaram durante os combates.

Assim, conforme explica Seitenfus (2004), as relações internacionais se dividiram em dois tipos: a dominação política, que visavam o fortalecimento do poderio militar à espera da eclosão de um novo conflito; e a dominação econômica, consequência da primeira, que visava aumentar territórios controlados e a riqueza disponível para, dentre outros motivos, manter a superioridade armamentícia – a escalada da Guerra Fria em meio à descolonização. Telò (2012, p. 7) afirma que:

Os regimes e organizações de acordos multilaterais surgem no século XIX e consolidam o seu papel apesar dos fracassos e tragédias da violenta primeira metade do chamado ‘curto século (xx)’ porque vários Estados, notadamente os europeus, estiveram e estão interessados no aumento da cooperação intergovernamental.³

Esta construção dependeria, naturalmente da confiança entre os Estados e a assunção de compromissos entre os participantes. Estes compromissos, inicialmente voltados para a segurança militar e terri-

3 Tradução livre. Texto original: “Multilateral agreements regimes and organizations emerge in the nineteenth century and consolidate their role despite the failures and tragedies of the violent first half of the so-called ‘short century’ (twentieth) because several states, notably the European states, were and are interested in increasing intergovernmental cooperation.”

torial, começam a ser expandidos para outros tópicos por pressões das ex-colônias, que não viam interesse em se filiar de um lado ou de outro.

Assim, investimentos em tecnologia, ofertas de crédito a baixo custo foram ofertas decisivas (ainda que não cumpridas) para que, por exemplo, o Brasil se alinhasse aos Estados Unidos (Moura, 1990). Com esse alinhamento e o desenvolvimento do capitalismo globalizado na segunda metade do séc. XX, a forma de dominação se altera. Em vez de domínio pela força, a economia mostra-se como uma forma mais eficaz de alinhamento internacional, conforme Nye Jr. (1990, p. 166) demonstra:

Um estado pode alcançar os resultados que prefere na política mundial porque outros estados querem segui-lo ou concordaram com uma situação que produza tais efeitos. Nesse sentido, é tão importante definir a agenda e estruturar as situações na política mundial quanto fazer com que os outros mudem em casos particulares.⁴

Estas agendas internacionais hoje são disputadas em mecanismos complexos que vão desde ações bilaterais até a composição de órgãos multilaterais. Neste sentido, as organizações internacionais (sejam elas intergovernamentais ou não-governamentais), “são também atores de primeira grandeza nos processos de difusão e de transferência de políticas públicas” (FARIA, 2018, p. 35).

É nesse contexto que surge a expressão política pública global, políticas disseminadas por meio de *soft power* e por meio destas organizações internacionais que influenciam a formação da agenda política do governo, bem como o processo de tomada de decisão interna, já que a sua adoção pode representar vantagem política no contexto internacional.

Em um contexto em que globalização significa subserviência ao neoliberalismo, naturalmente:

... a globalização é vista como um desafio à natureza pública da política pública (doméstica), [na medida em que] convoca uma série de imperativos não negociáveis, externos e amplamente econômicos que devem ser aplacados de maneira tecnicamente

4 Tradução livre. Texto original: “A state may achieve the outcomes it prefers in world politics because others states want to follow it or have agreed to a situation that produces such effects. In this sense, it is just as important to set the agenda and structure the situations in world politics as to get others to change in particular cases.”

competente se o bom desempenho econômico for mantido, seja qual for o custo em termos de responsabilidade democrática.⁵ (HAY, 2006, p. 587).

Mas tal correlação não implica em causalidade. Embora a globalização esteja ligada umbilicalmente à disseminação do neoliberalismo, Hay (2006) afirma que os desafios para as políticas públicas residem na capacidade de formular políticas públicas globais e transnacionais para lidar com problemas cujas consequências são globais, como a fome, a desigualdade social e o meio ambiente.

Essa mudança no escopo, de um paradigma neoliberal-desenvolvimentista para o desenvolvimento sustentável, não se deu de maneira automática ou está completamente encerrada. Como demonstram Weiss *et al* (2019, p. 260) foi em 1972 que pela primeira vez se discutiu:

... a necessidade de simultaneamente promover o desenvolvimento econômico e garantir a disponibilidade de recursos para as gerações futuras, ou “desenvolvimento sustentável”, foi enquadrada por uma comissão chefiada pela então primeira-ministra norueguesa Gro Harlem Brundtland, que mais tarde chefiou a OMS.⁶

A pauta do desenvolvimento sustentável só chegou a ser proposta vinte anos depois, na 1ª Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Eco-92 ou Rio-92), na forma de um plano de ação não-vinculativo em que buscava a integração entre Organizações Não-Governamentais (ONGs), agências da própria Organização das Nações Unidas (ONU) e os Estados-membro para alcançar o desenvolvimento sustentável: a Agenda 21.

Na direção contrária, em 1995, cinco anos após a formulação da Agenda 21, a Organização Mundial do Comércio (OMC) surge em substituição ao Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) até então

5 Tradução livre. Texto original: “globalization is seen to challenge the public nature of (domestic) public policy by summoning a series of non-negotiable, external, and largely economic imperatives that must be appeased in a technically proficient manner if good economic performance is to be maintained, whatever the cost in terms of democratic accountability”

6 Tradução livre. Texto original: “the need to simultaneously foster economic development and ensure the availability of resources for future generations, or “sustainable development,” was framed by a commission headed by then Norwegian prime minister Gro Harlem Brundtland, who later headed WHO.”

vigente, “cujas regras endossam o livre comércio e uma regulamentação social mínima, seja essa regulamentação para proteger o meio ambiente, os direitos humanos ou qualquer outra preocupação.”⁷ (WEISS *et al*, 2019, p. 262).

Essa tensão, aprofundada com disputas ideológicas com o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI), serão a tônica de décadas das discussões internacionais e dos constantes agrupamentos e reagrupamentos de Estados em alianças regionais ou setoriais. É nesse contexto que são estabelecidos os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs) e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODSs).

2. Os objetivos de desenvolvimento

Se foram necessários vinte anos entre a Conferência de Estocolmo (1972) da Conferência do Rio (1992) para que a pauta do desenvolvimento fosse mediada pela necessidade de proteger o meio ambiente devido aos impactos climáticos da sociedade capitalista, foram necessários outros vinte anos para que os ideais previstos na Eco-92 se convertessem, de alguma forma, em princípios de atuação mais claros – os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs).

A sua implementação se dá pelos próprios objetivos da ONU, conforme justificam Weiss *et al* (2019, p. 299): manter a humanidade segura não é apenas mantê-la protegida de conflitos armados ou aliviar seus sofrimentos, mas “a segurança humana máxima pode ser imaginada em um ambiente totalmente livre de ameaças, onde os seres humanos são protegidos contra todas as ameaças às suas vidas, valores e propriedades”⁸. Foram definidos 8 ODMs, para guiar a atuação dos Estados entre 2000 e 2015:

Os oito ODM abrangiam ações específicas de combate à fome e à pobreza, associadas à implementação de políticas de saúde, saneamento, educação, habitação, promoção da igualdade de

7 Tradução livre. Texto original: “whose rules endorse free trade and minimal social regulation, whether that regulation is to protect the environment, human rights, or any other concern.”

8 Tradução livre. Texto original: “maximum human security can be imagined in a totally threat-free environment, where human beings are protected against all threats to their lives, values, and property.”

gênero e meio ambiente, além de medidas para o estabelecimento de uma parceria global para o desenvolvimento sustentável. Para cada um dos oito objetivos foram estabelecidas metas globais, em um total de 21 metas, cujo acompanhamento de progresso deu-se por meio de um conjunto de 60 indicadores (ROMA, 2019, p. 34).

Ao final do período pactuado, a partir dos sucessos e das falhas na adoção dos ODMs (e diversos questionamentos sobre a sua real influência nos resultados obtidos⁹), foram definidos os ODSs. Uma grande diferença destas novas previsões, para Sachs (2012, p. 2209) é que:

Os ODMs eram alvos principalmente para os países pobres, aos quais os países ricos deveriam somar sua solidariedade e assistência por meio de finanças e tecnologia. Os ODSs terão, necessariamente, uma sensação diferente sobre eles. O desenvolvimento sustentável está iludindo todo o planeta. Os ODS devem, portanto, apresentar metas e desafios para todos os países – não o que os ricos devem fazer pelos pobres, mas o que todos os países juntos devem fazer pelo bem-estar global desta geração e das que virão. Economias emergentes de renda média, como Brasil, China, Índia e outras, serão líderes cruciais dos ODS e terão seus próprios desafios internos de equilibrar crescimento e sustentabilidade ambiental; vulnerabilidades a tendências adversas, como mudanças climáticas; e papéis geopolíticos crescentes, regional e globalmente.¹⁰

9 Para aprofundar no tema, recomenda-se o artigo “The power of numbers: a critical review of millenium development goal targets for human development and human rights”, de Fukuda-Parr *et al*, disponível em: <https://doi.org/10.1080/19452829.2013.864622>

10 Tradução livre. Texto original: “The MDGs were targets mainly for poor countries, to which rich countries were to add their solidarity and assistance through finances and technology. The SDGs will, necessarily, have a different feel about them. Sustainable development is eluding the entire planet. The SDGs should therefore pose goals and challenges for all countries—not what the rich should do for the poor, but what all countries together should do for the global wellbeing of this generation and those to come. Middleincome emerging economies, such as Brazil, China, India, and others, will be crucial leaders of the SDGs, and will have their own internal challenges of balancing growth and environmental sustainability; vulnerabilities to adverse trends such as climate change; and rising geopolitical roles, regionally and globally.”

O próprio conceito de desenvolvimento sustentável se encontra em uma área cinzenta. Há aqueles que o definem a partir da proteção ambiental e conservação de recursos. Outros vão afirmar a partir do atendimento às necessidades humanas e à redução da pobreza (Elkington, 1997; Barbier, 1987). Terceiros focam na manutenção dos recursos disponíveis e manutenção para próximas gerações (adotado pelo Relatório Brundtland, de 1972, bem como Goodland; Ledoc, 1987; Markandya; Pearce, 1998).

Enquanto os ODMs ficaram conhecidos pela sua prescrição genérica de metas em oito áreas, até a forma de construção dos ODSs foi mais aprofundada (Roma, 2019): foram dois anos de estudo que geraram 169 metas globais classificadas em 17 objetivos. Estas prescrições foram enviadas para os Estados para que estes as adaptassem à sua realidade e ao seu panorama nacional. No caso brasileiro:

... de um total de 169 metas globais encaminhadas pela ONU, 167 foram consideradas pertinentes ao país, ainda que muitas delas tenham requerido alterações no texto para se adequarem às especificidades nacionais. No total, 39 metas globais foram mantidas em seu formato original e 128 foram alteradas, tendo em vista a necessidade de adequá-las à realidade brasileira, de conferir mais clareza ao seu conteúdo original ou, ainda, de quantificá-las com maior precisão. Adicionalmente, foram criadas oito novas metas, totalizando 175 metas nacionais, das quais 99 foram classificadas como finalísticas e 76 como de implementação (ROMA, 2019, p. 39)

Tratando especificamente do objetivo 4, assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos, o foco deste trabalho se inserirá na meta 4.2: “Até 2030, assegurar a igualdade de acesso para todos os homens e as mulheres à educação técnica, profissional e superior de qualidade, a preços acessíveis, incluindo a universidade” (SILVA (org), 2018, p. 115), adaptado para a realidade brasileira como “Até 2030, assegurar a equidade (gênero, raça, renda, território e outros) de acesso e permanência à educação profissional e à educação superior de qualidade, de forma gratuita ou a preços acessíveis” (*ibidem*).

Não foram necessárias grandes adaptações, considerando-se que o ensino superior público no Brasil é gratuito e já existiam políticas públicas que visavam aumentar a diversidade no acesso ao ensino supe-

rior, como o Programa Universidade Para Todos (Prouni) e o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior. Até 2017, porém, os resultados estavam longe da meta proposta (SILVA (coord.), 2019, p. 14)

Apesar dos programas federais, as desigualdades de acesso ao ensino superior são significativas. As cotas aumentaram o número de negros cursando o ensino superior, mas, em 2017, a proporção de jovens negros que cursa este nível de ensino é pouco mais da metade da proporção de jovens não negros no ensino superior. O Prouni e o Fies visam viabilizar o acesso dos mais pobres ao ensino superior privado, mas, entre os mais pobres, apenas 7,6% estão no ensino superior.

Mais do que o resultado parcial alcançado em si, é preciso estar atento a dois pontos da análise construída pelos pesquisadores do IPEA: (a) como o objetivo definido fora trabalhado pelos analistas dentro de uma perspectiva formal (meramente alcançar números equitativos frente à população brasileira) dentro do período de tempo analisado; (b) como a meta se limita a contabilizar o ingresso de pessoas no ensino superior, sem se preocupar com a evasão escolar, o tempo para a graduação; a qualidade do ensino que foi disponibilizado e o impacto que completar o ensino superior traria à este indivíduo – apesar de vários desses tópicos estarem consagrados tanto na Meta definida pela ONU quanto pelo Brasil.

3. Agenda Externa

Nessa dicotomia de relações e influências até mesmo na ONU, Amestoy (2019, p. 143-144) aponta que:

... os organismos internacionais com maior atuação nas políticas de cunho sociais, especialmente na esfera educacional, são o BM [Banco Mundial], a UNESCO [Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura], a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

Até o início dos anos 1990, a postura do Banco Mundial em relação à educação em si era mais residual – a educação e a saúde como parte do esforço pela redução da pobreza. Como aponta Melo (2003, p. 127):

Quanto à educação, os esforços dos anos 70 e início dos anos 80 se aprofundam sempre no sentido do crescimento econômico e do aumento da ‘produtividade do trabalho’. ‘A produtividade do trabalho deve ser aumentada’, ‘frente às novas necessidades tecnológicas’, são objetivos frequentes nestes documentos.

A partir dos anos 1990, com a instabilidade dos regimes democráticos que acabavam de surgir na América Latina (inclusive no Brasil), o BM assume uma postura mais proativa em relação às ações e políticas públicas dos Estados para os quais realiza empréstimos. Essa postura é justificada pela necessidade de que os devedores criassem a capacidade de honrar seus pagamentos pela incorporação de modelos gerenciais adequados e estabelecimento de metas realistas (Fonseca, 2009), e que isso passaria pela necessidade de fornecer instrumentos para que as populações carentes pudessem participar deste processo de desenvolvimento (Castro, 2013).

A instrumentalização da educação como um meio para o pagamento da dívida contraída pelo Estado exige o esvaziamento dos caracteres de libertação do indivíduo (Freire, 2011), substituindo cadeiras críticas por técnicas, limitando a pesquisa ao desenvolvimento tecnológico aplicável ao mercado de trabalho e a aprendizagem à absorção do conteúdo professado. Conforme aponta Melo (2003, p. 119):

[...] em muitos casos (a integração) provoca o desmonte dos sistemas educativos públicos já existentes; estimula a privatização competitiva em diversos níveis; restringe e secciona os vários níveis de ensino, bem como o acesso a conhecimento, à criação e produção científica e tecnológica e à formação profissional, impedindo que a educação seja realizada para todos, em todos os níveis, se tornando uma educação cada vez mais seletiva.

A UNESCO por sua vez, no Educação Para Todos: O Compromisso de Dakar, publicado em 2001, afirma, no mesmo tom neoliberal:

A todos os jovens deve ser dada a oportunidade de prosseguir a sua educação (...) deve haver uma variedade de opções para que continuem sua aprendizagem. Essas oportunidades devem ser ao mesmo tempo significativas e relevantes concernentes a seus respectivos ambientes e necessidades, ajudando-os a se tornarem agentes ativos na modelagem de seu futuro e a desenvolverem habilidades úteis relativas ao seu trabalho (UNESCO, 2001, p. 16)

Na Declaração de Icheon, de 2016, aparece uma preocupação também em relação à necessidade de se trabalhar o pensamento crítico, ao lado da formação para o mercado de trabalho quando se fala em educação superior (no documento denominada educação terciária), ainda que tais aspectos ainda tivessem um plano de fundo neoliberal, focando o desenvolvimento de pesquisas na aplicação empresarial:

Além de transmitir habilidades para o trabalho, a educação terciária e as universidades desempenham um papel vital de estimular o pensamento crítico e criativo e também de gerar e disseminar conhecimentos para o desenvolvimento social, cultural, ecológico e econômico. A educação terciária e as universidades são cruciais para a educação de futuros cientistas, especialistas e líderes.

(...)

Um sistema de educação terciária bem estabelecido e adequadamente regulado, apoiado pela tecnologia, por recursos educacionais abertos e pela educação a distância pode aumentar o acesso, a equidade, a qualidade e a relevância da educação, além de diminuir a lacuna entre o que é ensinado em instituições de educação terciária, incluindo universidades, e o que economias e sociedades demandam. A oferta de educação terciária deveria se tornar progressivamente gratuita, alinhada a acordos internacionais existentes. (UNESCO, 2016, p. 23)

Melo (2003, p. 101) afirma que esta preocupação visa “implantar um capitalismo com uma ‘face humanizada’ nos países em desenvolvimento”, que colocaria fim às disputas de classes (num contexto de derrocada do socialismo soviético) bem como entre a iniciativa pública e privada.

É possível, a partir das preocupações externadas com estes documentos e os indicadores que começaram a ser utilizados para medir as metas são direcionados a dois objetivos: reduzir a atuação do Estado

em nome de uma eficiência de gastos públicos e estimular uma competição entre o serviço educacional público e privado (Melo, 2003) visando limitar o foco do ensino nas disciplinas consideradas como essenciais na educação básica – tais como língua nacional e matemática (Amestoy, 2019) e tecnicista na educação superior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações internacionais se desenvolvem sobre os mais variados aspectos e temas, e o ensino superior não está alheio às transformações da sociedade global e das pressões de comunidades internacionais e de outros Estados, especialmente no que se refere à construção de políticas públicas para sua implementação e desenvolvimento.

Dentre os compromissos internacionais que regem a matéria, destacam-se sobremaneira os Objetivos de Desenvolvimento para o Milênio e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, fixados pela Organização das Nações Unidas e que possuem metas de atendimento - tanto em relação ao seu alcance quanto em relação à sua qualidade.

Falar de qualidade na educação é um tema espinhoso, especialmente em se tratando da educação não considerada como obrigatória: a busca pelo aprimoramento técnico e pelo fornecimento de mão-de-obra qualificada para o mercado de trabalho tendem a ofuscar o ensino e a transformar a universidade em uma escola técnica com cursos de longa duração - o que não só muitas vezes é desejado pelos estudantes, ávidos pelas recompensas financeiras oferecidas, mas também incentivado por organismos internacionais em suas pautas neoliberais.

Na contramão deste movimento, a Declaração de Icheon prevê que a formação do pensamento crítico, transformador da realidade é um papel essencial para a educação universitária. Neste sentido, é necessário aprofundar os estudos sobre os impactos, especialmente os sociais, na adoção de tais declarações e encargos de metas.

REFERÊNCIAS

AMESTOY, Micheli Bordoli. A política de Accountability na educação básica e os efeitos da avaliação externa no ensino e na gestão escolar: um estudo no município de Santa Maria/RS. 2019. 299f. Tese (Doutorado em Educação em

Ciências) – Programa de Pós-Graduação em Educação em Ciências: Química da Vida e Saúde, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2019.

BARBIER, Edward. The concept of sustainable economic development. *Environmental conservation*, Cambridge, 1987, v. 14, nº 2, p. 101-110.

CASTRO, M.R.O. Política educacional: gestão, desenvolvimento e competitividade. *Cadernos ANPAE*, v. 17, p. 1, 2013.

ELKINGTON, John. *Cannibals with Forks: the Triple Bottom Line of 21st Century Business*. Oxford: Capstone, 1997.

FARIA, Carlos A P de. As organizações internacionais como difusoras de políticas públicas. *Monções*, v. 7, n. 13, jan/jun 2018. Disponível em: <<https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/moncoes/article/view/8718>>. Acesso em 08 abr 2023.

FONSECA, M. O Banco Mundial e a gestão da Educação Brasileira. In: OLIVEIRA, Dalila Andrade (org.). *Gestão Democrática da Educação*. 9ed, Nova Petrópolis, RJ: Vozes, p. 46-63, 2009.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

GOODLAND, Robert & LEDOC, G. Neoclassical Economics and Principles of Sustainable Development. *Ecological Modelling*, Amsterdã, v. 38, nº 1, 1987.

HAY, Colin. Globalization and public policy. In: MORAN, M.; REIN, M. & GOODIN, R.E. (Eds.). *The Oxford Handbook of Public Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p.587-604, 2006.

MARKANDYA, Anil; PEARCE, David. Natural environments and the social rate of discount. *Impact Assessment and Project Appraisal*, Fargo, 1988, v. 3, nº 1, p. 2-12. Disponível em: <<https://doi.org/10.1080/02688867.1988.9726647>>. Acesso em 09 abr 2023.

MELO, Adriana Almeida Sales de. A mundialização da educação. O projeto neoliberal de sociedade e de Educação no Brasil e na Venezuela. 2003. 244f. Tese (Doutorado em Educação), Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2003. Disponível em: <<http://repositorio.unicamp.br/Acervo/Detalhe/283444>>. Acesso em 12 abr 2023.

MOURA, Gerson. O alinhamento sem recompensas: a política externa do governo Dutra. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1990.

NYE JR., Joseph S. *Soft Power*. *Foreign Policy*, n. 80, v. 1, Outono 1990, p. 153-171. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1148580>>. Acesso em 08 abr 2023.

ROMA, Júlio C. Os objetivos de desenvolvimento do milênio e sua transição para os objetivos de desenvolvimento sustentável. *Revista Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 71, n. 1, p. 33-39, Jan. 2019. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009=67252019000100011-&lng=en&nrm-iso>. Acesso em 09 abr 2023.

SACHS, Jeffrey D. From Millennium Development Goals to Sustainable Development Goals. *The Lancet*, Londres, 2012, n° 379, v. 9832, p. 2206–2211. Disponível em: <[https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(12\)60685-0](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(12)60685-0)>. Acesso em 09 abr 2023.

SEITENFUS, Ricardo. *Relações internacionais*. Barueri: Manole, 2004.

SILVA, Enid Rocha A da (coord). *Cadernos ODS: ODS 4 – assegurar a educação inclusiva e de equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todas e todos*. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9349/1/Cadernos_ODS_Objeto_4_Asegurar%20a%20educa%C3%A7%C3%A3o%20inclusiva%20e%20equitativa%20e%20de%20qualidade.pdf>. Acesso em 10 abr 2023.

TELÒ, Mario. State and multilateralism: history and perspectives. In: TELÒ, Mario. *State, Globalization and Multilateralism: The challenges of institutionalizing regionalism*. Springer, 2012.

UNESCO. *Educação para Todos: o Compromisso de Dakar*. Brasília: UNESCO, 2001. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000127509>>. Acesso em: 11 abr 2023.

UNESCO. *Educação 2030: Declaração de Icheon e Marco de Ação, rumo a uma educação de qualidade inclusiva e equitativa e à educação ao longo da vida para todos*. Brasília: UNESCO, 2016. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000243278_por>. Acesso em 12 abr 2023.

WEISS, Thomas G. *The United Nations and changing world politics*. Nova Iorque: Routledge, 2019.

O ADOECIMENTO MENTAL DOS POLICIAIS MILITARES DO CEARÁ

The Mental Illness Of The Military Police Of Ceará

Rafaella Ferreira Melo Costa¹

Hiury Machado Melo²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura tratar criticamente questões relativas ao sofrimento psíquico dos Policiais no Estado do Ceará. A rotina da Polícia é de grande responsabilidade e cheia de pressão da sociedade, de seus superiores, além de assédios, que acentuam ou geram o sofrimento no labor, gerando um sofrimento psíquico, tendo como consequências o baixo rendimento profissional, afastamentos, doenças somáticas e até mesmo ao suicídio.

Uma questão está interligada a outra, devido a isso, analisar detalhadamente todos esses problemas que causam o adoecimento dos agentes, consequentemente o afastamento e implicam a prestação de serviços com eficiência.

Assim, em termos de procedimento, será utilizada a metodologia de pesquisa documental bibliográfica e método dedutivo, o qual permite estudar as obras desenvolvidas pelos principais autores que tra-

1 Rafaella Ferreira Melo Costa; Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC; **Linha de Pesquisa Direito Sociedade e Estado**; Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDS/UNESC), **e-mail:** inha.melo@hotmail.com

2 Hiury Machado Melo; Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC; **Linha de Pesquisa Direito Sociedade e Estado**; Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDS/UNESC), **e-mail:** hiury.melo@uninta.edu.br

tam das temáticas sob análise. Ademais, também será realizada análise de dados de publicações de artigos, leis, jurisprudências e sites relacionados ao objeto da pesquisa.

DESENVOLVIMENTO

1. Principais motivos dos afastamentos dos policiais

1.1 Estresse

Os policiais em suas rotinas de trabalho são influenciados por diversos fatores prejudiciais que geram estresse que ultrapassam os seus limites. O cansaço físico, o mental e o estresse podem levar esses policiais a assumirem atitudes irracionais durante surtos. Assim, tais atitudes podem levar à ineficácia no desempenho do exercício profissional e sofrimento.

Os policiais em suas atividades profissionais precisam tomar decisões rápidas que podem colocar em risco tanto sua vida como da sociedade. O contato direto com situações de violência é algo recorrente e que apresenta potencial estressor e interfere também na qualidade de vida (LEITE et al., 2019).

Os eventos com os quais os policiais necessitam lidar são de vários tipos, devendo intervir em situações de problemas humanos de muito conflito e tensão. O policial deve saber distinguir o bem do mal, tem que decidir, em emergências, entre o legal e o ilegal, o honesto e o desonesto, no exato momento, mesmo que não tenha todas as informações necessárias para uma decisão correta. Como pano de fundo para sua atuação profissional, muitas vezes encontra-se a incerteza e a angústia. Adicionalmente, esses profissionais têm de lidar com hierarquia, grande quantidade de burocracia, desequilíbrio entre recursos e exigências, falta de suporte do sistema policial, falta de preparo e hostilidade dos cidadãos ante a imagem pública da polícia. Outro estressor intrínseco da profissão é o perigo sempre presente, durante e fora do horário de trabalho e as ameaças que são feitas às suas famílias (LIPP, COSTA e NUNES, 2017, p. 47).

Para Souza e Minayo (2005), muitos são os casos de agravos à saúde física e mental dos policiais militares. Os policiais são vítimas expostas a estresse na sua rotina de trabalho. Esse estresse gera sofrimento psíquico, consequentemente reduzindo a eficácia profissional.

A atividade policial passa por diversas ocorrências como assaltos, homicídios, estupros, acidentes de trânsito, cadáveres isso tudo gera um transtorno de estresse pós-traumático (TEPT). E esse transtorno precisa ser tratado com acompanhamento psicológico ou com acompanhamento psiquiátrico muitas vezes com o uso de medicamentos.

A terapêutica mais atual do TEPT é dividida em três estágios. O primeiro consiste em intervenções para prevenção do transtorno após a exposição ao trauma; o segundo, ao tratamento quando o transtorno já se desenvolveu; o terceiro está relacionado com a continuidade dos cuidados para manutenção da saúde mental (MACHADO, 2017).

Além disso, tem o *burnout* que muitas vezes só é percebido quando o estágio já está bastante, pois os próprios policiais por alguns não conhecer o *burnout* confunde com cansaço ou fadiga e problemas pessoais. E esse diagnóstico tardio pode ter consequências sérias podendo ocorrer o afastamento de suas funções.

Outro fator que também acentua o estresse é o fato de alguns policiais passarem por uma rotina cansativa e desgastante físico/mental e ainda pela necessidade financeira prestar outros serviços como seguranças para completar a renda familiar.

1.2 Preconceito e humilhação

Para muitos cidadãos principalmente os mais carentes os policiais são vistos como profissionais agressivos que causam medo até mesmo insegurança, isso causa prejuízo para reputação do agente que muitas vezes saem de suas casas sem a certeza de voltar vivos em defesa da sociedade.

Silva e Leite (2007) chamam atenção para o fato de que, muitas vezes, os policiais são tidos pela população como violentos e imprevisíveis.

Alguns policiais ainda possuem a cultura de preconceito e vergonha na procura de tratamento psicológico e com isso vão acumulando os problemas causando mais sofrimento.

Além de muitos policiais se sentirem humilhados por até mesmo por seus superiores pelo simples fato da diferença de patentes ou de

diferença de sexo, causando mais uma vez o acúmulo de sofrimento os deixando sem estímulo algum para continuar suas funções com êxito e com o desejo de sair da corporação ou até mesmo chegar ao extremo tirando sua própria vida.

1.3 Consumo de substâncias lícitas e ilícitas

Os agentes muitas vezes na tentativa de fuga dos problemas acontecidos no trabalho fazem o uso de substâncias lícitas e ilícitas, para em alguns instantes se sentirem aliviados, alívio esse que ao retorno de sua consciência, os problemas voltam com um peso maior, devido a ressaca tanto fisiológico como a ressaca moral.

1.4 Problemas mentais

Todos estes problemas estão interligados e tendo como consequência os problemas mentais que geram afastamentos ou até mesmo o suicídio.

Segundo a audiência pública promovida pelo Ministério Público do Ceará no dia 12 de junho de 2023, 30% dos afastamentos de policiais militares são por problemas de saúde mental. Dado totalmente preocupante diante do fato de que se trata de vidas que estão sofrendo.

Os agentes estão o tempo inteiro colocando as suas vidas em risco, utilizando arma de fogo contra outras pessoas, esse momento de decisão rápida gera um stress exorbitante.

Há ainda os Transtornos Mentais Comuns (TMC) que se constituem um grave problema de saúde pública devido a sua elevada prevalência e o impacto causado na vida do indivíduo (SILVA; ROCHA; SANTOS; SANTOS et al., 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Secretaria de Segurança Pública (SSP), o governo do estado e os comandos das polícias devem juntos observar e ajudar a tropa policial que se encontra adoecida e para prevenir todos os problemas citados na pesquisa sugere-se que sejam feitas políticas de prevenção com acompanhamentos psicológicos e psiquiátricos para todos os policiais,

pois a saúde mental é fundamental para que o agente tenha a capacidade necessária de executar suas funções pessoais e profissionais. Assim evitando os afastamentos por motivos doenças psicológicas que muitas vezes tem como consequências a violência e ao extremo que é o suicídio.

A exposição aos riscos ambientais, somados à precarização do trabalho e o baixo controle e prevenção de doenças ocupacionais, resulta em danos à saúde dos policiais, dentre os quais, o alcoolismo, depressão, os transtornos de estresse e o comportamento suicida (Oliveira e Santos, 2010; Silva e Vieira, 2008).

Além de outras políticas que precisam ser consideradas, como valorização profissional, plano e reestruturação de carreira, para que os policiais tenham perspectivas de crescimento profissionais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, M. P.; SANTANA, E. F. **A polícia militar na segurança pública do estado democrático de direito brasileiro**. Revista Criminologia e Políticas Públicas, Salvador, v. 4, n.1. p.82 – 97, jan/jun. 2018. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/4294/pdf11>>. Acesso em: 12 jul. 2023.

ANCHIETA, V. C. C.; GALINKIN, A. L. **Policiais Civis**: representando a violência. Psicologia & Sociedade, 17(1), 17-28.. 2005. <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/seguranca/saude-mental-na-seguranca-30-dos-pms-e-11-dos-policiais-civis-afastados-por-problema-psicologico-no-ce-1.3380780>

LEITE, M. L. S. et al. **Qualidade de Vida dos Policiais Militares de Vitória da Conquista – BA**. Rev. Psic., v. 13, n. 48, p. 333-341, dez. 2019. Disponível em: <<https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/view/2182>>. Acesso em: 12 jul. 2023.

LIPP, M.E.N., COSTA, K.R.D.S.N., NUNES, V.D.O. Estresse, qualidade de vida e estressores ocupacionais de policiais: sintomas mais frequentes. **Revista Psicol Organ Trab.**,17(1), 46-53, 2017. <https://dx.doi.org/10.17652/rpot/2017.1.12490>

MACHADO, M. R. Transtorno de estresse pós traumático e tratamento cognitivo comportamental: uma revisão. **Diaphora**, 15, n. 2, p. 22-26, 2017

OLIVEIRA, K. L.; DOS SANTOS, L. M. Percepção da saúde mental em policiais militares da força tática e de rua. **Sociologias**, 12(25), 224-250, 2010; doi: 10.1590/S1517-45222010000300009

SILVA, L. A. M.; LEITE, M. P. Violência, crime e polícia: o que os favelados dizem quando falam desses temas? **Sociedade e Estado**, v. 22, n. 3, p. 545-591, set./dez. 2007.

SILVA, P. A. D. S. D.; ROCHA, S. V.; SANTOS, L. B.; SANTOS, C. A. D. et al. The prevalence of common mental disorders and associated factors among the elderly in a Brazilian city. **Ciencia & Saude Coletiva**, 23, n. 2, p. 639-646, 2018

SOUZA, E. R.; MINAYO, M. C. S. Policial risco como profissão: morbimortalidade vinculada ao trabalho. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 10, n. 4, p. 917-928, out./ dez. 2005.

POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIÁRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA: COMO POTENCIALIZAR A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS POR MEIO DAS AVALIAÇÕES?¹

Judiciary public policies on access to justice: how to enhance conflict resolution through assessments?

Victor Saldanha Priebe²

Helena Schwantes³

Fabiana Marion Spengler⁴

-
- 1 Pesquisa resultante do projeto “Ontem, hoje e amanhã: cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça” financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - Fapergs, Edital 07/2021 - PqG – Pesquisador Gaúcho, processo nº 21/2551-0002322-8 e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico CNPq, Edital Processo: 407119/2021-3, Chamada CNPq/MCTI/FNDCT Nº 18/2021 - Faixa B - Grupos Consolidados.
 - 2 Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito – EPD. Integrante do “Grupo de Pesquisas Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, vinculado ao CNPq. Bolsista CAPES Modalidade II. Mediador e Assessor Jurídico da 24ª Coordenadoria Regional de Educação do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: victor.priebe@hotmail.com
 - 3 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC-CAPES, modalidade I, na linha de pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social. Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas públicas no tratamento dos conflitos”, certificado ao CNPq, Mediadora voluntária. E-mail: helena.schwantes@hotmail.com
 - 4 Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Pq2). Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, com bolsa Capes, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação lato e stricto sensu da UNISC, Líder do Grupo de

INTRODUÇÃO

Diante da necessidade de que as políticas públicas judiciárias desenvolvidas em prol do acesso à justiça potencializem suas ações em vista de melhor efetivar a várias formas de resolução de conflitos, surge o assunto como temática da presente pesquisa. Nesta linha, busca-se, como objetivo principal investigar a maneiras mais produtivas pelas quais as políticas públicas judiciárias, especificamente em seu ciclo avaliativo, podem auxiliar no contexto geral da resolução de conflitos praticada no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Com isto, o problema que se pretende responder reside no fato de que as atuais avaliações procedidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desconsideram as diferenças entre as tipologias dos conflitos e as formas de colocar em prática métodos que entreguem um efetivamente um acesso à ordem jurídica justa a todas elas. Com a finalidade de se atingir os objetivos foi utilizado o método de pesquisa bibliográfico. Concluiu-se, por conseguinte, que o cenário de avaliativo das políticas públicas judiciárias de acesso à justiça merece ser revisto no sentido de que se possa propor novas ações que gerem melhor performance à máquina judiciária.

DESENVOLVIMENTO

Sobre este assunto se propõe proceder com uma análise sobre o conflito no sentido de observar se há possibilidade de que se aproveite o dissenso para se obter alguma evolução nas relações sociais, tem-se como fundamental que se proceda com uma verificação preliminar que pormenorize o conceito utilizado para o termo, conflito, adotado.

Nesta toada, diversas são as leituras aplicáveis ao termo, de modo que entre elas é possível que se defina conflito como um processo pelo qual há um esforço intencional de alguma pessoa no sentido de bloquear que outra pessoa atinja seus objetivos. (ROBBINS, 2009, p. 326) Em outra interpretação mais atenuada pode se dizer que a situação conflitiva surge da confrontação dos desejos do outro com os nossos desejos, constituindo com isto um limite às nossas realizações. (MORINEAU, 1998, p. 33)

Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq.
E-mail: fabiana@unisc.br.

Nesta linha interpretativa, entende Célia Regina Zapparoli que o “conflito é um desacordo e, em geral, as pessoas entram em conflito por divergência (incompatibilidade) de valores, necessidades, opiniões e desejos de uma ou de ambas as partes” (2012, p. 39). Deste modo, a dissonância conflitiva consistiria, em sua origem, na adoção de posições que, de forma intencional ou não, entrariam em rota de colisão com desejos de outros, originando com isto disputas pelo poder de suplantar seu desejo/posição sobre o alheio, de maneira oculta ou explícita. (VEZZULLA, 2001, p. 95)

Sob este contexto entende-se que os conflitos

Podem acontecer entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades. Naturalmente existem também Conflitos que contra-põem indivíduos a organizações [...], grupos a coletividades [...], entre organizações e coletividades [...]. Existem então, diversos níveis nos quais podem ser situados os Conflitos e seus diversos tipos, de modo que seria possível centrar somente a atenção sobre os Conflitos de classe (esquecendo os conflitos étnicos) de um lado ou sobre os conflitos internacionais[...] do outro lado. (BOBBIO, 2004, p. 225)

Expostas estas formas de interpretar o termo conflito nota-se que há mais de um eixo de estudo presente nas opções de como observar a atuação deste no desenrolar das situações cotidianas, podendo ser constatado em acontecimentos políticos ou episódios ligados a psicologia. Entretanto, a linha interpretativa que se pretende seguir neste texto possui uma aderência mais alinhada à sociologia em detrimento das anteriormente citadas.

Entretanto, entende-se necessário que se proceda com uma verificação das diferenças de sentidos entre as conceituações de acesso ao Judiciário e acesso à justiça. Apesar de que tais expressões tenham sido tratadas como sinônimo por um grande período de tempo pelo cenário judicial e doutrinário nacional, atualmente há profundas diferenciações entre os termos dos quais ocasionam-se consequências distintas. Em outras palavras é possível compreender que exista uma evolução conceitual em que foi necessária a criação de uma terminologia que abarcasse a antiga compreensão de acesso à justiça, o qual se convencionou denominar de acesso ao Judiciário.

Nesta toada vale observar a densidade conceitual utilizada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) quando positivou o princípio do acesso à justiça no rol dos seus direitos e garantias fundamentais, especificamente em seu Art. 5º, inc. XXXV, definindo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

De frente para a amplitude do que pode ser considerado acesso à justiça surgiu a conceituação de acesso ao Judiciário, pois a primeira interpretação do que foi positivado na CF/88 remete ao fato de que todos aqueles que sentirem-se lesados ou ameaçados em seus direitos poderão valer-se da jurisdição para buscar reparação. No entanto, a gravidade dessa situação ganha corpo na mesma medida em que o Estado brasileiro garante cada vez mais direitos sociais aos seus cidadãos. Contudo, o problema não está no alargamento do rol de direitos garantidos aos indivíduos pelo Estado, mas sim na não efetivação destes.

Como aduz Rodolfo de Camargo Mancuso, a combinação de um alargamento de direitos fundamentais com uma abertura irrestrita de apreciação de lesão ou ameaça a estes, por parte do Judiciário, acaba por desencadear um “perigoso convite à demanda” (MANCUSO, 2020, p. 83). Neste mesmo sentido, a escalada da derrocada da interpretação do acesso à justiça, como acesso ao Judiciário, ganha proporções quando passamos a inserir neste contexto as complexificações que o mundo globalizado nos apresenta hodiernamente novas necessidades individuais e coletivas enquanto que a porta de entrada para a resolução de tais demandas mantém elevados índices de congestionamento.

Sobre este prisma há algum tempo atrás a doutrina nacional cunhou o termo crise do Judiciário para buscar compreender e contribuir com possíveis soluções. Destas análises contextuais sobre o excesso lentidão na prestação jurisdicional vale destacar o posicionamento de José Joaquim Calmon de Passos, o qual compreende que tal situação

[...] é fruto igualmente do incentivo à litigiosidade que uma leitura incorreta, *datavenia*, da Constituição, somada à falta de sensibilidade política dos três Poderes, determinou a partir de 1988 e vem-se agravando progressivamente. Do dizer que nenhuma lesão pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário colocou-se nossa democracia de ponta-cabeça e hoje, poder mesmo é o detido por aqueles que o povo não elege, não participa de seu recrutamento e sobre os quais não tem nenhum poder

de controle - o Judiciário, o Ministério Público e a Mídia (PASSOS, 2007, p. 838).

Neste complexo cenário em que cada movimento adiciona uma imensurável dificuldade ao sistema jurisdicional, não há como deixar de considerar que as necessidades de implementações de direitos sociais, ao converterem-se em demandas jurídicas exigindo o seu cumprimento, acarretam em uma explosão de litigiosidade de dupla dimensão — qualitativa e quantitativa — expondo, portanto, as deficiências históricas da estrutura judiciária nacional. (PRIEBE, 2018, p. 28).

Em circunstância disto deve ser considerado o fato de que é o próprio Estado o gerador das expectativas e ansiedades sociais que deságuam no Poder Judiciário, o qual também faz parte do Estado. Compreende-se aqui que há uma desorganização sócio-política a qual não permite que sejam identificadas as realidades brasileiras, eivadas de contradições sociais, econômicas, políticas e regionais.

Frente a isto, é possível alegar que o “Estado brasileiro, portanto, é um grande gerador dos conflitos mencionados, inúmeros outros têm sido provocados pelo Estado em vários campos de atuação, principalmente nas áreas fiscal e administrativa” (WATANABE, 2019, p. 05).

Sobre este assunto a proposta é proceder comum a verificação sobre o contexto em que a política pública judiciária de tratamento adequado dos conflitos foi implementada, tal como observar se houve ou não avanços no período, tem-se como fundamental que se proceda com uma verificação preliminar que pormenorize o conceito utilizado para a terminologia, políticas públicas, adotada.

Nesta toada, o conceito utilizado para adoção do termo está alinhado com o entendimento de Maria Paula Dallari Bucci, a qual dispõe que “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são metas coletivas conscientes” (2002, p. 241).

Logo, compreende-se que a definição de “política pública envolve um fluxo de decisões públicas orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar a realidade”. Em vista disto, as ações que buscam alterar a forma de agir “podem ser consideradas estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório. Estes conceitos baseiam-se no entendimento de que

a função das políticas públicas seria promover transformações sociais” (ROSA; LIMA; AGUIAR, 2021, p. 14).

Deste modo, o alinhamento com que apresente análise trabalha é possível pois leva em conta que os mecanismos regulamentados pela Resolução 125/2010 do CNJ – mediação e conciliação – são ações de prestação pública, o que, com isto, possuem alinhamento a dimensão *policy* das políticas públicas, pois, tratam-se de atividades inicialmente organizadas pelo sistema político e posteriormente consolidadas pelo elemento jurídico do Estado. Por sua vez, tais delineamentos organizacionais acarretam decisões que estabelecem, também, a forma de funcionamento dos Poderes constituídos. (SCHMIDT, 2018, p. 120)

Restando claro o alinhamento da terminologia adotada com as disposições doutrinárias acerca do tema, merece destaque que, em que pese o título atribuído pelo órgão administrativo do Poder Judiciário ao ato administrativo-normativo, é possível que se compreenda, por meio de uma leitura do contexto geral das considerações, que são tratados sinônimos as terminologias “política judiciária” e “política pública”. Logo, tem-se como crível o entendimento de que é possível que tal mecanismo seja denominado como política pública, tanto que, tem como base a garantia fundamental de acesso à justiça, adiante verificada, a qual aporta sentido a um conceito de facilitação na entrega ao cidadão de serviços públicos jurisdicionais.

De outro modo mas ainda na mesma linha, buscar-se-á apresentar um diagnóstico sobre a cartografia da política pública judiciária de tratamento dos conflitos de interesse apresenta em seus ciclos de implementação e avaliação.

Neste passo, é necessário que se tenha claro a dimensão conceitual do termo controle social aqui utilizado, de modo que, o sentido da expressão se dá em oposição “ao de dominação, ou seja, utilizar-se-á do controle social enquanto direito à prestação de contas da prestação pública, enquanto expressão da cidadania, dos cidadãos controlando e fiscalizando as atividades do Estado e não do Estado controlando o povo” (TAVARES, 2021, p. 47).

Entretanto, ainda é necessário que seja estabelecido uma diferenciação entre o controle social e participação popular na tomada das decisões em políticas públicas. Deste modo,

o controle social envolve a possibilidade de uma decisão ser substituída por outra, enquanto a participação consiste na existência

de canais institucionais de interação com a sociedade na gestão governamental, com a presença de novos sujeitos coletivos nos processos para a tomada de decisão das escolhas públicas, sendo que mesmo nos casos em que não se tenha verificado a participação na tomada de decisão da Administração Pública, faz-se possível o controle social. (TAVARES, 2021, p. 48-49)

Frente a estes conceitos e diferenciações não há como deixar de relacionar a possibilidade de algum nível de controle social em todas as etapas do ciclo formativo das políticas. Logo, resta analisar qual é o real cenário de controle de atividades que há no Conselho Nacional de Justiça, em especial, na política judiciária de tratamento dos conflitos.

Para que se tenha uma compreensão ampliada do contexto ao qual se pretende mensurar os níveis de controle, vale observar o que estabelece a Constituição brasileira de 1988 quanto a nominatados membros que compõe o órgão administrativo do Judiciário.

Neste rol de cargos é perceptível um amplo nível de representatividade interna na máquina judiciária, pois, todos os níveis e Tribunais possuem um assento nas gestões do Conselho.

No entanto, sobre isso é pertinente observar que na grande maioria dos membros estes alçam esta posição por meio da carreira pública que optaram, sem que isso possua qualquer tipo vinculação direta com representações sociais, ou seja, grande parte dos que estão de alguma forma pensando, estruturando, implementando e avaliando as políticas públicas judiciárias, representam classes intimamente adstritas ao próprio Judiciário. Neste ponto, as exceções a este cenário merecem atenção, tais como os assentos próprios do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e os assegurados a cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Esta situação desencadeia um encastelamento naqueles que estão responsáveis por gerir a política pública judiciária de tratamento adequado dos conflitos, gerando com isto severos acréscimos que restringem o controle social das decisões que são adotadas na condução das ações que a integraram, tal como na apreciação dos resultados obtidos nas avaliações destas. Neste passo, a situação de distanciamento com a realidade que o controle social pode trazer acaba por gerar nos gestores da política uma ilusão de Pollyana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente a todo o exposto, concluiu-se que as atuações do CNJ, como estão, somente avaliam as políticas públicas de acesso à justiça com a perspectiva de quantitativa e com objetivo de demonstrar os números das métricas de trabalho do Poder Judiciário em detrimento de debater alterações nos pontos em que não se alcançam as metas previamente estabelecidas.

Há que se ter claro que é de grande valia uma real dimensão quando ao acervo processual e/ou baixa no índice de congestionamento da máquina processual, tal como os indicadores de produtividade, contudo, restou claro que discutir alterações nas ações do CNJ frente as peculiaridades que os mais diversos cenários conflitivos apresentam é também parte da função de avaliação das políticas públicas.

Do mesmo modo, buscando responder o problema justificador deste estudo, conclui-se que a hipótese foi confirmada, pois não foi possível constatar que o resultado das avaliações subsidiaram correções nos rumos das políticas judiciárias para que possam efetivamente subsidiar um acesso à ordem jurídica justa para diversas formas de conflitos submetidos ao respectivos mecanismos de tratamento.

Neste passo, conclui-se que atualmente não estão sendo praticadas avaliações que tenham por intenção final reorganizar as estruturas das prestações dos serviços judiciais para que estes possam se torna mais eficazes no momento da condução dos procedimentos, e, com isto, se obtenha uma performance mais perto do que se espera de uma máquina judiciária, entretanto, há apenas um arremedo de avaliação o qual se propõe a compilar dados numéricos do que foi produzido no Poder Judiciário sem que se dê a atenção necessária para os pontos deficitários que estes apresentam.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto; et al. **Dicionário de política**. Vol I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11ª ed., 2004.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. (CF/88). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jul. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS**: e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. 3. Ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

MORINEAU, Jacqueline. **L'esprit de lamediation**. Ramonville Saint-Agne: Editions Ères, 1998.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Reflexões, fruto de meu cansaço de viver ou de minha rebeldia? In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; et al (Coord.). **Execução civil - Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. São Paulo: Ed. RT, 2007.

PRIEBE, Victor Saldanha. **Tempos do direito**: a razoável duração do processo sob a ótica do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo, 2018.

ROBBINS, Stephen Paul. **Comportamento Organizacional**. 11ª ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009.

ROSA, Júlia Gabriele Lima da; LIMA, Luciana Leite; AGUIAR, Rafael Barbosa de. **Políticas públicas**: introdução. Porto Alegre: Jacarta, 2021.

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/index>. Acesso em: 11 jul. 2023.

TAVARES, André Afonso. **Governo digital e aberto como plataforma para o exercício do controle social de políticas públicas**. 2021. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2021

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação**: guia para usuários e profissionais. Florianópolis: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

PRESUNÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE “LEIS IN YOUR FACE” E ÔNUS ARGUMENTATIVO DO LEGISLADOR ORDINÁRIO¹

Presumption of unconstitutionality of “laws in your face” and
argumentative burden of the ordinary legislator

Lucas Moreschi Paulo²
Mateus Henrique Schoenherr³

-
- 1 Este trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001*, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa ““Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (*Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers*) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (PPGD UNISC).
- 2 Professor e Advogado. Doutorando em Direito no PPGD UNISC, bolsista PROSUC/CAPES. Mestre e graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), foi bolsista institucional do PPGD da FMP. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, e pesquisador do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito: Academia à Prática, coordenado pelo Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, ambos do PPGD – Mestrado da FMP e vinculados no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Pesquisador do Grupo de “Pesquisa Jurisdição Constitucional Aberta”, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado ao PPGD UNISC e financiado pelo CNPq. Membro da *Argumentation Network of the Americas* - ANA. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4330914363996350>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4583-4853>. E-mail: lucasmoreschipaulo@gmail.com.

INTRODUÇÃO

No julgamento da ADI 5.105/DF, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a reversão legislativa de suas decisões pode ocorrer, em regra, pelo constituinte reformador e, excepcionalmente, pelo legislador infraconstitucional. Neste primeiro caso, a decisão do constituinte reformador deve prevalecer, em homenagem ao diálogo institucional, salvo se violar cláusula pétrea da Constituição (normas superconstitucionais). Por outro lado, na situação do legislador infraconstitucional, deve ele demonstrar argumentativamente que a correção do precedente é necessária ou comprovar que os argumentos e as premissas fáticas e axiológicas do veredito do STF não mais subsistem; caso contrário, a norma nasceria com presunção relativa de inconstitucionalidade, por violar a supremacia judicial.

Nota-se, dessa forma, que o Supremo Tribunal ampliou a compreensão acerca do efeito vinculante de suas decisões (artigo 102, § 2º da Constituição Federal) para albergar também o legislador infraconstitucional/ordinário que criar legislação para reverter entendimento do STF (*lei in your face*), como ocorreu no julgamento do caso concreto, em que o Congresso Nacional editou a Lei 12.875/13, alterando o precedente fixado no julgamento das ADIs 4.430/DF e 4.795/DF. Contudo, entendeu a Corte que poderia haver a reversão de seus precedentes, porém, exigindo do legislador infraconstitucional um ônus de argumentação.

Afigura-se, diante e a partir do julgamento da ADI 5.105, uma nova necessidade investigatória. A saber, se a resposta dada pelo Supremo Tribunal Federal, de exigir um ônus argumentativo do legislador ordinário para legislar em sentido contrário à jurisprudência, seja ela dominante ou não, ou à precedente, cujos efeitos sejam obrigatoriamente vinculantes, poderia dar espaço para uma utilização técnica mais capacitada da teoria dos precedentes clássicos e a teoria da supremacia da decisão judicial. Além disso, a partir do desenho institucional das tarefas e dos papéis dos poderes, bem como do momento alocativo da normatividade, definir com detida atenção, aos limites e possibilidades

3 Advogado. Mestrando em Direito no PPGD UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROCUC/CAPES, modalidade II. Graduado em Direito pela UNISC (2022). Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado ao PPGD UNISC e financiado pelo CNPq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0040542292236692>. E-mail: mateus.schoenherr@gmail.com.

(e aqui instrumentos e etapas), para que, existindo uma razoável necessidade, que os legisladores possam legislar a *contrario sensu* do definido judicialmente, mesmo pelo Supremo Tribunal.

A esse efeito, como hipótese principal para servir de fio condutor para a pesquisa, tem-se que a força normativa do direito nasce sempre a partir da interpretação jurisdicional, seja ela feita apenas pelos juízes ou a partir de uma sociedade aberta de intérpretes, não só da Constituição, mas de todo o plexo normativo imanente e latente. Ocorre que para que haja interpretação sobre um texto, primeiro há que se ter o texto e aqui é o *locus* de determinação e atuação do poder legislativo. A atuação legislativa, assim, é uma etapa anterior a atuação jurisdicional. Se tudo fosse flores como no princípio da democracia moderna, poder-se-ia parar por aqui. Exsurge, no entanto, a necessidade de enfrentamento, primeiro dos limites da atuação do legislativo em clara afronta a decisões judiciais, e, segundo, as possibilidades, dentro dessa nova visão de existência de limitações, nas quais o legislativo sim poderá alterar as circunstâncias textuais, e nunca normativas, mesmo em sentido contrário a jurisprudência, posicionamento e precedentes (produtos normativos) já existentes. Evidentemente tais alterações deverão conservar a colcha de retalhos da tapeçaria normativa, mantendo-lhe a coerência de sentido, valor e intenção.

Para tanto, a investigação se constrói a partir de arcabouço teórico abrangente e com análises técnicas de jurisprudência, a partir de um método de abordagem dedutivo, do método procedimental analítico e da técnica bibliográfica exploratória e propositiva. Deixa-se de apresentar resultados no atual quadro histórico da pesquisa, visto que o objetivo presente é de mapear e conceituar a problemática que se apresenta, para, em posterior trabalho de pesquisa, alcançar e anunciar as respectivas conclusões.

DESENVOLVIMENTO

Na ADI 5.105/DF foram apontadas como contrárias à Constituição Federal as alterações introduzidas pela Lei 12.875/2013 em dispositivos da Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/95) e da Lei das Eleições (Lei 9.504/97), por meio de seus artigos 1º e 2º. As referidas inovações, em síntese, impactaram sobre a forma de distribuição do tempo de propaganda e do fundo partidário (a que se refere o § 3º do ar-

tigo 17 da Constituição Federal). O artigo 1º da Lei 12.875/13 alterou o § 6º do artigo 29 da Lei dos Partidos Políticos, cujo *caput* cuida de fusão e incorporação entre partidos, bem como o artigo 41-A, da mesma lei, que cuida da repartição do fundo partidário. Por sua vez, o artigo 2º da Lei 12.875/13 alterou o artigo 47 da Lei das Eleições, que dispõe acerca da divisão do tempo de propaganda no rádio e na televisão.

Ponto central do debate do caso sob análise é que, as disposições impugnadas na ADI 5.105, decorrem de superação legislativa de decisão anterior do STF no âmbito das ADIs 4.430 e 4.795, em que a Corte conferiu interpretação conforme ao artigo 47, § 2º, inciso II da Lei 9.504/97 (ambas de relatoria do ministro Dias Toffoli), para “salvaguardar aos partidos novos, criados após a realização de eleições [...], o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão” (BRASIL, 2015, p. 14). Poucos meses depois do julgamento, o Congresso Nacional editou a Lei 12.875/2013 (justamente impugnada no caso concreto) que, em sentido oposto ao pronunciamento anterior do STF nas ADIs 4.430 e 4.79, subtraiu dessas novas legendas o acesso aos recursos do fundo e ao direito de antena.

Com efeito, trata-se de uma lei com conteúdo idêntico daquela anterior que fora julgada inconstitucional. A questão, portanto, na visão do relator, é saber se essa “reação do Congresso Nacional”, de superar o entendimento jurisprudencial do STF, revela-se “legítima à luz da complexa estrutura de divisão funcional entre as instituições (sistema de *checks and counterchecks*) delineada pela Constituição” (BRASIL, 2015, p. 14). Entende como “pressuposto essencial” delimitar o “espaço de conformação do legislador para proceder a correções jurisprudenciais” sobretudo para “não vulnerar o conteúdo essencial da Constituição, e, sob a perspectiva democrática, não fossilizar o sentido das disposições constitucionais, asfixiando a vontade popular soberana” (BRASIL, 2015, p. 14-15).

Durante sua fundamentação, o relator traça reflexões acerca dos “limites e possibilidade das superação legislativa dos precedentes do Supremo Tribunal”, especialmente a partir da “teoria dos diálogos institucionais” (BRASIL, 2015, p. 15). Nesse cenário, caberia à jurisdição constitucional encontrar o “ponto ótimo de equilíbrio entre estes dois pilares sobre os quais se erige o Estado Democrático de Direito – democracia e constitucionalismo” (BRASIL, 2015, p. 15). Enfatizou que não seria crível desconsiderar a interpretação de demais instituições quan-

to a leitura da Constituição sob pena de fomentar “certa acomodação ou desinteresse nos demais atores”, o que poderia afastar a “gramática constitucional de outros fóruns de discussão, que não as Cortes” (BRASIL, 2015, p. 25). Assim, considerou que os pronunciamentos do STF “vinculam as partes do processo e finalizam uma rodada procedimental, mas não encerram, em definitivo, a controvérsia constitucional em sentido amplo” (BRASIL, 2015, p. 29).

Julgou o relator que a nova legislação aprovada (e objeto de impugnação pela ADI) colidiu “frontalmente” com a jurisprudência do Supremo Tribunal (leis *in your face*), o que demanda um “escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, pelo simples fato de já existir um pronunciamento da Suprema Corte” (BRASIL, 2015, p. 31). Fortemente nesse sentido, enfatizou que a novel lei não logrou êxito em “trazer novos e consistentes argumentos para infirmar o pronunciamento da Corte”, fazendo-a nascer “eivada do vício de inconstitucionalidade”, incorrendo na lógica já adotada nas ADIs 4.430 e 4.795 (BRASIL, 2015, p. 49-50). A lei nasceria com presunção de inconstitucionalidade *iuris tantum*.

Inclusive, a ministra Cármen Lúcia, que teve seu voto vencido nas ADIs 4.430 e 4.795, optou por votar neste caso em favor do relator justamente por uma questão formal (e não o mérito em si que estava sob discussão), ao ressaltar que “não haveria porque descumprir o que foi o fundamento da decisão final do julgamento do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 2015, p. 155). Em mesmo sentido o entendimento do ministro Roberto Barroso ao dizer que, em regra, a “superação legislativa deve ocorrer por emenda à Constituição, e não por simples lei”. Quando o legislador apenas promulga uma “simples lei”, ele precisará de “arcar com ônus argumentativo maior, demonstrando a existência de mais de uma interpretação constitucional possível e válida, bem como os motivos pelos quais optou por interpretação distinta da acolhida pelo STF” (BRASIL, 2015, p. 96-97).

Por outro lado, o ministro Edson Fachin abriu divergência, entendendo pela improcedência dos pedidos da ADI 5.105. Justificou sua posição, especialmente, por não visualizar “identidade ou equivalência de conteúdos ou de efeitos entre os dispositivos declarados inconstitucionais nas ADIs 4.430 e 4.795, [...] pelo menos não de forma a vincular as conclusões totalmente” (BRASIL, 2015, p. 78). Acompanharam a divergência instaurada os ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Contextualizado o caso concreto, diversas são as questões que podem ser objeto de discussão, especialmente seu mérito. Todavia, a abordagem desta pesquisa limitar-se-á no escopo formal da ADI 5.105, especialmente para investigar se a premissa principal da tese procedimental fixada pelo Supremo Tribunal - ônus de argumentação do legislador infraconstitucional para reversão de jurisprudência do STF - é compatível com o exercício da atividade do legislador infraconstitucional na República brasileira.

O Poder Legislativo não se vincula, em regra, às decisões do STF, a teor dos artigos 102, § 2º e 103-A da Constituição Federal; porque o Supremo é intérprete final da Constituição, e não único ou exclusivo. A teoria dos diálogos institucionais, trazida no voto do relator, consigna a necessidade de diálogos entre os Poderes da República (BRASIL, 2015, p. 15-31), de modo que resulta, em certa medida, em defender uma complementariedade na hermenêutica constitucional.

Em sede doutrinária, o ministro Gilmar Mendes já proferiu seu entendimento quanto a não vinculação do legislador aos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, apoiando-se em dois argumentos centrais: o primeiro, seria a “problemática hermenêutica”, calcada na distinção entre texto e norma, já que a “mesma dicção textual produz sentidos bem diferentes, mormente em face das alterações factuais e a passagem do tempo”; o segundo, estaria fundamentado na separação de Poderes, entendendo que acaso fosse o Poder Legislativo privado de aprovar nova lei com conteúdo igual àquela já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, estaria ele “impedido” de “exercer suas funções na plenitude democrática” (MENDES, 2017).

O ministro defende que o efeito vinculante também abrange os “fundamentos determinantes” da decisão, além de apenas sua parte dispositiva, sob pena de não tornar o dispositivo em “norma abstrata”, com “grau zero de justificação”, porém, não sendo um enunciado “assertórico” (MENDES, 2017). Klaus Vogel, professor alemão que trabalha com tal temática, é referenciado pelo ministro para expressar aquilo que Vogel nomeou de “norma decisória concreta”, ou seja, as razões subjacentes que fundamentaram a parte dispositiva (MENDES, 1999, p. 2).

A valer, trata-se de entender a *ratio* como parte vinculante do precedente fixado pelo Supremo Tribunal, o que afeta, por consequência lógica, o próprio legislador. Se a inconstitucionalidade encontra-se na *ratio decidendi* (razões de decidir), significa que a *ratio legis* (da legislação ordinária) não pode querer incorporar essas mesmas razões, porque já

julgadas como inconstitucionais. Para se introduzir essas razões ao ordenamento jurídico, deve o legislador fazê-lo por meio de emenda constitucional, para, aí sim, alterar a lógica por detrás da inconstitucionalidade. É dizer: deve-se modificar os fundamentos da estrutura que concedeu origem à inconstitucionalidade, apenas podendo-se fazê-lo pelo constituinte reformador. Isso não garante que a resposta do Supremo seja necessariamente de deferência absoluta, mas significa que deve ser agora a causa (re)apreciada sob novos fundamentos, devendo-se, se for o caso, fixar o ulterior precedente a partir de uma nova *ratio decidendi*.

A divergência do ministro Gilmar Mendes, como antes referenciado, reside na aplicação automática de um óbice ao legislador, ao impedi-lo de aprovar legislação com conteúdo idêntico daquela cujas razões já foram julgadas inconstitucionais, especialmente em virtude da diferenciação entre texto e norma. Nessa lógica, se a norma nasce a partir da interpretação judicial do texto, não poderia este texto ser inconstitucional sem antes haver uma interpretação. Do contrário, seria caso de, ao criar-se o texto, haver já uma “norma abstrata” inconstitucional, visto que sua interpretação seria transportada automaticamente do precedente, sem ter havido nova reanálise judicial. Também no julgamento da ADI 2.797-2, o ministro expressou que “seria repudiável, de imediato, a ideia da inconstitucionalidade formal”, o que significa ser inviável presumir a “inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a ‘última palavra’ conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema”, de modo que o “debate institucional deve continuar” (BRASIL, 2005, p. 363-370)

Justamente esta lógica é que foi rejeitada no aspecto formal da ADI 5.105. Entendeu a Corte que, sim, pode haver um “texto” legal com presunção de inconstitucionalidade, visto que suas razões já foram julgadas anteriormente como inconstitucionais, não havendo necessidade de reafirmação disso no caso concreto, acaso se tratar de mesmo contexto fático e axiológico. Essa foi, portanto, a tese vencedora.

Veja-se, aliás, que essa posição não é de hoje. Já no julgamento da ADI 2.797-2, acima citada, de relatoria do ministro Sepúlveda Perence, julgada em 2005, fixou-se entendimento de ser inconstitucional, por “vício formal”, a legislação ordinária que busca superar decisão do Supremo Tribunal. Na ocasião, o legislador aprovou a Lei 10.628/02 para invalidar a Súmula 394 do STF. O relator dissertou que lei ordinária não é “instrumento normativo apto a alterar jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, fundada direta e exclusivamente na in-

interpretação da Constituição da República” (BRASIL, 2005, p. 282). Após pronunciamento contrário do ministro Eros Grau, o ministro Sepúlveda Pertence chegou a ser mais contundente ao ponto de proferir que a “jurisprudência constitucional” não pode ser pronunciada “**ad referendum** do Congresso Nacional” (BRASIL, 2005, p. 283).

Ainda que o legislador seja também um “intérprete autêntico” da Constituição, assim como o STF, deve fazê-lo tão somente por meio de emenda constitucional, já que o legislador ordinário não pode limitar a inteligência da Constituição (por uma questão, inclusive, hierárquica). Nessa linha, se o texto (da Constituição) não pode ser alterado por legislação ordinária, também não pode a norma (interpretação judicial do texto) ser superada de tal maneira. (BRASIL, 2005, p. 283). Tanto “texto” (legislador) quanto “norma” (julgador) apenas podem ser alterados pelo “intérprete autêntico” da Constituição; no caso do legislador, o constituinte reformador (MAXIMILIANO, 1988, p. 314-315).

A concretização do direito ocorre sobretudo em dois momentos, um pendular, do texto legal à significação normativa, fruto da interpretação do intérprete, e um segundo a partir dessa interpretação até a operacionalização racional e justificada da interpretação atribuída para a solução de um caso, e é nesse momento que se aplicam os escrutínios *a posteriori* – coerência, razoabilidade, proporcionalidade, pretensão de correção, e assim por diante –, como coloca Grau (2021, p. 18).

A reversão jurisprudencial não é, *a priori*, ilegítima. Contudo, se de um lado deve-se conceder espaço aos demais atores institucionais a participarem da interpretação da Constituição, lado outro, não poderia isso representar uma supressão de precedentes – de interpretações já tomadas pelo STF, sob pena de incorrer em ativismo congressual calcado em ações de *backlash*, ainda que se entenda que o núcleo central dele esteja, não raras vezes, na ausência de legitimidade democrática da decisão ora revertida, como propõem Post e Siegal (2007, p. 375). Buscar a legitimidade democrática das jurisdições constitucionais é almejar revestir a decisão judicial com sustentabilidade democrática e social (LEAL, 2007, p. 102).

O *backlash* - aqui entendido como reação legislativa não necessariamente ilegítima -, portanto, deve ser operado na mesma altura. Se carece de legitimidade democrática a decisão judicial, a reação da maioria legislativa deve ser diametralmente oposta. A resposta do autogoverno popular deve ser substancial, isto é, precisa advir do seu órgão representativo máximo: o legislador constituinte. Soaria contraditório (e ilegíti-

mo na perspectiva da ADI 5.105) um *backlash* carente de potencialidade democrática, dimanado de uma reação do legislador ordinário, já que violaria a supremacia judicial - conquanto não se adote uma supremacia judicial em “sentido forte” ou “material”, para possibilitar os diálogos institucionais, como defendido pelo relator (BRASIL, 2015, p. 17-23).

Se a tese, doutrinária e judicial, do ministro Gilmar Mendes não obteve sucesso na jurisprudência excelsa, a sua advertência quanto aos perigos de se exigir um ônus argumentativo do legislador é relevante. Isso porque, o Supremo Tribunal decidiu que, em sendo caso de reversão jurisprudencial por meio de legislação infraconstitucional (leis *in your face*), caberia ao “legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária” ou “comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem” (BRASIL, 2015, p. 3-4).

Fundamentar essa tese com base em um ônus argumentativo do legislador, a rigor, em juízo sumário, soa como desacertado sob a ótica constitucional. Nesse compasso alertou o ministro Gilmar Mendes em seu voto (BRASIL, 2015, p. 188):

E há outra pergunta que me ocorre. Tem de haver exigência de uma fundamentação reiterada do legislador para a mudança. Nós sabemos que, na prática, é difícil se exigir isso. O que podemos fazer? Avaliar, talvez, os projetos, as justificativas, as exposições de motivos. Mas claro que isso é insuficiente. O que nos cabe é fazer uma análise objetiva das razões da Lei. Haveria justificativa para a mudança? Até porque, do contrário, podemos, como estamos fazendo, declarar a inconstitucionalidade da norma, mas essa é uma forma relativamente pacífica, tranquila, de diálogo institucional.

O dever de fundamentar as decisões impende ao Poder Judiciário, vide artigo 93, inciso IX da Constituição Federal. O legislador, por outro lado, não toma decisões com base em dever argumentativo, senão por meio de votações das instâncias político-eleitorais. A problemática da exigência de argumentação do legislador atinge questão que é nuclear da atividade legislativa. Consoante a Constituição Federal, a legitimidade das decisões legislativas, sob o prisma formal, encontra-se tão somente no atendimento dos requisitos procedimentais do processo legislativo, sob pena de abalar a separação de Poderes, porque estar-se-

-ia a modificar a lógica intrínseca do funcionamento do Poder Legislativo em sua função típica.

A justificativa dos projetos de leis, os pareceres de admissibilidade e demais documentos que expressam argumentação individual ou coletiva do legislador, são questões meramente acessórias do processo legislativo. O conteúdo principal reside no voto, que não prescinde de justificativas, porque a legitimidade do legislador é auferida nas urnas. A essência da atividade legiferante reside na legitimidade democrática; daí o porquê da desnecessidade jurídica do agente político eleito justificar seus votos.

Sob tal ótica, a solução sugere que a legislação infraconstitucional que reverte entendimento jurisprudencial do STF nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade, cabendo à própria jurisdição constitucional a análise e, conseqüentemente, o dever argumentativo, acerca da possível reversão ilegítima do precedente, caso presentes as mesmas premissas fáticas e axiológicas do julgamento anterior.

Embora exista diferença entre “ônus” e “dever”, a questão reside na técnica: o Supremo, em homenagem aos diálogos institucionais (teoria com forte presença no voto do relator), aparentemente escolheu deixar uma margem de possibilidade ao legislador infraconstitucional em seu pleito de superar a jurisprudência excelsa. A margem estaria justamente no ônus argumentativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente aos debates evidenciados, nasce o propósito da presente pesquisa: mapear a problemática da superação legislativo-textual em contramão a entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo a partir do ônus argumentativo imposto pelo Supremo Tribunal ao legislador infraconstitucional ao criar legislação que colida frontalmente com a jurisprudência excelsa.

Partindo de tal hipótese - auferida em cognição sumária das questões postas - de que seria problemática essa tese ora fixada pelo STF no julgamento da ADI 5.105, sobretudo pela lógica da separação dos Poderes e do princípio democrático.

Há inicialmente amplitude de possibilidade de respostas. A uma, o núcleo normativo imanente que é conformatado pelo Supremo Tribunal Federal poderia realmente dar sentido normativo eficaz e vin-

culante (*erga omnes*), condicionando toda a atividade legislativa, exceto a de competência constituinte derivada. E daí correta a possibilidade de criação deste requisito argumentativo adicional ao poder legislativo ordinário para legislar em temas já decididos pelo STF.

A duas, no entanto, não há possibilidade de limitação da atividade legislativa a partir de critérios exógenos à Constituição Federal que sejam estabelecidos em limitação a fruição da possibilidade materialmente constitucional da legislação de textos coerentes para com o texto constitucional e, por hipótese, contrários à jurisprudência do STF. Exigir, assim, nesse último, superação da legislação do STF por meio de argumentação legislativa não encontra guarida no atual panorama do direito.

Eis as questões, nada simples, que se apresentam prévia e sumariamente na oportunidade presente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.797-2/DF*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 15 jun.. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5.105/DF*. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 01 de outubro de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jun.. 2023.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 10. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2021.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1988.

MENDES, G. F. Artigo 102, § 2º da Constituição Federal. In: GOMES CANO-TILHO, J. J. et al. (Orgs.). *Comentários à constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no processo de controle de constitucionalidade abstrato de normas. *Revista Jurídica Virtual, s.l.*, v. 1, n. 4, p. 1-9, ago. 1999.

POST, Robert; SIEGAL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights Civil Liberties Law Review*, Cambridge, v. 42, n. 2, p. 373-434, jun. 2007.

A LINHA TÊNUE QUE DESCARACTERIZA O TRABALHO DOMÉSTICO E CONFIGURA A ESCRAVIDÃO

The thin line that makes domestic work characterized and configures slavery

Suzéte da Silva Reis¹

Chaiana Ramos Rodrigues²

Isabelle Pinto Antonello³

INTRODUÇÃO

O objetivo da pesquisa é examinar a trajetória do reconhecimento dos Empregados Domésticos como detentores de direitos garantidos pelo sistema jurídico brasileiro. A lei que responsabiliza a Justiça do Trabalho é relativamente recente, levando em conta o problema enfrentado por essa categoria de trabalhadores há bastante tempo.

-
- 1 Doutora em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul –UNISC; Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Relações de Trabalho na contemporaneidade”, vinculado ao Grupo de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, da UNISC; email: sreis@unisc.br
 - 2 Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Unisc; email: chaianabmo@gmail.com
 - 3 Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Professora do Curso de Direito do Centro Universitário da Região da Campanha – URCAMP, e-mail: isantonello@hotmail.com

O Brasil é reconhecido, desde o período colonial até os dias atuais, como uma sociedade patriarcal, na qual as mulheres são responsáveis pelos serviços diários da casa, anteriormente como mucamas, cozinheiras, escravas; atualmente, empregadas domésticas e diaristas. Como se trata de um trabalho que requer cuidados diários e cria vínculos emocionais, é comum que se veja a relação patroa-empregada, como uma relação abusiva.

Dessa forma, é de se questionar se a empregada doméstica que vive esta relação abusiva, com dedicação exclusiva e sem limites para o ambiente familiar que não seja o seu, está submetida a um trabalho semelhante à escravidão, revivendo períodos escravocratas que só eram permitidos no século XIX e que não são mais permitidos no século XXI, após a LC 2015 das domésticas.

Como aliados ao combate ao trabalho escravo o Termo de Ajuste de Conduta para a promoção de condições dignas de trabalho se verifica enquanto mecanismo de regulação das condições laborais. Assim, quando transgressões chegarem ao Ministério Público haverá uma atuação estatal repressiva, possibilitando a aplicação das penas previstas de maneira mais célere, regularizando as situações dos trabalhadores de maneira imediata.

Para tanto, utilizou-se do método de abordagem dedutivo, realizando um estudo acerca da evolução dos direitos das empregadas domésticas, a passos lentos, perante o ordenamento brasileiro, comparado à breve história que remete ao Brasil Colonial e escravocrata, através do método de procedimento histórico e comparativo. Enfim, a técnica de pesquisa adotada foi a pesquisa bibliográfica direta e indireta, pois as informações obtidas foram extraídas por meio de artigos, livros, revistas, referencial bibliográfico e dissertações.

1. O trabalho doméstico e sua evolução perante a legislação brasileira

O trabalho doméstico no Brasil tem um início que remete ao Brasil Colônia, mas o que se observa na história é uma evolução nos direitos sociais desta classe trabalhadora, porém, com reflexos do passado perpetuado à escravidão até os dias atuais em centros urbanos e rurais. E conforme descreve Carlos Henrique Bezerra Leite (2015, p. 19):

A evolução da proteção normativa do trabalhador doméstico no Brasil é nitidamente mais lenta do que a do empregado urbano. Do período do “descobrimento” até a abolição da escravidão (1888) e desta até 1972, quando foi editada a Lei n. 5.859, não havia nenhuma legislação específica para o trabalhador doméstico.

Com a chegada dos Portugueses no Brasil o trabalho escravo foi dividido entre os negros africanos trazidos pelos descobridores e pelos índios entre inúmeros trabalhos e nesse momento o trabalho doméstico se sobressai, aonde famílias eram servidas dia e noite por serviçais sem nenhum direito de proteção e resguardo.

Na medida em que surgiram novas formas de trabalho, também surgiram novas relações de poder e aqueles que o detinham, introduziram o trabalho escravo que subsistiu por vários séculos, sendo bastante explorado desde a construção das pirâmides do Egito, durante o Império Romano, no Brasil colônia, por exemplo, e outras várias partes do mundo onde a economia era baseada na extração e na lógica da lucratividade (FEITOSA; MARIANO, 2023).

Nessa época os Trabalhadores eram vistos como mercadorias pelos seus Senhores, e até mesmo como objeto de troca, somente após a abolição da escravidão os negros tornaram-se “livres” em tese, em 13 de maio de 1888.

A matéria passou a ser disciplinada, embora genericamente (não apenas em relação aos domésticos) pelas disposições do Código Civil de 1916 referentes à locação de serviços (arts. 1.216 a 1.236) (SOUZA JUNIOR, 2015).

No que diz respeito especificamente aos trabalhadores domésticos vigorou primeiro o Decreto-Lei n.º 3.078, baixado em 27 de fevereiro de 1941, que dispunha, detalhadamente, sobre a locação dos empregados em serviço doméstico, cujo texto não integrou a Consolidação das Leis do Trabalho (SANTOS, 2015).

Após, com o implemento do Decreto-lei n.º 5.452/43, ocorreu um retrocesso no campo da regulação do trabalho doméstico ao excluir ostensivamente tal categoria profissional de suas disposições. Conforme o art. 7º da CLT:

Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando for em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam:

a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas.

Nesse momento da história os empregados domésticos ficaram sem a proteção da legislação trabalhista.

Em 1972 com a Lei n.º 5.859/72, os trabalhadores domésticos passaram a ter a regulamentação de alguns direitos como férias, proteção previdenciária e o direito ao uso da Carteira de Trabalho e Previdência Social, documento obrigatório para o exercício de qualquer emprego em território nacional (art. 13, caput, CLT)⁴.

O marco importante nos direitos dos empregados domésticos se originou com a Constituição Federal de 1988, onde ficaram previstos os direitos fundamentais sociais. Seguindo esta linha do tempo, após a Constituição de 1988, a Lei n.º 5.859/72 sofreu inúmeras alterações na ampliação dos direitos dos empregados domésticos.

Também por disposição legal importante mencionar que os trabalhadores domésticos passaram a integrar o quadro de segurados obrigatórios da Previdência Social, que “tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente” (art. 1º da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991) (SANTOS, 2015).

Todavia, nenhum salto histórico foi tão vigoroso e significativo quanto aquele dado com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 72, em abril de 2013. Afinal, de um regime constitucional contido a partir da promulgação da Constituição de 1988, migramos todos para uma nova ordem constitucional aproximadora (e quase equiparadora) do regime jurídico geral de proteção dos trabalhadores (SOUZA JUNIOR, 2015).

Na verdade, embora o enunciado da referida emenda constitucional tenha proclamado “a igualdade de direitos trabalhistas”, o texto promulgado concretamente apenas ampliou o rol dos direitos dos trabalhadores domésticos previstos na redação original da Constituição Federal de 1988 (LEITE, 2015).

4 Art. 13 - A Carteira de Trabalho e Previdência Social é obrigatória para o exercício de qualquer emprego, inclusive de natureza rural, ainda que em caráter temporário, e para o exercício por conta própria de atividade profissional remunerada.

Curioso como aquela figura da empregada doméstica, em geral pacata e discreta, tornou-se, pelo novo manto de direitos, fator de perturbação para muita gente. Perturbação que tende a se converter em desespero a partir da regulamentação do novo regime do trabalho doméstico no Brasil com o advento da Lei Complementar n. 150/2015 (SOUZA JUNIOR, 2015).

A definição de empregado doméstico evoluiu, adaptou-se à realidade social, conforme redação do artigo 1º da LC n.º 150/2015, verbis:

Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se esta lei.

Este novo diploma normativo instituiu, juntamente com o § 2º do art. 5º e o parágrafo único do art. 7º da CF, as Leis n.º 605, de 5 de janeiro de 1949, n.º 4.090, de 13 de julho de 1962, n.º 4.749, de 12 de agosto de 1965, e n.º 7.418, de 16 de dezembro de 1985, e a CLT, um novo microsistema jurídico de regulação e proteção do trabalho doméstico no Brasil (LEITE, 2015).

A evolução do trabalho doméstico é uma crescente, embora ainda no Brasil ainda sofra algumas limitações legais as previsões subsidiárias aplicadas ao trabalho doméstico resguardam esta categoria tão importante no mundo do trabalho.

E por fim chegamos à anotação da CTPS do trabalhador doméstico e ao contrato de trabalho com o amparo da LC n.º 150/2015, onde em seu art. 9º dispõe o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para nela anotar, especificamente, a data de admissão, a remuneração e, quando for o caso.

Porém, mesmo inexistindo a anotação, conforme Leite (2015, p. 63), caracterizada no mundo dos fatos (princípio da primazia da realidade) a relação de trabalho, de modo tácito ou expresso, “a mera ausência de seu registro na CTPS não implica inexistência ou invalidade do contrato de trabalho, e sim um ilícito patronal”. Disposição essa que traz garantia ao trabalhador domésticos, que apesar de uma história árdua na evolução dos seus direitos, tem hoje a garantia jurisdicional a seu favor.

2. A descaracterização do trabalho doméstico para escravidão

O Direito do Trabalho sob a ótica da constitucionalização do Direito Privado e dos direitos fundamentais, conecta-se com os direitos humanos, na medida em que o principal vetor, a dignidade da pessoa humana, é elemento fundamental de garantia para o trabalhador. Assim, nesta seara, destaca-se a importância da erradicação do trabalho escravo e o estudo dos direitos humanos conecta-se a este propósito (JAQUES, 2020).

A escravidão ainda existe nos dias atuais, sob outras formas, mais contemporâneas, mas com igual comportamento subjugador da dignidade humana por parte do agressor (JAQUES, 2020).

O processo de abolição da escravidão no Brasil criou na sociedade, uma continuação da prática de exploração de mão de obra majoritariamente negra, principalmente nos trabalhos denominados domésticos, em que a casa era o espaço de dominação (JESUS, 2019). A inserção dos homens e mulheres recém-libertados no mercado de trabalho se deu de forma dificultosa, pela desqualificação profissional e o preconceito arraigado na sociedade (SILVA, 2021).

A partir da regência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, centro normativo de todo sistema jurídico pátrio, o princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento norteador de todas as relações humanas (JAQUES, 2020). Diante disso, os direitos humanos reconhecidos enquanto garantias mínimas universalizáveis ou, ao menos, garantidas em determinada localidade, conforme a cultura, impossibilitam a violação do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito trabalhista, vez que andam juntos pois a dignidade é o que sustenta qualquer relação de trabalho.

Neste novo panorama que se forma, a mucama, que era a escrava “do lar” torna-se a empregada doméstica. Mesmo após a abolição da escravatura, continua a existir relação de poder entre dominador e dominado. “A exploração do trabalho e a manutenção das contradições da sociedade se fazem presentes no cotidiano” (JESUS, 2019, p. 12).

Neste espaço social, que é complexo, identificam-se práticas análogas à escravidão que ocorrem no século XXI, situações rotineiras da relação patrão-empregada, na medida em que ultrapassam as normas sociais. Abusos nas relações de trabalho que são tratados pelo direito trabalhista como escravidão moderna, não necessitando mais daquela privação exclusiva do direito de ir e vir.

EMENTA TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS A DE ESCRAVO. TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO. A atual redação do artigo 149 do CP ampliou a proteção contra a submissão de trabalhadores ao trabalho análogo ao de escravo, o chamado trabalho escravo contemporâneo. O cerne deixou de ser apenas a privação de liberdade, passando a abarcar a dignidade da pessoa humana como um todo. Para a sua caracterização, necessária a comprovação da existência das situações tipificadas nos incisos do caput e § 1º citado artigo, o que restou comprovado nos autos. (TRT-4 - ROT: 00204778520205040461, Relator: George Achutti, Data de Julgamento: 15/06/2023, 4ª Turma).

Analisando este julgado é possível verificar a ampliação do conceito de trabalho escravo, e, assim, considerando que em muitas situações o ambiente familiar exige que a doméstica seja moradora, ou ainda, passe maior parte do seu dia prestando os serviços necessários, os casos de abuso de poder e a falta de direitos trabalhistas são constantes.

Ressalte-se que a lei que legitimou a prestação do trabalho doméstico no Brasil, só foi promulgada na primeira década do século XXI. Mesmo após a PEC das domésticas, ainda se verifica uma continuidade de cerceamento de direitos.

São percebidas algumas questões e analisadas durante o estudo, quando encontradas nestas relações o “trabalho infantil, a verificação de que a maioria dos casos tratam do sexo feminino em ambas as relações, o conceito de “quartinho da empregada” com suas medidas ínfimas de espaço, a dicotomia entre a não possibilidade de utilização do elevador “social” e apenas o de “serviço”” (JESUS, 2019), e, assim, corroboram o entendimento de que existe uma linha tênue entre o trabalho doméstico e o trabalho escravo nos dias atuais, bem como a importância de tratamento adequados deste vínculo.

O quarto de empregada faz parte de uma tradição arquitetônica brasileira, de segregação, que remonta ao período de escravidão. Ele surge como uma solução para separar empregados e patrões que permaneceram vivendo juntos após a abolição, em 1888. A delimitação de espaços de circulação a partir da condição social vem se alterando lentamente, entre avanços e retrocessos (GOMES, 2016).

Apesar do avanço da legislação trabalhista, o ambiente do trabalho do empregado doméstico está sujeito a outras dinâmicas. A condição singular do emprego doméstico, marcada pela proximidade com os empregadores acaba por gerar laços de afetividade que tendem a dissolver as distinções clássicas entre funcionário e patrão. Não é incomum o empregador afirmar que a empregada doméstica é “praticamente da família”. Esse fator, somado ao perfil desse trabalhador, em geral mulheres com baixa escolaridade e remuneração, coloca essa categoria em uma situação de grande vulnerabilidade, suscetível a condições abusivas de trabalho (GOMES, 2016).

Segundo a autora Prass (2019) o termo possui eficácia de título executivo extrajudicial, e quando descumprido o acordo poderá ser executado na esfera judicial, dando uma maior segurança jurídica ao obreiro que passou por aquela violação.

A doutrina brasileira verifica o TAC enquanto aliado na luta pela erradicação do trabalho escravo, para a promoção do trabalho digno tendo como um mecanismo de regulação das condições laborais (PRASS, 2019). Nas relações em que forem verificadas transgressões às obrigações contraídas e conhecimento de escravização de trabalhadores, incide a ação estatal repressiva, como ajuizamento de ações cabíveis e aplicações de penalidades compatíveis, correndo de maneira mais célere e proporcionado uma imediata ação e regularização das situações dos trabalhadores.

Os acontecimentos não são novos, na verdade a prática da escravidão está intrínseca a sociedade e a cultura Brasileira, e não é diferente no âmbito doméstico, vejamos a recente decisão que evolve o trabalho doméstico nessa condição: (TRT da 4ª Região, 8ª Turma, 0020223-12.2022.5.04.0601 ROT, em 02/05/2023, Desembargadora Brígida Joaquina Charao Barcelos, Rio Grande do Sul, 2023.<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4>).

O referido julgado refere-se a reconhecimento do vínculo de emprego, onde a reclamante laborou como cuidadora de idoso, que na ocasião cuidava do seu sogro com idade avançada e problemas de saúde, salienta que mudou-se para residência do reclamado para exercer as atividades de cuidadora de forma integral sem que tenha recebido qualquer valor para exercer tais atividades

Em sua análise a relatora aduz que em recente pesquisa realizada pelo IBGE, o Brasil, que é considerado o país com o maior contingente de empregadas domésticas do mundo, possui quase 6 milhões

de pessoas exercendo essa função, sendo mais de 4 milhões na informalidade, sem registro na CTPS e sem qualquer garantia trabalhista (ESBRASIL, 2022).

Como bem refere a relatora, Desembargadora Brigida Barcelos, em seu julgado, “isso tudo potencializa a invisibilidade e desvalorização das trabalhadoras domésticas”. Com isso reforça a ideia de que existe uma linha tênue entre o trabalho doméstico e a escravidão, pois onde não ocorre a valorização do trabalho e a observância às leis trabalhistas se está diante de um sistema escravocrata.

O salário é a principal contraprestação devida pelo empregador no contrato de trabalho por constituir a remuneração da força de trabalho despendida pelo empregado e a razão de sua subsistência, assim, tem inegável caráter ALIMENTAR, nessa mesma linha de raciocínio **é o decidido no** (Processo n.º 0020449-71.2017.5.04.0381 (ROT)).

Diante de todo o exposto, conclui-se que embora a escravidão tenha sido abolida no Brasil, a condição do trabalho doméstico tem, por muitas vezes, uma escravidão velada, onde não ocorre a devida aplicação legal dos direitos garantidos a esses trabalhadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo visou analisar a burlada escravidão moderna, aonde pessoas continuam tendo os seus direitos trabalhistas violados em condições de trabalho análogas à escravidão.

Importante lembrar que escravo não é a pessoa negra desenvolvendo serviços além dos seus esforços, a pesar de que a cultura brasileira tenha definido esse recorte para denominar a escravidão.

Evidencia-se que uma pessoa hoje sem ter seus direitos trabalhista respeitado é uma forma de favorecimento da mão de obra pelo empregador, que fica muito mais barato para ele, livre de contribuições previdenciárias e deveres trabalhistas.

Mesmo após o fim da escravidão, encontramos na atualidade uma nova forma de escravizar pessoas, onde qualquer pessoa que viva sem observância dos seus direitos básicos e Constitucionais garantidos por lei, tem um grande potencial para dizer que está sendo escravizado.

Portanto, o que caracteriza o trabalho escravo moderno é a ausência de garantias trabalhistas aos indivíduos submetidos a essa forma de exploração.

Referente à legislação trabalhista e à realidade vivenciada por muitos trabalhadores, tentamos propor um apanhado rápido das legislações no contexto do panorama social vivenciado no Brasil.

Percebemos, nesse quadrante, a fragilidade das nossas leis em erradicar o trabalho escravo moderno. As leis preconizadas não são efetivadas e suas jurisprudências estão cada vez mais fragilizadas, tornando os trabalhadores presas fáceis de grandes donos de terras, empresários, entre outros, que burlam a legislação a fim de obter mão de obra barata. Segundo a OIT (2020), os problemas de exploração, superexploração, desemprego, subemprego, desigualdade e precarização do trabalho estão se agravando, em vez de serem solucionados.

Destarte, para promover a erradicação do trabalho escravo, é necessária a ativação de políticas públicas inclusivas e procedimentos legais que adotem e afiancem uma forma efetiva de fiscalização do trabalho e um Estado que proporcione uma vida mais justa aos seus trabalhadores, permitindo-lhes amplo acesso à saúde, à assistência social, à alimentação, à educação e ao trabalho, garantindo, assim, uma vida digna, longe da perpetuação de ciclos de exploração predominante e estruturante do modelo capitalista.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Complementar nº 150, de 01 de junho de 2015**. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm. Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 72, de 02 de abril de 2013**. Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os de-

mais trabalhadores urbanos e rurais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc72.htm. Acesso em: 26 jul., 2023.

BRASIL. (**Constituição de 1988**). Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10 jul., 2023.

ESBRASIL. Taxa de informalidade foi de 38,8% no trimestre até dezembro. 2022. Disponível em: <https://esbrasil.com.br/taxa-de-informalidade-388-trimestre-ate-dezembro/>

FEITOSA, Renta; MARIANO, Maria Luiza. Trabalho análogo à escravidão: A importância da atuação do psicólogo na saúde mental do trabalhador. **Temas em Educ. e Saúde**, Araraquara, v. 19, n. 00, e023004, 2023. DOI: <https://doi.org/10.26673/tes.v19i00.17871>

GOMES, Paula. Emprego doméstico e a arquitetura da desigualdade. **Cienc. Cult.** v.68, n.º 2 São Paulo apr./june2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21800/2317-66602016000200020> Acesso em: 18 jul. 2023.

JAQUES, Gustavo. **Os direitos humanos e o princípio da solidariedade como elementos da erradicação do trabalho escravo contemporâneo no Brasil**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, 2020. Disponível em <http://hdl.handle.net/11624/3070> Acesso em: 25 jul. 2023.

JESUS, Bárbara Maria Baltazar. **Análise da página “Eu Empregada Doméstica” e relações de análogas à escravidão**: Um breve olhar histórico através das mídias sociais. Universidade Federal de Juiz de Fora, 2019, 30f. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/10608/1/barbaramariabaltazardejesus.pdf> Acesso em: 18 jul. 2023.

LEITE, Carlos Henrique B.; LEITE, Laís D.; LEITE, Letícia D. **A Nova Lei do Trabalho doméstico**, 1ª edição. Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502634763. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502634763/>. Acesso em: 30 jul. 2023.

OIT, Organização Internacional do Trabalho: Escritório no Brasil. 2020. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/lang--es/index.htm>. Acesso em: 24 jul. 2023.

PRASS, Ana Claudia. **Trabalho Escravo: Entre panos e linhas, o desalinho com o direito**. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11624/2531>. Acesso em: 25 jul. 2023.

RADAR SIT. Painel de Informações e Estatísticas da Inspeção do Trabalho no Brasil, 2022. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/>. Acesso em: 20 jul. 2023.

SANTOS, Aloysio. **Manual de Contrato de Trabalho Doméstico**-Dir., Deveres e Garantias dos Empregados e Empregadas Domésticos. Grupo GEN, 2015. E-book. ISBN 978-85-309-6755-0. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6755-0/>. Acesso em: 27 jul. 2023.

SÃO PAULO. **Lei Municipal n.º 11.995, de 16 de janeiro de 1996**. Veda qualquer forma de discriminação no acesso aos elevadores de todos os edifícios públicos municipais ou particulares, comerciais, industriais e residenciais multifamiliares existentes no Município de São Paulo. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-11995-de-16-de-janeiro-de-1996>. Acesso em: 25 jul. 2023.

SILVA, Gabriel da. Evolução Histórica dos Empregados Domésticos e seus direitos: Perspectivas da Emenda Constitucional nº 72/2013. **Revista Científica Multidisciplinar**, v.2, n.º 4, 2021. Disponível em: <https://recima21.com.br/index.php/recima21/article/view/228>. Acesso em: 20 jul. 2023.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto. **O novo direito do trabalho doméstico**. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502634961. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502634961/>. Acesso em: 27 jul. 2023.

TRT4 da 4ª Região (RS). Justiça do Trabalho. **Decisões de 2º Grau**. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/acordaos>. Acesso em: 28 jul.2023.

TRT da 4ª Região (RS). 8ª Turma, Processo: 0020223-12.2022.5.04.0601. Relatora: Desembargadora Brigida Joaquina Charao Barcelos, Rio Grande do Sul, 2023, <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4>

TRT da 4ª Região (RS). 4ª Turma. Processo: 00204778520205040461, Relator: George Achutti, Data de Julgamento: 15/06/2023.

A PERVERSIDADE DO DISCURSO DA MERITOCRACIA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA RACISMO ESTRUTURAL

The Perversity Of The Discourse Of Meritocracy And Its Contribution To Structural Racism

Tatiana dos Santos Schuster¹

O racismo estrutural reproduz diversos comportamentos, práticas, crenças e preconceitos com base na raça ou na etnia, que fundamentam desigualdades evitáveis e injustas. O presente artigo tem por objetivo analisar de que forma a ideia de meritocracia contribui para a manutenção das desigualdades raciais na sociedade.

A meritocracia é um discurso que defende que o sucesso e o progresso social são alcançados por mérito individual, ou seja, através do esforço pessoal e das habilidades individuais. A utilização desta ideologia, ignora as barreiras sociais, históricas e estruturais que afetam grupos raciais historicamente marginalizados, como a população negra.

Neste sentido, o racismo estrutural se fortalece entre aqueles que defendem o discurso da meritocracia. Através da análise de diferentes autores, o artigo explora como a crença na meritocracia pode excluir a população negra do acesso igualitário a oportunidades sociais, políticas e econômicas, mantendo um sistema de privilégios perpetuando as desigualdades.

A pesquisa utiliza um método dedutivo e uma abordagem bibliográfica, referenciando diversas fontes para embasar seus argumen-

1 Tatiana dos Santos Schuster. Professora do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Doutoranda em Direito no Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPEX (UNISC). Integrante do Grupo de Pesquisa Integrado em Controle Social e Administrativo de Políticas Públicas (UNISC). Advogada.E-mail: tatianasantos@unisc.br.

tos. A hipótese que se apresenta, é que o discurso da meritocracia, apesar de ser apresentada como uma forma justa de avaliar o mérito individual, na prática acaba reforçando o racismo estrutural.

Considerando o mercado de trabalho e a educação como pontos centrais de discussão, a meritocracia sustenta a ideia de que todos aqueles que se dedicam e alcançam um desempenho satisfatório devem ter acesso às melhores instituições de ensino e aos empregos mais bem remunerados.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, estabelece não apenas uma igualdade formal diante da lei, mas também uma igualdade material, fundamentada em fatores específicos. Nesse contexto, busca-se alcançar uma igualdade proporcional, reconhecendo que situações decorrentes da desigualdade não podem ser tratadas de maneira igualitária. “O raciocínio que orienta a compreensão do princípio da isonomia tem sentido objetivo: aquinhoar igualmente os iguais e desigualmente as situações desiguais” (BULOS, 2002, p. 79).

Significa dizer que, no âmbito formal, o princípio da igualdade revela-se insuficiente para proporcionar igualdade de condições a todos os indivíduos, resultando na exclusão de determinados grupos sociais que, devido a essa condição, encontram-se à margem da sociedade, caracterizando uma situação de dupla vulnerabilidade. Esse cenário é especialmente observado no caso da população negra, que enfrenta simultaneamente o estigma racial e a condição socioeconômica desfavorecida.

Ou seja, o racismo é a representação da inexistência da materialização do princípio da igualdade, pois devido a esse estigma social, a população não negra mantém as posições mais elevadas na sociedade. Conforme referido por Bourdeau (1992), “o poder não tem lugar, mas está onde o grupo dominante está”. E este grupo dominante são aqueles que ocupam lugar de destaque na sociedade, a homogeneidade branca.

Na sociedade brasileira, é notório que a população negra está desproporcionalmente representada nos índices de violência, subemprego e baixa escolarização. No entanto, essa tendência não se reflete igualmente nos dados relativos à ocupação em níveis mais elevados de escolaridade, assim como nos espaços de poder tanto no âmbito privado como no público.

Essa situação é resultado do processo de estratificação social, no qual um grupo privilegiado de pessoas influentes, detentoras de terras e altos privilégios, exercia seu poder. Esse grupo, por meio de suas prá-

ticas discriminatórias, perpetuou a posição inferior da população negra nas camadas sociais e econômicas.

Segundo Guimarães (2009, p. 21), “no começo dos anos 1960, o diagnóstico consensual, nas ciências sociais, era o de que os anos 1930 haviam marcado uma ruptura no processo de desenvolvimento brasileiro, com o esgotamento da economia agroexportadora”. De acordo com a análise, o desenvolvimento da nova economia urbano-industrial resultaria na emergência de novas classes sociais, as quais se tornariam o ponto central das transformações sociais e políticas. Essas classes seriam compostas pela classe trabalhadora, média urbana e burguesia industrial (GUIMARÃES, 2009).

É possível reconhecer que a sociedade brasileira apresenta uma configuração significativa de desigualdade social, que é caracterizada por uma herança racista e hierárquica, enraizada desde os tempos da colonização até os dias atuais. Essa realidade contribui para a construção do conceito de meritocracia, que se evidencia pela impessoalidade na estrutura hierárquica do trabalho, onde a ocupação de cargos está condicionada às habilidades e especializações individuais (SILVA, 2017).

Constata-se que o discurso da meritocracia se encontra dissociado da realidade social e, conseqüentemente, é passível de ser utilizado como instrumento para promover processos discriminatórios sob a pretensa “neutralidade”, o que resulta na negação ou postergação dos direitos de determinados grupos, reforçando na prática, o privilégio de outros (CUSTÓDIO, 2015).

Fito isso, observa-se que na sociedade brasileira, a desigualdade é decorrente de fatores históricos e sociais, não tendo qualquer relação com a responsabilidade individual. Diante disso, torna-se desafiador identificar a desigualdade de oportunidades devido à ausência de igualdade inicial no status social (BARBOSA, 1999).

O mérito é legitimado enquanto ideologia, pois é um sistema que comporta uma dissimulação da realidade e favorece a aceitação de um poder. Na modernidade, o mérito aparece como um ideal legitimador dos direitos da burguesia, por oposição ao princípio de ascendência do sistema aristocrático. Sendo assim, as únicas hierarquias legítimas e desejáveis são baseadas na seleção dos melhores (VIEIRA, 2004).

Aqueles que defendem a ética meritocrática viabilizam o comportamento de vencedores e perdedores, os primeiros produzindo arrogância e o segundo humilhação e ressentimento. A tentativa de estabelecer uma meritocracia justa, fundamentada no esforço e no talento,

tem como consequência a subversão da compreensão do sucesso ou de sua ausência. Conforme Sandel (2021, p. 38), “deixa pouco espaço para a solidariedade que pode surgir quando refletimos sobre a contingência de nosso talento e destino. É isso que faz do mérito uma espécie de tirania ou regra injusta”.

Têm-se que a meritocracia, mesmo que ainda não seja amplamente adotada na prática, é definida por uma perspectiva conservadora. Nessa perspectiva, a meritocracia valida a condição material e valores que se assemelham, de modo que aqueles que nascem em famílias ricas são considerados automaticamente merecedores de seus privilégios. Vale ressaltar que essa abordagem conservadora da meritocracia guarda semelhanças com certas culturas brasileiras, como o “fatalismo e teologia da prosperidade” (BITENCOURT; RECK, 2021, p. 120). Um bom exemplo é o sucesso, em que se a pessoa o tem é devido à escolha de Deus.

Neste sentido, o mito da meritocracia contribui para o aumento das desigualdades. De acordo com a concepção da meritocracia como um valor universal, além das condições sociais e históricas que caracterizam a sociedade brasileira, esse mito perpetua de forma contínua as desigualdades sociais e raciais. Nesse sentido, sustenta-se que o mérito deve ser restringido tanto na teoria quanto na prática (CHALHOUN, 2017, p. 1).

A questão das cotas raciais na educação e em concursos públicos na administração pública revela o discurso da meritocracia substancialmente prejudicial. A ideia de justiça, mesmo que mínima da meritocracia, pressupõe que todos os indivíduos partam igualmente de uma determinada posição e enfrentem os mesmos obstáculos. No entanto, essa ideia é confrontada pela realidade, constituindo a primeira barreira para a aplicação efetiva da meritocracia.

Sustenta-se que há uma correlação significativa entre o nível de educação dos pais e as oportunidades educacionais e profissionais dos seus filhos. Nascidos em famílias com um grau de educação elevado, têm maiores chances de alcançar posições mais favoráveis tanto no âmbito educacional quanto no profissional.

Em contrapartida, a pobreza e suas consequências socioeconômicas podem desempenhar um papel desfavorável no acesso a uma educação de qualidade e no alcance de oportunidades de trabalho satisfatórias para aqueles filhos nascidos em famílias com baixa escolarização. No entanto, é essencial reconhecer que essa relação não é uma regra absoluta, uma vez que existem casos em que indivíduos provenientes

de famílias desfavorecidas conseguem superar adversidades e alcançar sucesso educacional e profissional.

Historicamente no Brasil, as universidades públicas têm apresentado um padrão de desigualdade em relação ao acesso e representação de diferentes grupos raciais e socioeconômicos. Esse cenário tem levado à crítica da ideia de meritocracia na educação, uma vez que a distribuição desigual de recursos e oportunidades tem influenciado a composição demográfica das instituições de ensino superior (PERRONI; BRANDÃO, 2009).

A predominância de estudantes brancos de alta renda familiar nas universidades públicas reflete uma série de fatores, incluindo a falta de acesso a uma educação básica de qualidade para grupos historicamente marginalizados, a falta de políticas de ação afirmativa efetivas e a perpetuação de estereótipos e preconceitos que afetam o acesso e o sucesso acadêmico de estudantes de grupos raciais minoritários.

Especificamente no Brasil, a ideia da meritocracia passa por um imenso histórico de exclusão, o que limita as possibilidades da população brasileira negra, que é a maioria em território, em prol de uma minoria população branca. O acesso à educação e as oportunidades de carreira resultantes retratam bem os processos que criam essas desigualdades (SOUZA, et al, 2021).

Estes fatores analisados conjuntamente, facilitam a identificação dos falsos indicadores brancos de injustiça da política de ação afirmativa, que se apoiam na imparcialidade jurídica e na ideologia da meritocracia, como forma de isentar suas vantagens.

No fim das contas, se há neutralidade no direito, devendo ser empregado a todos na competição do mercado de trabalho e a nível educacional, somente a ausência de esforço dos negros, fundamentaria a sua derrota na disputa social, tornando abominável o sistema de proveitos tipificado pelas cotas raciais. Desta forma, a meritocracia é corrosiva para a sociedade brasileira.

A crença na meritocracia como um mecanismo justo e imparcial pode gerar um entendimento distorcido da realidade, perpetuando a ideia de que aqueles que não alcançam sucesso ou riqueza simplesmente não se esforçaram o suficiente. Essa perspectiva desconsidera a complexidade das interações sociais, barreiras estruturais e fatores além do controle individual que influenciam as trajetórias de vida.

Assim, resta confirmada a hipótese do presente trabalho, vez que, conforme breve análise, o discurso da meritocracia reproduz o racismo estrutural, que ignora as disparidades históricas e estruturais que afetam diferentes grupos raciais especialmente os negros.

REFERENCIAS

BARBOSA, J. F. S. A desigualdade inconstitucional da Lei nº 12.990/2014, que estabelece cotas raciais em concursos públicos federais. **Revista Jus Navigandi**, a. 19, n. 4002, jun. 2014. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 9.07.2021. Acesso em: 24 jan. 2022.

BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê. O Brasil em crise e a resposta das políticas pública: Diagnósticos, diretrizes e propostas. Curitiba: Íthala, 2021

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1992.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

CHALHOUB, Sidney. **A meritocracia é um mito que alimenta as desigualdades.** Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/568614-a-meritocracia-e-um-mito-que-alimenta-as-desigualdades-diz-historiador>. Acesso em: 22 jan. 2022.

CUSTODIO, Marta Battaglia. Racismo, meritocracia e cotas raciais no Brasil. In **Diálogos entre direito e sociologia: construindo pontes necessárias.** Org. VIEIRA, Hector Luís C. Brasília: IDP, 2015, p. 61 a 86.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Classes, Raças e Democracia.** São Paulo: Editora 34, 2009.

PERRONI, Jennifer; BRANDÃO, André. Seleção ou exclusão: difícil acesso a instituições públicas de ensino. **Educação & Realidade**, vol. 34, n. 1, jan/abr, 2009, p. 65-81. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/8458>

SANDEL, Michael J. **A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?** Trad. Bhuvi Libanio. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

SEN, Amartya. **Mérito e Justiça. Meritocracia e Desigualdade Econômica.** Por Kenneth Joseph Arrow, Samuel Bowles, Steven N. Durlauf. Princeton University Press, 2000.

SILVA, Bruna Caroline Moreira. **Desconstruindo mitos: meritocracia e a lei de cotas.** 2017. 137f. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Federal de Viçosa, Viçosa. 2017.

SOUZA, Lidyane Maria Ferreira de.; FERREIRA, Gianmarco Loures; SANTOS, Maria do Carmo Rebouças. Direito e meritocracia contra as cotas raciais. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 21, n. 230, p. 35-45, 1 set. 2021. Disponível em:

VIEIRA, Leonardo Carneiro Assumpção. **Mérito, sociedade e direito: reflexões sobre a noção de merecimento objetivo e seus institutos na função pública.** 2004. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, 2004

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL E GOVERNANÇA DIGITAL: BREVES CONSIDERAÇÕES E PERSPECTIVAS

Public Administration Control In Brazil Digital Governance: Brief
Considerations And Perspectives

Chaiene Meira de Oliveira²

Rogério Gesta Leal³

INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho objetiva-se investigar quais são os impactos da governança digital no controle da administração pública no Brasil a partir da atuação dos Tribunais de Contas. A temática relaciona-se com a governança digital e controle da administração pública, es-

2 Doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com bolsa CAPES modalidade II (2021-2025). Mestra em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa CAPES modalidade II (2021). Especialista em Direito Penal e Processual Penal na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP (2020). Graduada em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2018). Advogada inscrita na OAB/RS nº 116.273. Servidora pública municipal. E-mail: chaienemo@outlook.com.

3 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e pela Universidad Nacional de Buenos Aires. Mestre em Desenvolvimento Regional da Universidade de Santa Cruz – USC. Graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Atualmente é professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da Fundação Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP, nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: gestaleal@gmail.com.

tando delimitada ao contexto brasileiro, com foco na atuação dos Tribunais de Contas. Considerando o contexto de inovações tecnológicas e as alterações promovidas no âmbito dos serviços públicos e na organização estatal como um todo, visa-se responder ao problema de pesquisa: quais os impactos da governança digital no controle da administração pública no Brasil?

Para responder ao problema de pesquisa utilizou-se do método de abordagem dedutivo na medida em que partindo dos pressupostos gerais sobre a governança digital passa-se a análise específica da utilização desta no controle da administração pública no Brasil com foco na atuação dos Tribunais de Contas nos procedimentos licitatórios. O método de procedimento é o monográfico e as técnicas de pesquisa resumem-se a consultas em livros, artigos, periódicos, teses, dissertações, dentre outros meios.

A justificativa, em termos teóricos, centra-se na necessidade de aprofundar os estudos sobre a temática, a qual embora cronologicamente recente traz impactos significativos na organização estatal e forma de prestação dos serviços públicos. Em termos práticos, a partir do desenvolvimento da pesquisa pode-se propor diretrizes para o aperfeiçoamento dos instrumentos utilizados no âmbito do governo digital, sobretudo no que se refere ao controle da administração pública.

A hipótese inicial é no sentido de que o contexto da governança digital proporciona novas possibilidades para o controle da administração pública no que tange aos instrumentos utilizados pelo Estado, citando como exemplo a utilização da inteligência artificial por meio de robôs dos Tribunais de Contas, os quais auxiliam no monitoramento dos procedimentos licitatórios e detecção de eventuais irregularidades.

Os objetivos específicos, em conformidade com a divisão dos tópicos do artigo, são em um primeiro momento descrever os principais aspectos do controle da administração pública no Brasil; após visa-se analisar as características da governança digital e, por fim; verificar de que forma a governança digital impacta no controle da administração pública com foco na atuação dos Tribunais de Contas e sua atuação nos procedimentos licitatórios.

DESENVOLVIMENTO

Em relação ao primeiro tópico, no tocante ao controle da administração pública no Brasil observa-se que a partir da Constituição Federal de 1988 foram trazidas significativas alterações, sobretudo no que se refere aos princípios a serem observados pela administração pública, o que é expresso no art. 37 do texto constitucional, o qual estabelece que administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A previsão expressa dos referidos princípios faz com que a administração pública precise adotar instrumentos para sua concretização, dentre estes o controle dos atos estatais, segundo conclui Rodriguez-Araña (2018), no estado democrático, a administração pública sempre esteve submetida a diversos controles tanto internos como externos, os quais tem por finalidade a garantia de uma boa gestão dos interesses públicos e de assegurar uma correta aplicação dos gastos realizados pelos poderes públicos na execução de políticas públicas e prestação de serviços demandados pela sociedade.

No tocante ao segundo tópico, entende-se ser necessário conceituar governo digital, o qual pode ser compreendida, nos termos expostos na página institucional da Secretaria de Governo Digital, como sendo oferecer um serviço público de qualidade, com menos gasto de tempo e dinheiro por parte do cidadão, para melhorar a vida daqueles que vivem e trabalham no país. Dentre as metas para um governo mais eficiente, destaca-se a 16.3, a qual versa sobre disponibilizar o Portal Nacional de Contratações Públicas até 2022, o qual é o sítio eletrônico oficial destinado à divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela Lei nº 14.133, de 2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Importante a ressalva trazida por Cristóvam et. al. (2020) de que a implementação de um governo digital faz com que a administração pública precise observar o regime jurídico de direito público na medida em que a inovação tecnológica visa, em última análise, permitir a prestação direta dos serviços públicos e consequentemente estes devem respeitar os princípios constitucionais e infraconstitucionais, os quais orientam a sua prestação.

Acerca das dificuldades de implementação de um governo digital, Valle e Cabral (2022) expõem que o Tribunal de Contas da União firmou um entendimento de que o Brasil está adotando medidas posi-

tivas seguindo a tendência mundial em termos de tecnologia. Contudo, algumas situações comprometem a sua efetiva implantação podendo citar como exemplos falta de diagnóstico prévio dos serviços públicos digitais, o que dificulta o estabelecimento de prioridades de ações; ausência de diretrizes que garantam a qualidade do serviço público digital, comprometendo o atendimento da necessidade social, bem como dificuldade de compartilhamento de informações entre os diferentes órgãos e entidades do setor público, freando a integração dos serviços digitais.

Por fim, em relação ao terceiro tópico, um dos exemplos dos impactos da governança digital é a utilização de robôs como é o caso do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul nos procedimentos licitatórios, sendo que atualmente estão em utilização os seguintes robôs: Lais, Lidia, Icaro, Raquel e Rianna, Consuelo e Larissa. O robô Larissa, por exemplo, é utilizado para avaliar os riscos das licitações e contratos cadastrados no LicitaCon, sistema do tribunal de contas em que os gestores públicos cadastram os procedimentos licitatórios e os contratos decorrentes. A ferramenta emite alertas para os auditores do TCE-RS agrupando as análises de outros robôs em uma única matriz de riscos, o que auxilia no planejamento e execução das auditorias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que a pesquisa encontra-se em fase inicial de desenvolvimento, as conclusões preliminares são de que o contexto da governança digital traz significativos impactos na administração pública e consequentemente no âmbito do controle. Dessa forma, passa-se a responder ao problema de pesquisa, o qual questionou: quais os impactos da governança digital no controle da administração pública no Brasil?

Em síntese, entende-se que é preciso que haja uma atuação conjunta entre os entes estatais e a sociedade para melhor utilização dos instrumentos disponíveis e atualização daqueles existentes. Os impactos se concentram desde a organização da estrutura administrativa brasileira até aos destinatários finais dos serviços públicos de modo que é preciso estar atento à observância das disposições legais e aos princípios constitucionais.

Assim, resta confirmada a hipótese inicial no sentido de que o contexto da governança digital proporciona novas possibilidades para o controle da administração pública no que tange aos instrumentos a uti-

lizados pelo Estado, citando como exemplo a utilização da inteligência artificial por meio de robôs dos Tribunais de Contas, os quais auxiliam no monitoramento dos procedimentos licitatórios e detecção de eventuais irregularidades.

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/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2023.

BRASIL. **Governo Digital**. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/transformacao-digital/o-que-e>. Acesso em: 01 jul. 2023.

BRASIL. **Portal Nacional de Contratações Públicas**. Disponível em: <https://www.gov.br/pncp/pt-br>. Acesso em: 01 jul. 2023.

CRISTÓVAM, . S. da S.; SAIKALI, . B.; SOUSA, . P. de. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, [S. l.], v. 41, n. 84, p. 209–242, 2020. DOI: 10.5007/2177-7055.2020v43n84p209.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. **El control de la administración pública: una perspectiva integradora**. In. LEAL, Rogério Gesta; SILVEIRA, Alessandra Aparecida de Souza; CANO, Carlos Aymerich (orgs.). IV seminário internacional hispano-luso-brasileiro sobre direitos fundamentais e políticas públicas. Bubok Editorial: Espanha, 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **TCU avalia uso de inteligência artificial pelo governo federal**. 2022. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-avalia-uso-de-inteligencia-artificial-pelo-governo-federal.htm>>. Acesso em 01 jul. 2023.

VALLE, Vivian Lima López; CABRAL, Rodrigo Maciel. Administração pública digital e a implementação dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós - Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022.

MOROSIDADE JURISDICIONAL E A BUSCA CONSTANTE POR ALTERNATIVAS JURÍDICAS PARA SANAR O DÉFICIT NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Jurisdictional Delay And The Constant Search For Legal Alternatives To Solve The Deficit In Conflict Resolution

Hipólito Domenech Lucena¹

Maini Dornelles²

Carolina Kolling Konzen³

INTRODUÇÃO

A pesquisa realizada propõe examinar o déficit na resolução de conflitos pelo Poder Judiciário e a busca incessante por alternativas jurí-

- 1 Hipólito Domenech Lucena; Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Grupo de Pesquisas “Políticas públicas no tratamento dos conflitos”; Doutorando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, sob a linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas, com bolsa PROSUC-CAPES, modalidade II, e Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande; E-mail: hipolitodlucena@gmail.com.
- 2 Maini Dornelles; Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Grupo de Pesquisas “Políticas públicas no tratamento dos conflitos”; Doutoranda e Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC-CAPES, modalidade II, na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas; E-mail maini_md@hotmail.com.
- 3 Carolina Kolling Konzen; Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Grupo de Pesquisas “Políticas públicas no tratamento dos conflitos”; Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC-CAPES, modalidade II, na linha de pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social; E-mail carolinak1@mx2.unisc.br.

dicas que possam dar cabo do crescimento vertiginoso, tanto das causas vinculadas aos novos direitos, quanto dos já existentes. Para tanto, este trabalho busca analisar os esforços envidados pelo Judiciário, no sentido de implantar novos métodos ou soluções inovadoras, que escapem às propostas tradicionais e obsoletas de reforço estrutural.

Partindo dessa premissa, isto é, do déficit na resolução de conflitos no âmbito judicial, surge o seguinte questionamento: as soluções buscadas pelo Poder Judiciário têm surtido o efeito pretendido, no que concerna ao arrefecimento do congestionamento decisional provocado pelo acúmulo processual?

De fato, como primeira hipótese da pesquisa, pode-se afirmar que o Poder Judiciário possui mecanismos suficientes a resolução de conflitos, tanto pela metodologia tradicional, reconhecidamente heterocompositiva, quanto pela via autocompositiva, fazendo com que o fluxo processual dê uma resposta célere ao cidadão.

Por outro lado, a segunda hipótese é no sentido de que não se vislumbram no Poder Judiciário, ao menos com a frequência que se reputa aceitável ao fluxo adequado de litígios a seu cargo, a execução e o incentivo a técnicas voltadas à heterocomposição e à autocomposição, mais especificamente para a mediação.

Quanto à metodologia utilizada, o método de abordagem é o dedutivo, visto que a pesquisa parte da teoria e da legislação, ou seja, de uma análise geral para obter as conclusões de cada premissa. A técnica de pesquisa, por sua vez, refere-se a análise bibliográfica, visto que é assentada em doutrinas e legislações relevantes ao tema.

A realidade enfrentada pelo Poder Judiciário no deslinde das demandas sob seu encargo: defasagem do gargalo judiciário segundo a ordem cronológica do Relatório Justiça em Números

A temática de acesso à justiça enquanto o mais básico dos Direitos Humanos, está vinculada ao fato de que será por meio desse acesso que os cidadãos poderão resguardar ou proteger qualquer direito que esteja ameaçado ou tenha sido violado. Para Cappelletti e Garth (1988), o tema está ligado de forma ampla ao binômio possibilidade-viabilidade de acessar o sistema jurídico em condições iguais. O acesso à justiça está, portanto, vinculado aos temas de cidadania e constitucionalismo, apoiando e reforçando o Estado de Direito (ECONOMIDES, 1999).

Os conceitos de acesso à justiça e à jurisdição, também não deveriam ser confundidos, o que comumente acontece. O acesso à justiça, “o mais básico dos direitos humanos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12), pretende garantir e não somente proclamar direitos. Já o acesso à jurisdição se dá quando o cidadão acessa o Poder Judiciário por intermédio de seus Tribunais, o que não pode ser confundido com “justiça”.

É notório que a garantia constitucional de acesso à justiça visa fortalecer o sistema de um país que quer reduzir desigualdades, erradicar a pobreza e fundar um projeto de sociedade justa e solidária. Para firmar o que almejam, deve haver um comprometimento com a dignidade humana, a qual é tida como pressuposto do “constitucionalismo social e democrático de direito e consequentemente repercute na prestação estatal, seja administrativa ou jurisdicional” (BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, 2019, p. 43).

Com o Estado Democrático, a cidadania atuante está aflorada nos cidadãos, enquanto que, nos poderes Executivo e Legislativo, esse fenômeno fez aumentar o índice de fiscalização e participação e, no Judiciário, o cenário é outro, pois a “centralização, verticalização e a hierarquização, alinhadas a outras características, concorrem na instituição de um dos poderes mais oclusos” (STANGHERLIN, 2021, p. 79). Essa judicialização da vida política, social e moral dá uma única certeza: que, em caráter final, a última palavra vem sendo dada pelo Judiciário (BARROSO, 2021).

Para verificar a morosidade instaurada junto ao Poder Judiciário, pretende-se neste ponto analisar alguns dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no Relatório Justiça em Números do ano de 2022, que possui dados relativos ao ano de 2021. Salutar neste ponto fazer a ressalva de que no ano de 2021, período analisado pelo Relatório, o país enfrentava a crise sanitária advinda da COVID-19.

No ano de 2021, registrou-se o ingresso de 2,6 milhões de novos casos em comparação com o ano de 2020, sendo que no total foram ajuizados 27,7 milhões⁴ de processos em todo o Judiciário brasileiro. O

4 Muito embora tenham ingressado 27,7 milhões de processos, esse cálculo pode incorrer em duplicidade quando um mesmo processo, no mesmo ano, é iniciado em instâncias e fases distintas. É o caso, por exemplo, de um processo que ingressa na fase de conhecimento de primeiro grau e, no mesmo ano, submete recurso

número de processos baixados aumentou em 2,7 milhões, e o número de casos julgados também em 2,7 milhões. Mesmo com índices de produtividade melhor, o estoque processual cresceu em 1,5 milhão de processos. Nesse sentido, o ano de 2021, foi finalizado com saldo similar ao verificado antes do início da pandemia em 2019. Conclui-se assim, que atualmente existem 77,3 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário brasileiro (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022, p. 306).

Nos últimos 6 anos, o número de casos pendentes líquidos reduziu de 67,3 milhões para 62 milhões. Houve crescimento de processos pendentes tanto na fase de conhecimento, quanto na fase de execução, com variação de 2,1 e 1,7, em cada respectiva fase. Houve elevação da produtividade média dos magistrados, com média de 1.588 processos baixados por magistrado (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022, p. 306).

A taxa de congestionamento do Poder Judiciário foi de 74,2%, com 1.6 ponto percentual a menos do que a verificada no ano anterior, ou seja, aproximadamente 26% de todos os processos que tramitavam foram solucionados. Se forem desconsiderados os casos que estão suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório aguardando solução jurídica futura, a taxa de congestionamento líquida reduziu da 69,7%, sendo 4,4 pontos percentuais a menos que a taxa bruta supramencionada⁵ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022, p. 307).

O maior índice de congestionamento dos Tribunais encontra-se no primeiro grau de jurisdição, que supera o segundo grau em 20 pontos percentuais, sendo 76,5% no primeiro, e 52% no segundo grau. O tempo de resolução médio de um processo é de 3 anos e 4 meses. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022, p. 308).

O Estado chamou para si a responsabilidade sob o monopólio da jurisdição, por intermédio dele que as normas legais são impostas e garantidas. Ocorre que, perante a complexidade das relações sociais e a produção constante de legislações, o Poder Judiciário vem sendo

ao segundo grau e inicia a execução judicial na primeira instância (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022, p. 307).

5 É relevante esclarecer que nem todos os processos que tramitam em um ano estão aptos a serem baixados, em razão da existência de prazos legais, da necessidade de aguardar pagamento de precatórios ou de acordos homologados, entre outras diversas situações jurídicas possíveis (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022, p. 307).

chamado para decidir todos os tipos de conflitos, tornando-se, conseqüentemente, moroso e, por vezes, ineficaz.

Neste tópico, foi feita uma análise acerca da morosidade jurisdicional com a qual o cidadão se depara ao precisar acionar o Poder Judiciário. Dando sequência à pesquisa, no próximo ponto será feito um estudo quanto aos procedimentos desjudicializadores de tratamento de conflitos, enquanto mecanismos eficazes de acesso à justiça.

Enfoque das principais medidas verificadas por intermédio dos dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça: os efeitos práticos de métodos que se dissociam da atividade rotineira do Judiciário

A ideia propagada pelos métodos não adversariais de solução de conflitos, possui como mote o estabelecimento de uma nova concepção de acesso à justiça, gerando um espectro muito mais amplo de possibilidades disponíveis aos cidadãos, em obter uma resposta ágil e adequada aos seus reclames e que não se associe somente à prestação jurisdicional efetivada pelo Judiciário, tendência histórica da ordem jurídica brasileira, que se baseia na autoridade e imperatividade estatal, para a imposição de uma decisão cercada da ritualística e personificação de atos administrativos e judiciais, que externalizam a convicção de que a fórmula mágica à resolver o conflito de forma definitiva, encontra-se única e exclusivamente no ambiente forense (ABREU; CANOVA, 2021, p. 105).

Converge à essa constatação, a relação dicotômica que se engendrou entre legislação/ jurisdição, cujas premissas encontram-se calçadas no processo de constitucionalização do Direito, que submete, tanto o Estado, quanto o particular, aos termos dispostos na Lei Máxima vigente no País, e da consequência lógica que deflui dessa primazia, qual seja, a do reequilíbrio do poder, centrado no controle de seu próprio exercício, fazendo com que haja verdadeira força centrífuga da legislação para jurisdição, uma vez que verifica-se um deslocamento cada vez maior do poder em direção ao juiz, inversamente proporcional ao que ocorre com o legislador o que seria previsível, mas não atestável, em prazo tão exíguo, há alguns anos. Hodiernamente, esse mesmo fenômeno de reequilíbrio do poder, pode ser vislumbrado entre o Judiciário e a pacificação de conflitos, conformando uma relação muito mais exacerbada que a anterior, tendo em vista que, dessa feita, não se mede forças entre

duas esferas estatais, mas entre o público e o particular (DAMASCENO; MACEDO, 2018, p. 106).

Essa realidade tem intrínseca relação com o sistema multipor-tas, que alia elementos voltados à conciliação de interesses, própria do método autocompositivo e que traz à lume uma inovadora percepção acerca de técnicas anteriormente nomeadas sob a alcunha de métodos alternativos de solução de conflitos, o que induzia a crer em sua subsidiariedade ou subserviência ao procedimento executado pelos órgãos jurisdicionais estatais. No intuito de se desprender de certas pechas e gerar uma onda autonômica em torno, especialmente, da conciliação, da mediação, estudo mais vanguardistas utilizam a expressão ‘adequados’, em substituição à ‘alternativos’, demonstrando uma preocupação com a interpretação por ventura equivocada, em atribuir aos mencionados institutos uma correlação, dependência ou secundariedade à função judicial (CUNHA, 2020, p. 140-141).

O que à primeira vista pode denotar um cuidado excessivo no ingresso e na sustentação das ferramentas autocompositivas, possui supedâneo prático à sua existência. Não é raro encontrar salas destinadas à mediação nos espaços forenses e nas Defensorias Públicas. Não que isso signifique um retrocesso, mas a simples condução de procedimento, seja de que natureza for, em recinto que transpareça, por meio de símbolos, ritos, disposição de móveis, trajes ou imagens, uma conotação jurisdicional em torno do que se pretende instituir. Exatamente essa a acepção que se pretende desconstituir, muito embora ela seja reforçada a cada conciliação realizada por um magistrado.

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) espelham essa posição, embora constituindo-se em uma criação de grande valia na tarefa de acelerar o ritmo de atos a serem efetivados nas demandas sob seu encargo. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi o autor da medida, por intermédio da resolução 125/2010, que propugnou verdadeira política pública de conciliação e mediação (SPENGLER, 2016, p. 69).

Em ambos os casos, é nítido o benefício que ambas as modalidades podem proporcionar à ampliação do acesso à justiça, entretanto, a conciliação é a via que se apresenta sob o controle da jurisdição, que mesmo obtendo índices aceitáveis – mas insuficientes ao considerar-se o objetivo traçado pelos métodos autocompositivos –, como se verá adiante, não projeta, por si só, uma perspectiva que possua o caráter e a força necessária para modificar a realidade da morosidade judiciária.

Ainda nessa linha de raciocínio, o índice de conciliação, abarca, erroneamente, toda e qualquer resolução de litígio em que se verifique algum tipo de acordo, fator que inviabiliza uma análise mais detalhada, por exemplo, do acordo estabelecido no trâmite de mediação, ocultando a relevância, credibilidade e eficácia dos preceitos e vantagens nela contidos, a despeito que, em semelhante espeque aos CEJUSCs, a resolução 125/2010, também tenha engendrado os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), em que se verifica uma clara intenção em agregar novos métodos e fluxos procedimentais que somem-se, em paralelo, ao sistema jurisdicional (CNJ, 2010).

Mesmo diante das circunstâncias positivas carreadas pelo Novo Código de Processo Civil, e considerando os efeitos maléficos da pandemia do covid-19, entre os anos de 2015 a 2021, percebe-se que não há uma variação significativa⁶, especialmente a ponto de transformar a curva de crescimento em uma onda tsunâmica.

A série histórica das conciliações comprova a situação anteriormente exposta, possuindo índices crescentes a partir de 2015⁷, obtendo queda acentuada em 2020⁸, para leve recuperação em 2021⁹, excetuando-se apenas aquelas conciliações efetuadas em sede de execução¹⁰, que mantiveram ligeira ascensão (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

6 Afirma-se não haver alteração significativa, tomando-se em conta o potencial vislumbrado pelos métodos autocompositivos. Melhor dizendo, a distância abissal que separa os números destinados a abalizar os resultados dos processos a cargo da jurisdição tradicional, ofertada pelo Judiciário, é infinitamente superior a verificada por meio da conciliação ou mediação, o que pode transparecer a ideia de que tais técnicas se perfazem como alternativas à seara judicial, contendo seu avanço.

7 Nesse período, e analisando-se as fases de conhecimento, e o segundo grau, os índices apurados foram, respectivamente, de 17,2% e 0,9% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

8 O avanço detectado a partir da imposição do Código de Processo Civil, manteve-se estável nos anos posteriores, tanto em fase de conhecimento (20,6% em 2016, 20,2% em 2017, 19,8% em 2018 e 16,6% em 2019), quanto no segundo grau (0,4% em 2016, 0,7% em 2017, 0,9% em 2018, 1,3% em 2019), com queda acentuada em 2020 para ambas as instâncias (fase de conhecimento em 16,6% e segundo grau em 0,8%) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

9 17,4 na fase de conhecimento e 0,9% no segundo grau (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

10 3,5% em 2015, 5,0% em 2016, 6,2% em 2017, 6,0% em 2018, 5,7% em 2019, 7,1% em 2020 e 8,1% em 2021 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

Não obstante ressalte-se peculiaridade desfavorável à observação adequada dos percentuais que se pode atribuir ora à conciliação, ora à mediação, tendo em vista que a pesquisa efetiva não faz a cisão entre uma e outra metodologia dificultando, senão impossibilitando uma versão mais positiva e a prospecção do avanço e investimento adequado em cada uma delas.

A (in)suficiência na aplicação de métodos alternativos de solução de conflitos e os principais benefícios à ampliação do acesso à justiça e, conseqüentemente, do arrefecimento do déficit decisional enfrentado pelo Poder Judiciário

O Estado, por meio do Poder Judiciário, devido à procura excessiva pela tutela estatal, não consegue resolver as demandas de maneira adequada, de modo que a morosidade e a deficiência dos serviços jurisdicionais obstaculizam o acesso à justiça, o que, conseqüentemente, provoca uma prestação jurisdicional ineficiente e tardia (COSTA; MENEZES, 2019, p. 90). De outro lado, como alternativas resolutivas do problema jurisdicional, apresentam-se os procedimentos simples e informais, quais sejam, os métodos alternativos de resolução de conflitos, especialmente a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Não há que se olvidar que a mediação, a conciliação e a arbitragem são as técnicas de resolução de conflitos mais utilizadas, mais conhecidas e, portanto, consideradas as principais formas alternativas de solução de litígios. Aliás, tais métodos alternativos de resolução de conflitos diferenciam-se em autocompositivos e heterocompositivos, sendo que aquela objetiva buscar soluções vencedoras para ambas as partes – conciliação e mediação –, enquanto que nesta há sempre vencedores e vencidos – arbitragem e jurisdição.

Esclarece-se, inicialmente, que a mediação se caracteriza como um procedimento voltado à construção do consenso comum entre os envolvidos, de modo que o mediador não pode se preocupar em intervir no conflito, mas sim oferecer liberdade para que os sujeitos resolvessem as controvérsias, sem impor uma decisão (SPENGLER, 2017, p. 19). Na conciliação, por sua vez, também há um terceiro – conciliador –, porém este intervém diretamente na decisão, orientando os envolvidos a chegarem a um consenso. Por fim, na arbitragem há a presença de árbitros – terceiros imparciais –, que recebem os seus poderes através de uma convenção privada e decidem observando-a, salientando

que tal procedimento é utilizado para solução de conflitos referentes a direitos patrimoniais dos quais possam dispor os litigantes (CARMONA, 2009, p. 31).

De fato, a tendência que hoje se observa no sistema jurídico brasileiro é a solução dos conflitos por meio dos métodos alternativos, conferindo ao jurisdicionado a possibilidade de adaptar o método ao tipo de controvérsia enfrentada. Tais mecanismos, caracterizados como consensuais, possibilitam que as próprias partes ou um terceiro imparcial, de modo conjunto, atinjam uma solução, ou, até mesmo, um terceiro imparcial escolhido pelas partes decide e impõe a decisão (GUERRERO, 2015, p. 167).

Neste contexto, os métodos alternativos de resolução de conflitos ganham espaço justamente como uma alternativa de efetivar o acesso à justiça, tendo em vista que possibilitam a resolução das lides de maneira mais célere e desburocratizada, além de ser menos onerosa. Não há dúvidas, portanto, que são inúmeras as vantagens proporcionadas pela utilização das técnicas não contenciosas de resolução de controvérsias. Ainda, vislumbra-se que o Poder Judiciário está passando por uma fase complexa, na medida em que o ajuizamento das ações judiciais é significativamente superior à finalização dos litígios, razão pela qual, neste cenário, as formas alternativas de resolução de conflitos se tornam essenciais para garantir o direito de acesso à justiça (CANOVA; ABREU, 2021, p. 108-110).

Neste sentido, quanto à morosidade do Poder Judiciário e a busca por novas alternativas de resolução dos litígios, Guilherme (2022, p. 16) enfatiza que:

Ocorre que ao longo dos tempos, não apenas em solo, águas e ares nacionais, a distribuição de justiça em geral se curvou ao Poder Judiciário em todas as suas instâncias e vicissitudes. Naturalmente, assim como em muitas outras localidades, o que se teve, com o aumento da beligerância social, foi o truncamento e a morosidade na correção de litígios. Como resposta a isso, as mentes pensantes não mediram esforços para procurar encontrar alternativas de modo a gerar outro mecanismo de solução de controvérsias dissociado da justiça pública ordinária.

Não há dúvidas de que a morosidade do Poder Judiciário coloca em risco o direito fundamental do cidadão de acessar à justiça e, inclusi-

ve, a resolução justa do conflito, o que estimula os litigantes a buscarem a solução do litígio por meio do consensualismo. Por outro lado, neste mesmo contexto surge uma tendência de resolver todas as controvérsias – desde as mais complexas até as mais simples – através da prestação jurisdicional, tratando-se da conhecida “cultura do litígio”. Daí advém a falsa ideia de que qualquer método alternativo não terá a segurança jurídica ou, até mesmo, os resultados satisfatórios e esperados para solução do problema. Logo, a sociedade passou a construir a concepção de que se a questão não passar pelo crivo do Judiciário, ela não será efetiva e não trará a satisfação para os envolvidos (LUZ; SAPIO, 2017, p. 19).

Evidente que cabe ao Poder Judiciário estimular os meios alternativos, sendo que, caso não o faça, dificilmente será mudada a “cultura do litígio”. Inclusive, o próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 3º, *caput* e parágrafos, estabelece que o Estado deverá promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, de modo que os métodos alternativos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público e, também, no curso do processo judicial (BRASIL, 2015).

Diante de todo o exposto, não há dúvidas de que os métodos alternativos de resolução de conflitos são instrumentos indispensáveis para efetivar a ampliação do acesso à justiça e, consequentemente, a diminuição da morosidade enfrentada pelo Poder Judiciário. Por outro lado, se tais mecanismos não forem estimulados pelo próprio Estado, dificilmente a “cultura do litígio” terá fim.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou abordar, de modo geral, a morosidade enfrentada pelo Poder Judiciário e, consequentemente, a busca incessante por instrumentos alternativos para sanar ou, até menos, abrandar os problemas jurisdicionais observados. De fato, não há dúvidas de que o Judiciário possui mecanismos suficientes à resolução dos conflitos – seja pela via autocompositiva ou heterocompositiva –, porém não se verifica o incentivo, por parte do Estado, a estas vias alternativas.

Neste sentido, no primeiro tópico, para fins de verificar a morosidade enfrentada pelo Poder Judiciário, a pesquisa analisou alguns dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no Relatório Justiça em Números do ano de 2022, mas que possui dados relativos ao

período pandêmico de 2021. Ora, a partir da análise destes números, constatou-se que o Judiciário vem sendo acionado para decidir todos os tipos de litígios, o que, muitas vezes, o torna moroso e ineficaz.

Na sequência, por sua vez, o trabalho tratou acerca dos procedimentos alternativos de tratamento de conflitos, enquanto mecanismos efetivos de acesso à justiça e, consequentemente, instrumentos eficazes para o enfrentamento da morosidade jurisdicional. Evidenciou-se que os métodos alternativos de resolução de conflitos, especialmente os autocompositivos (mediação e conciliação), por si só não possuem a força necessária para modificar a realidade da morosidade judiciária.

Assim sendo, por fim, o presente trabalho concluiu que não há dúvidas de que a morosidade enfrentada pelo Poder Judiciário coloca em risco o direito fundamental do cidadão de acessar à justiça e, inclusive, a resolução justa do conflito. Inclusive, verificou-se que, neste mesmo cenário, os conflitantes buscam incessantemente a via judicial para resolução da controvérsia, tratando-se da “cultura do litígio”. Ocorre que o próprio Judiciário não estimula e/ou incentiva a utilização das técnicas autocompositivas – mediação e conciliação – e heterocompositivas – arbitragem –, o que favorece a morosidade judiciária e a “cultura do litígio”.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. 2. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2005*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 jul. 2023.

CANOVA, Juliana Araújo de Mello; ABREU, Pedro Manoel. Os métodos alternativos de resolução de conflitos como instrumentos para a efetivação do acesso à justiça. *Revista da ESMESC*, Santa Catarina, v. 28, n. 34, p. 95-115, 2021.

Disponível em: <https://doi.org/10.14295/revistadaesmesec.v28i34.p95>. Acesso em: 11 jul. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à lei 9.307/96. 3.ed. Atlas: São Paulo, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução 125 de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 15 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números 2022*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 11 jul. 2023.

COSTA, Mariana Pena Costa e; MENEZES, Adriana Alves Quintino. A mediação e a conciliação enquanto políticas públicas de acesso à justiça e a pacificação social. *Revista Jurídica Direito & Realidade*, FUCAMP, Monte Carmelo, v. 7, n. 9, p. 87-109, 2019. Disponível em: <https://revistas.fucamp.edu.br/index.php/direito-realidade/article/view/1767>. Acesso em: 11 jul. 2023.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Justiça Multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. *Revista Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo - Annep de Direito Processual*, Salvador, v. 1, n. 1, p. 140-162, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://revistaannep.com.br/index.php/radp/article/view/33/pdf>. Acesso em: 23 dez. 2022.

DAMASCENO, Marina; MACEDO, Elaine Harzheim. Sistema de Justiça Multiportas e o Processo de Execução: uma análise a partir dos meios autocompositivos. In: DAMASCENO, Marina; MACEDO, Elaine Harzheim. (orgs.). *Sistema Multiportas e Métodos Integrados de Resolução de Conflitos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2018. p. 105-122.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves; CARVALHO, José Murilo de; CARNEIRO, Leandro Piquet; GRYNSZPAN, Mario. *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 59-76.

GUERRERO, Luis Fernando. **Os Métodos de Solução de Conflitos e Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2015. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-970-0367-3/>. Acesso em: 11 jul. 2023.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de arbitragem e mediação: conciliação e negociação*. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620568/>. Acesso em: 12 jul. 2023.

LUZ, Eduardo Silva; SAPIO, Gabriele. Métodos alternativos de resolução de conflitos e a problemática do acesso à justiça em face da cultura do litígio. *Interfaces Científicas - Direito*, Aracajú, v. 6, n. 1, p. 9, out. 2017. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/4304/2393>. Acesso em: 12 jul. 2023.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de Conflitos: da teoria à prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação: técnicas e estágios*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017. *E-book*. Disponível em: <https://www.esserenelmondo.com/pt/direito-mediaCAo-tecnicas-e-estagios-ebook112.php>. Acesso em: 11 jul. 2023.

STANGHERLIN, Camila Silveira. *As políticas públicas brasileiras de tratamento adequado de conflitos e sua (in)adequação à quarta onda de acesso à justiça*. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2021.

O CONSENTIMENTO DO TRABALHADOR PARA O TRATAMENTO DE SEUS DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO TRABALHISTA

The worker's consent to the personal data processing
in the labor context

Diogo de Almeida Ferrari¹
Suzéte da Silva Reis²

INTRODUÇÃO

A legislação protetiva de dados pessoais, inserida no ordenamento jurídico pátrio de forma preponderante através da Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD) repercutiu nos mais diversos

- 1 Diogo de Almeida Ferrari; Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; Integrante do **Grupo de Pesquisas Relações de Trabalho na Contemporaneidade**, vinculado à Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; Endereço eletrônico: diogodealmeidaferrari@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0860646003961982>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0204-4854>.
- 2 Suzéte da Silva Reis; 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 Latu Sensu em diversas instituições de ensino superior. Coordenadora do **Grupo de Pesquisas Relações de Trabalho na Contemporaneidade**. Endereço eletrônico: sreis@unisc.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0526411653933592>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8820-6385>.

âmbitos de atividades econômicas, não tendo sido diferente no ambiente laboral. Ao mesmo passo que objetivou conferir maior proteção ao titular quanto ao tratamento de seus dados pessoais, a legislação acabou por ser omissa em diversos pontos.

Quando falamos em dados pessoais no ambiente laboral, é necessário lembrarmos que este o trabalhador/empregado é a parte hipossuficiente e vulnerável na relação de trabalho frente ao empregador/tomador de serviços, tendo em vista que esse último, através de seu poder diretivo, mantém o primeiro em verdadeira subordinação jurídica.

Assim, em que pese existir a possibilidade de o titular consentir (ou não) com o tratamento de seus dados pessoais, essa, no ambiente de trabalho, nem sempre é livre e consciente.

Diante das considerações acima, questiona-se: qual a efetividade do consentimento enquanto base legal para tratamento de dados pessoais no ambiente de trabalho? Como objetivo geral, pretende-se analisar a aplicabilidade da base legal do consentimento quando do tratamento de dados pessoais do trabalhador, em razão da vulnerabilidade frente ao seu tomador de serviços. Para tanto, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

DESENVOLVIMENTO

De forma inicial, é necessário primeiramente entender o que são dados pessoais. Conforme a letra da Lei Geral de Proteção de Dados, dados pessoais são a “informação relacionada a pessoa identificada ou identificável” (BRASIL, 2018, https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm).

Em outras palavras, podemos afirmar que dados pessoais nada mais são do que qualquer informação que possa levar a identificação do seu titular e, em razão disso, há de se despendar uma atenção especial a esses.

Não à toa, o legislador inseriu, por meio da Emenda Constitucional nº 115, de 2022, no rol do artigo 5º da Constituição Federal, a proteção dos dados pessoais, independente do meio em que se encontram ser físico ou digital, como direito e garantia fundamental inerentes à pessoa humana (BRASIL, 1998).

Partindo dessa breve conceituação sobre dados pessoais, adentramos de forma direta na base legal do consentimento. De acordo com a Lei nº 11.379/2018, o consentimento é a “manifestação livre, informada

e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (BRASIL, 2018, https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm).

De início, há de se destacar, todavia, que o termo “livre” trazido pela legislação protetiva parte do pressuposto de que há uma igualdade material entre as partes, o que não se encontra presente quando falamos em relação de trabalho, em razão da subordinação a qual o empregado encontra-se submetido (RODRIGUES, 2021).

Na mesma linha, frisa-se que, tanto a legislação brasileira quanto a europeia mormente tratam o consentimento do titular como um dos alicerces no tocante à proteção de dados, partindo do pressuposto de que esse é um dos requisitos para o tratamento dos dados pessoais do titular, quando o tratamento não puder ser enquadrado em outra base legal (BARZOTTO; CUNHA, 2020).

À luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da privacidade, o consentimento seria a base legal que maior garante segurança ao titular quanto aos seus dados pessoais, tendo em vista que esses estão ligados diretamente a sua intimidade.

Conforme Sanden (2014), o consentimento é a base legal que se encontra diretamente ligada ao princípio da autodeterminação informativa, haja vista que para autorizar o tratamento de seus dados pessoais através do consentimento é necessário que o titular tenha consciência plena para consentir.

No mesmo sentido é o entendimento de Ruaro (2020), ao passo que afirma que, partindo da General Data Protection Regulation (GDPR), para ter validade, o consentimento precisa ser exprimido por meio de uma declaração ou ação afirmativa. Ademais, em casos de silêncio ou omissão, deve ser compreendido como recusa, e nunca aceite.

Para Castro (2019), ao realizar-se o tratamento de dados pessoais sem a autorização ou consentimento do titular, haveria a violação do direito à vida privada e a intimidade, os quais são assegurados pela Carta Magna de 1988. Todavia, tal entendimento não é o majoritário, razão pela qual houve a criação de demais bases legais.

Destaca-se que, em que pese haver diversas bases legais para o tratamento dos dados pessoais, se formos analisar estas a fundo, a que garante maior privacidade ao titular é, sem sombra de dúvidas, o consentimento.

Todavia, quando falamos em ambiente laboral, é necessário trazer à tona a questão da vulnerabilidade a qual o trabalhador se encontra submetido, bem como a sua posição de hipossuficiente frente ao empregador, o que repercute em todos os aspectos da relação de trabalho, não sendo diferente no que concerne ao consentimento.

Como sabe-se, através do poder diretivo que é conferido ao empregador/tomador de serviços, este coloca o trabalhador/prestador de serviços em uma posição de vulnerabilidade, hipossuficiência.

De acordo com Cassar (2016), desde o início do pacto laboral o trabalhador encontra-se em um cenário desigual perante o tomador de serviços, o que demonstra desde já um dos motivos da hipossuficiência.

Conforme lecionam Leal e Maia (2019), há três principais formas de hipossuficiência: econômica, de teor técnico e negocial. A primeira reside basicamente no fato de que o trabalhador presta seus serviços e, como forma de contraprestação, é remunerado por este.

A segunda forma de hipossuficiência, por sua vez, se trata de teor técnico. Para Leal e Maia (2019, https://www.researchgate.net/publication/340865587_A_FUNCAO_SOCIAL_DA_EMPRESA_COMO_FORMA_DE_PROTECAO_AO_EMPREGADO/link/5ea18f9292851c87d1ad76ea/download):

Esse tipo de hipossuficiência advém do fato de o empregado não possuir muitos conhecimentos específicos acerca de seu contrato de trabalho e nem de seus direitos. Assim, em determinadas situações, os empregados podem deixar de receber determinado benefício, simplesmente pela falta de conhecimento.

Em outras palavras, pode-se dizer que a hipossuficiência de teor técnico se trata da capacidade intelectual do titular em conhecer e entender os termos de seu contrato de trabalho, ou seja, seus direitos, deveres e garantias.

Por fim, a terceira e última forma de hipossuficiência é a negocial, que mantém relação direta com a anterior. Em resumo, pode-se afirmar que diz respeito à capacidade do prestador de serviços em negociar os termos do seu contrato de trabalho e não simplesmente firmar um verdadeiro contrato de adesão.

Pois bem. Em razão das variadas formas de hipossuficiência, verifica-se de plano a dificuldade em utilizar-se da base legal do consentimento no ambiente de trabalho.

Em que pese haver tal previsão legal para ser utilizado o consentimento em caso de dúvidas ou impossibilidade de enquadrar o tratamento em outra base legal, tal base deve ser utilizada com extrema cautela no âmbito laboral.

Conforme previsto na legislação, o consentimento deverá ser dado sem nenhum vício, devendo ser livre e inequívoco. Assim, teoricamente, o trabalhador enquanto titular de seus dados pessoais pode não consentir ou mesmo revogar o consentimento dado anteriormente a qualquer momento, sem necessidade de qualquer motivação ou justificativa. Todavia, no mundo real, não é o que, em regra, ocorre.

Ainda em 1990 essa problemática envolvendo o consentimento no âmbito laboral foi alvo de discussão pela Organização Mundial do Trabalho (OIT), sendo uma preocupação da Organização que o trabalhador, enquanto titular de dados pessoais, fosse a figura ativa no processo do consentimento (BARZOTTO; CUNHA, 2020).

Assim, em razão da posição de vulnerabilidade que o trabalhador se encontra, é notório que este pode sofrer represálias ao se recusar consentir ou mesmo revogar o consentimento para o tratamento de seus dados pessoais.

Ademais, mesmo que se considere válido e necessário a coleta e tratamento de dados pessoais pelo empregador/tomador de serviços, este deve observar os estritos limites do contrato de trabalho. Não se justifica a coleta pura e simplesmente por coletar, sendo necessário observar os princípios da legislação protetiva, em especial os princípios da necessidade, finalidade e adequação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a legislação de proteção de dados não trazer previsão específica e direta para o tratamento de dados no âmbito laboral esta deve ser integralmente aplicada no cenário.

De imediato, em resposta ao problema de pesquisa proposto, conclui-se inicialmente que não há dúvidas de que o trabalhador é a parte mais fraca da relação de trabalho, o que coloca em xeque a efetividade do consentimento no âmbito laboral.

Ademais, o fato de que o trabalhador se encontra subordinado ao seu empregador já demonstra que há uma maior dificuldade de o primeiro se recusar a consentir ou mesmo acatar as ordens de seu su-

perior. Neste sentido, a base legal do consentimento no âmbito laboral deve ser utilizada com extrema cautela.

Ressalta-se que, no Brasil, atualmente, os dados pessoais são considerados como direito e garantia fundamental do titular, sendo por certo uma obrigação do Estado e da sociedade dar efetividade a tal, dispensando os cuidados necessários a manutenção desses.

Frente a isso, justifica-se a necessidade da coleta do consentimento do titular em algumas situações pois, na ausência de previsão legal expressa ou em caso de dúvida quanto ao seu enquadramento em uma das bases legais, deve-se dar prioridade e preferência à vontade do titular, o qual deve expressar essa de forma inequívoca através do consentimento.

De toda forma, há de ser verificado no caso concreto se tal consentimento foi dado manifestamente de forma livre e inequívoca. Ao realizar o tratamento de dados pessoais com base em um consentimento viciado, estar-se-ia violando os preceitos fundamentais positivados na Carta Magna.

Por fim, necessário destacar que, a divulgação, tratamento ou mesmo a ocorrência de um incidente de segurança com dados pessoais aos quais o titular não consentiu seu tratamento e não foram enquadrados em outra base legal podem levar a situações drásticas ou até mesmo desconhecidas.

REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luciane Cardoso; CUNHA, Leonardo Stocker Pereira da. Proteção de dados pessoais e consentimento do empregado: jurisprudência trabalhista e a lei geral de proteção de dados (LGPD). Dorneles, Leandro do Amaral D. de; Barzotto, Luciane Cardoso (org.). **Inovações e trabalho: o direito do trabalho em tempos de mudança**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2020. p. 243-259. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/234784/001136904.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 jun. 2023.

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: 25 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 30 jun. 2023.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CASTRO, Bárbara Brito de. Direito Digital na era da internet das coisas: o direito à privacidade e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista Fórum de Direito na Economia Digital**, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 79-98, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/direito-digital-na-era-da-internet-das-coisas-o-direito-a-privacidade-e-o-sancionamento-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais/>. Acesso em: 25 jun. 2023.

LEAL, Leonardo José Peixoto; MAIA, Chintia Moneses. A função social da empresa como forma de proteção ao empregado. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 01, n. 54, p.193-212, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/340865587_A_FUNCAO_SOCIAL_DA_EMPRESA_COMO_FORMA_DE_PROTECAO_AO_EMPREGADO. Acesso em: 02 jul. 2023.

RODRIGUES, Laura Secfém. LGPD: consentimento nas relações trabalhistas. **Conjur**, [s. l.], 28 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-28/rodrigues-lgpd-consentimento-relacoes-trabalhistas>. Acesso em: 10 jul. 2023.

RUARO, Regina Linden. Algumas reflexões em torno do RGPD, em especial quanto ao consentimento, com alusões à LGPD (um exercício interpretativo). **Direitos Fundamentais e Justiça**, Belo Horizonte, v. 14, n. 42, p. 219-249, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/760>. Acesso em: 10 jul. 2023.

SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. **A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro:** um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao empregado. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-05082013-165006/en.php>. Acesso em: 11 jul. 2023.

O INSTRUMENTO DO *RETROFIT* E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A GARANTIA DO DIREITO À HABITAÇÃO

The Instrument Of *Retrofit* And Its Contribution To The Guarantee Of The Right To Housing

Arthur Votto Cruz¹

Guilherme Pagel²

Ricardo Hermany³

INTRODUÇÃO

Esta investigação tem como objetivo compreender a interação entre a modernização ou reabilitação de edifícios, conhecida como *retrofit*, e as estratégias governamentais relacionadas à moradia no Brasil, concentrando-se no aproveitamento de imóveis recuperados para fins habitacionais populares. O Brasil enfrenta uma séria carência de mo-

1 Mestre em Direito e Justiça Social pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG (2021); doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogado Trabalhista e Previdenciário.

2 Pós-Graduado em Direito Processual Civil, Trabalhista e Previdenciário pela Faculdade Futura. Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogado Cível e Previdenciário.

3 Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003); Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011); Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação

radias e possui uma grande quantidade de propriedades que não cumprem sua função social.

O problema central desta pesquisa é: de que forma a aplicação do *retrofit* em edifícios antigos e negligenciados em relação à sua função social pode contribuir para as políticas de habitação social e para garantir o direito à moradia? A hipótese é a de que o *retrofit* pode diminuir o déficit habitacional ao revitalizar imóveis abandonados e disponibilizá-los para programas de habitação social. O estudo aborda as origens da crise urbana no Brasil, como o modelo histórico de urbanismo e a especulação imobiliária. Em seguida, é apresentado o conceito de *retrofit*, incluindo exemplos de projetos habitacionais tanto públicos como privados que adotam essa abordagem. Por fim, são exploradas as relações entre o *retrofit* e as políticas governamentais de habitação social, discutindo-se a viabilidade de utilizar essas propriedades em programas de aluguel social, visando a redução do déficit habitacional em todo o país.

DESENVOLVIMENTO

1. A escassez de moradias no Brasil e as medidas governamentais para enfrentá-la: perpetuando uma dinâmica de crise

Na primeira etapa da pesquisa, serão explorados os caminhos que conduziram à crise urbana atual no Brasil, apresentando as razões subjacentes à geração e perpetuação do déficit habitacional, bem como as dinâmicas históricas, sociais, econômicas e políticas que contribuíram para a falta de moradias e a existência de imóveis abandonados ou em desacordo com sua função social. Elementos como o padrão histórico de urbanismo no Brasil, os processos de escravidão, migração do campo para a cidade, industrialização e a atual especulação imobiliária e financeirização da questão habitacional serão identificados como determinantes do estado de crise urbana e déficit habitacional presentes no país.

2. A utilização do *retrofit* em propriedades públicas como uma alternativa: conceito e aplicação no contexto brasileiro.

Na segunda parte da pesquisa, será apresentada uma definição abrangente do conceito de *retrofit*, seguida de uma análise de sua aplica-

ção no contexto brasileiro. Serão abordados diversos aspectos, incluindo o uso do *retrofit* como uma estratégia para a recuperação de imóveis visando sua reintegração ao mercado imobiliário privado, assim como sua implementação em políticas e projetos habitacionais, com exemplos ilustrativos. Casos como o projeto Reviver Centro, realizado pela Prefeitura do Rio de Janeiro - RJ, o Yuca, o Fica e a Ocupação Canto da Conexão em Pelotas - RS, juntamente com os Edifícios Concórdia e Palacete dos Artistas em São Paulo - SP, serão destacados como exemplos do uso do *retrofit* em projetos habitacionais tanto públicos (governamentais e de entidades do setor público) como privados.

3. Explorando novas abordagens em contraposição às políticas habitacionais tradicionais: o *retrofit* combinado com o aluguel social como uma estratégia para assegurar o direito à moradia.

A última seção do trabalho abordará as conexões entre o *retrofit* e as políticas públicas de habitação social, estabelecendo uma relação entre ambas e identificando as interseções entre a ferramenta de recuperação de imóveis antigos e a necessidade de ampliar o estoque de habitação pública no Brasil. Será enfatizado o potencial dessa abordagem para disponibilizar imóveis utilizáveis como moradias de interesse social aos órgãos governamentais locais. Além disso, serão exploradas as possibilidades de utilizar essas propriedades recuperadas em políticas públicas de aluguel social, destacando como podem contribuir para enfrentar a crise urbana no Brasil e reduzir o déficit habitacional observado em cidades de todos os portes e regiões do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo investigou a utilização do *retrofit* como uma ferramenta arquitetônica em políticas públicas de habitação social, com foco na sua relação com o aluguel social como forma de garantir o direito à moradia para pessoas em situação de déficit habitacional. Diante da crise do urbanismo brasileiro e do crescente déficit habitacional que afeta milhões de pessoas no país, o problema de pesquisa abordou como o *retrofit* pode contribuir para políticas de habitação social e garantia do direito à moradia. A hipótese levantada foi de que o processo de *re-*

etrofit pode ser benéfico para enfrentar o déficit habitacional e garantir moradias dignas.

Ao recuperar imóveis abandonados e em desacordo com sua função social, o *etrofit* permite seu uso em programas e políticas de habitação social, ampliando o estoque público de moradias. Essa hipótese foi confirmada por meio de uma argumentação construída ao longo do trabalho, que incluiu a discussão da crise urbana brasileira, suas causas históricas, sociais, econômicas e políticas, e a análise do papel do *etrofit* como ferramenta de recuperação de imóveis.

Foram apresentados exemplos de como o *etrofit* pode reabilitar imóveis de importância histórica e localizados em áreas centrais, tornando-os disponíveis para uso habitacional. Na última seção do estudo, foi explorada a relação entre o *etrofit* e as políticas públicas de habitação social, destacando o potencial dessa abordagem para aumentar o estoque de moradias públicas no Brasil. Também foi discutida a possibilidade de utilizar essas propriedades reabilitadas em programas de aluguel social, visando combater a crise urbana e reduzir o déficit habitacional em todas as regiões do país, confirmando a hipótese apresentada.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA PÚBLICA. *Milhares de imóveis da União estão vagos para uso*. Disponível em: <https://apublica.org/2018/06/milhares-de-imoveis-da-uniao-estao-vagos-para-uso/#Link1>. Acesso em 20 Abr. 2023.

BRASIL. *Estatuto da cidade*: Guia para implementação pelos municípios e cidadãos: Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana. – 2. ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002. 273 p. Disponível em: <http://www.urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/estatutocidade2002.pdf>. Acesso em 06 Mai. 2023.

CNN BRASIL. Governo prepara “Minha Casa *Retrofit*” para o segundo semestre. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/governo-prepara-minha-casa-retrofit-para-o-segundo-semester/>. Acesso em 20 Mai. 2023.

COHAB – SP. *Palacete dos Artistas é empreendimento do programa de Locação Social gerido pela Cohab-SP*. Disponível em: <http://www.cohab.sp.gov.br/Noticia.aspx?Id=3593>. Acesso em 07 Mai. 2023.

CRUZ, Arthur Votto. *A cidade como direito fundamental: pressupostos jurídicos para o reconhecimento do Direito à Cidade como norma de direito fundamental*. São Paulo: Editora Dialética, 2021.

EBERT, Cristiane et al. *Reciclagem de edifícios urbanos para habitação de interesse social no município de Cruz Alta: a análise do edifício do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. XXII Seminário Interinstitucional de Ensino, Pesquisa e Extensão – Redes e Território*. 2017.

ENGELS, Friedrich. *Sobre a questão da moradia*. São Paulo: Boitempo, 2015.

FERNANDES, Karina Macedo; BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Ocupar e resistir! A luta pela moradia e o Direito à Cidade no contexto da cidade da capital Porto Alegre*. In Bello, Enzo et KELLER, Rene José (Org.). *Curso de Direito à Cidade: teoria e prática*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2018.

FICA. *Como atuamos*. Disponível em: <https://fundofica.org/como-atuamos/>. Acesso em 15 Mai. 2023.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Déficit habitacional e inadequação de moradias no Brasil: Principais resultados para o período de 2016 a 2019*. 2020. Disponível em: <<http://fjp.mg.gov.br/deficit-habitacional-no-brasil/>>. Acesso em: 20 abr2022.

HARVEY, David. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

MARICATO, Ermínia. *O impasse da política urbana no Brasil*. Petrópolis, Editora Vozes, 2011.

_____. *Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana*. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26 ed., Atualizada, São Paulo, Malheiros, 2001.

MUKAI, Toshio. *Direito e legislação urbanística no Brasil: (história-teoria-prática)*. São Paulo: Saraiva, 1988.

PREFEITURA DE PELOTAS. *Prefeita visita Kilombo Urbano Canto de Conexão*. Disponível em: <https://www.pelotas.com.br/noticia/prefeita-visita-kilombo-urbano-canto-de-conexao>. Acesso em 10 Mai. 2023.

PREFEITURA DO RIO DE JANEIRO. *Prefeitura lança Reviver Centro, plano para atrair novos moradores e estimular a recuperação urbanística, social e econômica da região*. Disponível em: <https://prefeitura.rio/cidade/prefeitura-lanca-reviver-centro-plano-para-atrair-novos-moradores-e-estimular-a-recuperao-urbanistica-social-e-economica-da-regiao/>. Acesso em 05 Mai. 2023.

PREFEITURA DE SÃO PAULO. *Prefeitura de São Paulo aprova 1º projeto de retrofit do Programa Requalifica Centro*. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/licenciamento/noticias/index.php?p=343506>. Acesso em 05 Mai. 2023.

RIO DE JANEIRO. *Decreto Rio nº 51134 de 12 de Julho de 2022*. Disponível em: <https://reviver-centro-pcrj.hub.arcgis.com/documents/PCRJ::decreto-rio-n%C2%BA-51-134-regulamenta%C3%A7%C3%A3o-do-programa-de-moradia-do-reviver-centro/explore>. Acesso em 07 Mai. 2023.

ROLNIK, Raquel. *Guerra dos Lugares*. São Paulo: Boitempo, 2019.

SANCHES, Débora; ALVIN, Angélica Benatti. *Inventário da habitação social pública na área central de São Paulo (1990-2012)*. Arquitextos, São Paulo, Vitruvius, ano 16, n. 192.08, jun. 2016. Disponível em: <http://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/16.192/6071>. Acesso em 04 Mai. 2023.

SARTORI, Thais Gonçalves. *Medidas De Retrofit Em Edifícios Típicos Existentes De Um Bairro: Desempenho E Avaliação Do Ciclo De Vida Energético*. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro Tecnológico, 2018.

SILVA, Roberto Toffoli Simões. *Preservação e Sustentabilidade: Restauros e Retrofits*. São Paulo, 2013.

YUCA. *Olá, Somos Yuca*. Disponível em: <https://www.yuca.live/sobre>. Acesso em 15 Mai. 2023.

O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ERA DIGITAL NO DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA INOVAÇÃO SUSTENTÁVEL: CONTRIBUIÇÕES PARA O OBJETIVO 16 DA AGENDA 2030 DA ONU¹

The Role Of Public Administration In The Digital Age In The Development Of Public Policies For Sustainable Innovation: Contributions To Goal 16 Of The Un 2030 Agenda

Karol Elis Kellermann Rohde²

Caroline Müller Bitencourt³

-
- 1 Este trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Controle social e administrativo de políticas públicas e serviço público”, vinculado ao PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.
 - 2 Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD-UNISC), Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II. Pós-graduanda em Direito e Processo Civil e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Advogada. Integrante do Grupo de Pesquisa “Controle social e administrativo de políticas públicas e serviço público”, coordenado pela Profa. Dra. Caroline Müller Bitencourt. E-mail: karolkrohde@gmail.com.
 - 3 Professora do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Estágio Pós-Doutoral em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e Mestra em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Público. Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Membro da Rede de Direito Administrativo Social. Presidente do Comitê de Direitos Humanos da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do Grupo de pesquisa “Controle social e administrativo de políticas públicas e serviço público”, vinculado ao CNPq e ao PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Subchefe do Departamento de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul -UNISC. Advogada. E-mail: carolinemb@unisc.br.

INTRODUÇÃO

A incorporação da tecnologia e a migração para o digital pela sociedade ocorre em velocidade exponencial, tornando-se imprescindível que o Governo e a Administração Pública acompanhem tal fluxo. A necessidade de adaptação é inerente à evolução e às inovações e, a fim de que o Governo embarque na era digital e não fique dissociado da sociedade e da esfera global, a sua reestruturação é imperiosa.

Paralelamente, tem-se, em esfera global, cada vez maior preocupação com a sustentabilidade, no seu mais amplo conceito, tendo sido pautados na denominada Agenda 2030 da ONU, e, assim, buscados pelos países que a ela se submetem, objetivos para o desenvolvimento sustentável, dentre os quais, o 16, de promover sociedades pacíficas e inclusivas, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas.

Nesse contexto, o tema do presente trabalho, que, na forma de resumo expandido, abordará aspectos da pesquisa e que também incorporarão a dissertação da autora, compreende Administração Pública digital, políticas públicas e inovação sustentável, sendo o objetivo geral analisar o papel da Administração Pública, na era digital, na promoção da inovação sustentável e apontar se há uma política pública nesse sentido que contribua para a concretização do objetivo de promover instituições eficazes, conforme a ODS 16 da Agenda 2030.

Assim, parte-se do problema: qual o papel da Administração Pública no desenvolvimento da inovação sustentável e há nesse sentido política pública e boas experiências desenhadas pelo Estado brasileiro que contribuam para a concretização de instituições eficazes, objetivo 16 da Agenda 2030?, trabalhando-se, nessa linha, com hipótese ligada à (in)existência de política pública e, especialmente, boas experiências no âmbito do Estado brasileiro que contribuam para o alcance do objetivo 16 da Agenda 2030 da ONU no que compreende a concretização de instituições eficazes.

O desenvolvimento da pesquisa será estruturado com base no método hipotético-dedutivo, partindo-se da abordagem de pontos e conceitos considerados fundamentais para o desenvolvimento do tema para, posteriormente, analisar-se experiências no contexto brasileiro, falseando, neste ponto a hipótese. Para tanto, adotar-se-á uma pesquisa doutrinária e exploratória, utilizando-se livros, periódicos, revistas, portais eletrônicos do Governo Federal, leis, decretos e regulamentos.

Por fim, sublinha-se que o trabalho se apresenta ligado às principais pautas da atualidade e é diretamente vinculado ao atual projeto de pesquisa da Professora orientadora Caroline Müller Bitencourt - Administração pública digital no Brasil no século XXI: possibilidades inovadoras, desafios de um regime jurídico adequado e contribuições às políticas públicas - e do Grupo por ela coordenado - Controle social e administrativo de políticas públicas e serviço público - junto ao PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

DESENVOLVIMENTO

O processo evolutivo da tecnologia se acentuou e vive-se, especialmente a partir do advento da internet, uma nova era. No contexto da Quarta Revolução Industrial, as Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) trouxeram modificações na vida cotidiana e consequentemente nas relações entre a sociedade, a iniciativa privada e os governos, apresentando novas formas de relacionamento nas diferentes esferas.

A incorporação das tecnologias e a migração para o digital pela sociedade – e também pelo setor privado – se dá em velocidade exponencial, tornando-se imprescindível que o Governo e a Administração Pública acompanhem tal fluxo, evitando que se crie um abismo entre cidadão e Estado. O papel deste nesse contexto é essencial e ampliado, tanto em relação à necessidade de adaptação ao novo cenário e atualização das diretrizes e funcionamento governamental, quanto à regulação, controle e fiscalização (FALEIROS JÚNIOR, 2020).

A necessidade de adaptação é inerente à evolução e às inovações e cabe à Administração Pública reestruturar-se, com celeridade, a fim de acompanhar a movimentação e evolução da sociedade e mercado em esfera interna e global. Atualmente, ou os governos se tornam plataformas tecnológicas ou deixarão de ser governo, uma vez que a não incorporação das tecnologias os torna obsoletos e estes perdem a capacidade de governar (BITENCOURT; TAVARES, 2022).

A estruturação da Administração Pública Digital no Brasil teve início a partir de 2000, sendo utilizados inicialmente os termos “governo eletrônico” e administração pública eletrônica, que essencialmente tinham por fim incorporar o uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) para democratizar o acesso à informação.

A partir da exploração dessas tecnologias para além dos procedimentos internos e da simples ideia de digitalização dos serviços e redução da burocracia, contudo, tal nomenclatura, foi substituída pelo “digital”, conceito mais amplo, e que carrega a ideia de (re)estruturação estatal (BITENCOURT; TAVARES, 2022).

O Governo Digital é caracterizado por dois eixos, as novas tecnologias e a nova mentalidade que ele traz. *Big data*, Internet das Coisas (IoT), inteligência artificial (IA), *blockchain* são algumas das tecnologias disruptivas que impactam a sociedade e passam ou passarão a atingir a organização e estrutura estatal, remodelando os modelos e procedimentos tradicionais, mesmo os já eletrônicos.

Nesse cenário, origina-se a ideia de transformação digital, sendo as Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) elemento central da transformação do setor público, base para maior acessibilidade e eficiência na oferta dos serviços públicos à sociedade, aproximando-a do governo e ampliando a participação social dos cidadãos. Há uma mudança de paradigma e valores (VIANA, 2021).

A Lei do Governo Digital, Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021, se apresenta como marco na transição para o digital no Brasil, firmando princípios, regras e instrumentos para o governo e a governança digital e para o aumento da eficiência pública, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão, alterando e vinculando Legislações anteriores (BRASIL, 2021).

Dentre os princípios e diretrizes da Lei destacam-se a desburocratização, a modernização, o fortalecimento e a simplificação da relação do poder público com a sociedade, assim como o objetivo de maior transparência governamental.

A Estratégia de Governo Digital foi iniciada em 2016, sendo sua primeira versão projetada para o período 2016-2019, atualizada por decreto para o período 2020-2022, e é formulada e renovada para nortear as ações da Administração Pública, a fim de que seus órgãos e agentes direcionem os seus recursos, equipes e esforços para atingir os objetivos nela previstos. Além dos Decretos que as instituíram, outras legislações como a Lei Geral de Proteção de Dados e a Lei de Acesso à Informação também foram contribuintes importantes para a Lei do Governo Digital e para a evolução dos regramentos e caminho em direção a instituições eficazes, responsáveis e inclusivas (BITENCOURT; TAVARES, 2022).

O Estado não deve ser – e nem ser visto como - mero prestador de serviços públicos, mas como parte central do processo democrático. Informações mais rápidas, maior transparência e, principalmente, procedimentos mais interativos significam mais democracia a partir da governança, mais espaço para a sociedade e o exercício da cidadania (FALEIROS JÚNIOR, 2020).

São destacados dois eixos de adaptação da Administração Pública ao novo cenário tecnológico: inicialmente, um processo interno, com a incorporação de instrumentos da Tecnologia da Informação e Comunicação para exercício da administração, criando um novo modelo de gestão voltado à eficiência e inovação, por intermédio da tecnologia; e, o segundo, externo, estendendo essas tecnologias à sociedade, por meio da implementação de políticas públicas de inclusão digital, sendo que ambos devem ser implementados simultaneamente (VALLE; CABRAL, 2022).

A inteligência artificial tem ganhado espaço também na esfera pública, robôs vêm sendo progressivamente introduzidos no trabalho dos Tribunais para análise de dados, contas, contratações, processos e procedimentos administrativos e judiciais e auxílio na elaboração de pareceres e decisões, na pretensão de economia de tempo e de recursos humanos através de maior eficiência na análise dos dados (VALLE; GALLO, 2020).

A inteligência artificial, como exemplo de inovação e das novas tecnologias, pode ser observada como forma de colaboração e governança, sendo necessário, contudo, ponderações sobre sua incorporação. O sistema algorítmico não opera sozinho, depende de codificação/programação oriunda da inteligência humana, e apresenta também, a depender do modelo, características de intencionalidade e adaptabilidade, inaugurando-se novas reflexões e riscos sobre a sua utilização e as consequências desta, benéficas e eventualmente não benéficas (BITENCOURT; TAVARES, 2022; VALLE; GALLO, 2020).

Nesse contexto, inauguram-se também discussões acerca da regulação de tais tecnologias e seu uso, sendo esse um difícil trabalho, pois, “ao mesmo tempo, tão necessário quanto coibir usos indevidos da inteligência artificial é não restringir as inovações disruptivas e seu potencial transformador, significativamente” (VALLE; GALLO, 2020, p. 77).

A nova era da Administração Pública Digital juntamente com o objetivo global, incorporado internamente, de desenvolvimento e inovação sustentável, como observado, aproxima sociedade e governo

e favorece o exercício da cidadania ao ampliar o acesso dos cidadãos a serviços públicos de forma eficiente e rápida e à própria administração pública, o que caminha para a concretização de instituições eficazes e inclusivas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como indicado, no presente resumo expandido são trazidos apontamentos gerais sobre a pesquisa realizada no âmbito do Grupo de Pesquisa a que se vincula a autora e especialmente sobre o tema de sua dissertação, estando a pesquisa em fase inicial e ausentes, assim, por ora, resultados conclusivos.

Parte-se, porém, da ideia de que a Administração Pública possui papel central na promoção da inovação e desenvolvimento sustentável, estando estes dois estritamente ligados, havendo ainda longo caminho na criação e execução de políticas públicas a fim de alcançar a concretização do objetivo de promover instituições eficazes, objetivo 16 da Agenda 2030.

Pontua-se que o trabalho será subdividido em três capítulos. No primeiro, será abordado o papel da Administração Pública na inovação sustentável no contexto da sociedade da informação, englobando as transformações e desafios do Estado na era digital, apontamentos sobre a inovação e protagonismo estatal e as múltiplas dimensões da sustentabilidade.

O segundo é destinado à compreensão do papel das políticas públicas no compromisso com o desenvolvimento sustentável, como forma de organização do Estado brasileiro para o atingimento do compromisso assumido com a agenda 2030, e, por fim, no terceiro, serão analisadas experiências, no contexto da Administração Pública digital no Brasil, que têm contribuído para o objetivo 16 da ODS, especialmente no que se refere à construção de instituições eficazes e inclusivas.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Caroline Müller; TAVARES, André Afonso. A Lei do Governo Digital e os laboratórios de inovação: inteligência artificial, ciência de dados e *big open data* como ferramentas de apoio à auditoria social e controle social. In: CANO, Carlos I. Aymerich; LEAL, Rogério Gesta; SILVEIRA, Alessandra A.

S. (org.). *E-book do VI Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas*. 1. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2022. p. 147-178. v. I. E-book. Disponível em: https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/livros/2022/VI_Seminrio_Internacional_Hispano-Luso-Brasileiro.pdf. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. *Lei 14.129, de 29 de março 2021*. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14129.htm#art55. Acesso em: 27 abr. 2023.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. *Administração Pública digital: proposições para o aperfeiçoamento do Regime Jurídico Administrativo na sociedade da informação*. São Paulo: Editora Foco, 2020.

ONU. *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Nações Unidas Brasil. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 27 jun. 2023.

VALLE, Vanice Lírio do. Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 20, n. 81, p. 179-200, 2020. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1346/863>. Acesso em: 30 abr. 2023)

VALLE, Vivian Cristina Lima López; GALLO, William Ivan. Inteligência artificial e capacidades regulatórias do Estado no ambiente da administração pública digital. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 67-86, out./dez. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v20i82.1396>. Disponível em: [http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/1396](http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/1396). Acesso em: 23 abr. 2023.

VALLE, Vivian Lima López; CABRAL, Rodrigo Maciel. Administração pública digital e a implementação dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

VIANA, Ana Cristina Aguilar. Transformação digital na administração pública: do governo eletrônico ao governo digital. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 8, n. 1, p. 115-136, ene./jun. 2021.

OS DESAFIOS DE UMA ECONOMIA PRIMARIZADA – A AGREGAÇÃO DE VALOR AOS COMMODITIES BRASILEIROS EM CUMPRIMENTO À META 9.B DO ODS Nº 9

The challenges of a primarized economy – adding value to Brazilian commodities in compliance with Target 9.b of SDG N. 9

Isabelli de Medeiros Uliana¹

Yduan de Oliveira May²

INTRODUÇÃO

O presente resumo é fruto do trabalho desenvolvido enquanto bolsista CNPq/PIBIC na modalidade iniciação científica (IC), sob a orientação do professor Dr. Yduan de Oliveira May. O propósito central da pesquisa desenvolvida pelo orientador consiste em verificar as iniciativas brasileiras orientadas para cumprimento do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 9, criado como parte da agenda 2030 da ONU para endereçar a necessidade de desenvolvimento industrial inclusivo e sustentável.

Dentre suas metas, destaca-se no presente a 9.b, específica para promover a inovação, transferência de tecnologia e cooperação internacional na indústria, com o objetivo de apoiar a construção de economias

1 Graduanda da 9ª fase do Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Pesquisadora no Grupo de pesquisas Direito e Sociedade Econômica (DISE/UNESC). Bolsista do CNPq/PIBIC na modalidade iniciação científica (IC). Endereço eletrônico belli.medeiros@gmail.com.

2 Doutor em Direito. Professor do PPGD/UNESC. Coordenador do DISE/UNESC. Endereço eletrônico yduan@unesc.net.

resilientes, diversificadas e inclusivas, e buscar aprimorar a capacidade de produção e inovação, além de fomentar o desenvolvimento de uma indústria globalmente sustentável.

Em especial, tratou-se acerca do cenário comercial brasileiro em confronto ao ambiente político e às políticas de fomento ao desenvolvimento tecnológico, pesquisa e inovação, que possibilitem a diversificação industrial e agregação de valor às commodities, produtos de origem agropecuária ou de extração mineral altamente comercializados pelo Brasil.

Além de revisão bibliográfica, a pesquisa caracterizou-se essencialmente pelo uso de dados qualitativos, com a análise de gráficos e informações disponibilizadas pelo sistema Comex Stat, e da metodologia dedutiva.

Ao final, concluiu-se que, apesar dos avanços existentes, ainda há muito a ser feito para que o Brasil agregue valor à sua produção e aumente suas receitas de exportação.

DESENVOLVIMENTO

1. A pauta comercial brasileira

“Brasil, o grande celeiro do mundo”. Trata-se de alcunha amplamente difundida pela ditadura Vargas que, por sua vez, traduz o protagonismo brasileiro na produção de recursos naturais conhecidos por commodities.

Mais do que sua grande extensão territorial, o país possui condições climáticas favoráveis à agroindústria, além de acomodar uma infinidade de riquezas naturais em suas reservas minerais.

Não por outro motivo é que tem ampla participação no mercado global de matérias-primas em estado bruto ou pequeno grau de industrialização, das quais destacam-se a soja, óleos brutos de petróleo ou minerais betuminosos, minérios de ferro e seus concentrados, carne bovina fresca, refrigerada ou concentrada e farelo de soja e derivados.

Soja	
Ranking das exportações totais	1º
Toneladas	74.615.392
Arrecadação (US\$ Milhões)	43.955,43
Preço (US\$ por kg)	0,6
Produção por UF	Mato Grosso (32%), Goiás (12,9%), Minas Gerais (7,27%), Paraná (6,62%) e São Paulo (6,58%)
Destino	China (67,9%), Espanha (4,23%), Tailândia (3,31%), Irã (2,99%) e Turquia (2,49%)

Óleos brutos de petróleo ou de minerais betuminosos, crus	
Ranking das exportações totais	2º
Toneladas	52.458.175
Arrecadação (US\$ Milhões)	33.385,51
Preço (US\$ por kg)	0,6
Produção por UF	Rio de Janeiro (82,4%), São Paulo (15,2%), Espírito Santos (2,42%) e Rio Grande do Sul (2,7%)
Destino	China (37%), Estados Unidos (13%), Espanha (9%), Chile (7,5%), Portugal (6,1%) e Países Baixos (5,6%)

Minérios de ferro e seus concentrados	
Ranking das exportações totais	3º
Toneladas	282.394.237
Arrecadação (US\$ Milhões)	24.887,64
Preço (US\$ por kg)	0,09
Produção por UF	Rio de Janeiro (82,4%), São Paulo (15,2%), Espírito Santos (2,42%) e Rio Grande do Sul (2,7%)

continua

Minérios de ferro e seus concentrados	
Destino	China (62%), Malásia (5,5%), Barein (4,5%), Japão (4,1%) e Omã (2,9%)
Carne bovina fresca, refrigerada ou congelada	
Ranking das exportações totais	4º
Toneladas	1.690.065
Arrecadação (US\$ Milhões)	10.274,47
Preço (US\$ por kg)	6,08
Produção por UF	São Paulo (23,6), Mato Grosso (23%), Goiás (12,2%), Minas Gerais (11%) e Mato Grosso do Sul (9,29%)
Destino	China (68%), Estados Unidos (3,3%), Egito (3,1%), Chile (3,1%), Filipinas (2,4%)
Farelo de soja e outros alimentos para animais (excluídos cereais não moídos), farinhas de carnes e outros animais	
Ranking das exportações totais	5º
Toneladas	18.247.765
Arrecadação (US\$ Milhões)	9.490,84
Preço (US\$ por kg)	0,5
Produção por UF	Mato Grosso (32,7%), Paraná (16,8%), Rio Grande do Sul (14,9%), Goiás (12,8%) e Bahia (5,93%)
Destino	Indonésia (14%), Tailândia (12%), Países Baixos (9,3%), Alemanha (9,2%) e Vietnã (8,5%)

Fonte: Elaboração dos autores com base nos dados da Comex Stat (2022)

Estima-se que o setor agrícola brasileiro alimenta cerca de oitocentos milhões de pessoas, de acordo com estudo realizado por membros da Secretaria de Inteligência e Relações Estratégicas da Embrapa (Sire). “O Brasil não só alimenta adequadamente sua população de

212,235 milhões de pessoas, mas também está se tornando um importante fornecedor de alimentos para o mundo [...]” (SIRE, 2021).

Referida atividade tem caráter tão fundamental à economia, que levantamento do Indicador de Comércio Exterior (Icomex) em parceria com o Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (FGV Ibre) revelou que as commodities representaram 69,7% do total dos produtos exportados entre janeiro e setembro de 2021.

No ano anterior, tais exportações equivaleram a 6,7% do produto interno bruto (PIB), segundo a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), tendo ampla participação na geração de empregos.

A dependência excessiva do país nessas atividades pode representar, no entanto, uma fraqueza estrutural na economia. Isto porque as commodities estão sujeitas a grandes flutuações de preços devido a mudanças na demanda global, incerteza política e desastres naturais. Estes fatores não apenas podem, como são responsáveis por variações nas receitas de exportação, prejudicando a estabilidade econômica.

Não obstante, a dificuldade em agregar valor e a falta de diversificação econômica também são problemáticas a serem elencadas quando o assunto é a primarização da pauta comercial. A exportação de commodities geralmente envolve a venda de produtos brutos, sem valor agregado e pouco diversificados, o que pode limitar a capacidade de um país de alcançar receitas mais elevadas e torná-lo, novamente, vulnerável a choques externos e internos. A diversificação econômica é importante para garantir resiliência e estabilidade a longo prazo.

Ademais, a extração e exportação de commodities pode ter impactos negativos na biodiversidade e no meio ambiente, especialmente quando as práticas são insustentáveis, prejudicando, inclusive, a imagem do país e sua capacidade em atrair investimentos externos.

Por essa razão, há uma necessidade crescente de diversificação da economia, incluindo o desenvolvimento de setores manufatureiros e de serviços, a fim de garantir maior equilíbrio e resistência a abalos estrangeiros. Embora o Brasil continue sendo um importante “celeiro do mundo”, é imprescindível que o país avance em direção a uma pauta econômica mais diversificada e sustentável.

É justamente na tentativa de incentivar a geração de maior valor econômico e competitivo, além de variedade à pauta comercial, que se

estabeleceu o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 9 e as diversas metas que o englobam.

2. Agregação de valor ao mercado de commodities e diversificação industrial

Conforme visto, têm-se o Brasil como protagonista na produção de insumos básicos, ou seja, que guardam suas características próximas ao estado em que são encontrados na natureza, com baixo grau de elaboração (Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, 2014). Indubitável, portanto, a importância de sua atuação no suprimento de necessidades primárias do mundo inteiro.

Entretanto, ainda que indispensáveis, grande parte daquilo que produz possui pouco valor agregado ante ao seu baixo grau de industrialização. É dizer que, segundo autores (CAIXETA FILHO; GAMEIRO, 2011), produtos como milho e arroz em grãos possuem pouco valor agregado, diante de seu nulo ou reduzido grau de transformação/alteração, ao contrário do óleo de soja, que é submetido a processo industrial e embalagem.

A pauta comercial primarizada pode, todavia, passar a gerar maior lucratividade ao se agregar valor aos insumos produzidos. Para ARAÚJO (2010, p. 124), a respectiva agregação de valor consiste na elevação de preços de um produto em decorrência de alguma alteração em sua forma ou apresentação. Cumpre salientar que aderir a este procedimento não significa deixar de produzir insumos básicos, mas acrescentar seus derivados ao rol de exportação.

Para tanto, é necessário submeter os insumos a processos de transformação que o autor (ARAÚJO, 2010, p. 122) considera como sendo operações de obtenção de diferentes produtos, com base nos produtos in natura, processados ou semitransformados, que podem levar ou não aditivos ou misturas com outros.

Desta feita, ao em vez de exportar óleo bruto de petróleo, exportar-se-á o produto já refinado; ao em vez do minério de ferro, o aço e seus derivados, diversificando a atividade industrial e adicionando à matéria-prima valor e lucratividade, o que inclusive já se demonstra na prática:

Valor por kg de minério de ferro e seus concentrados	Valor por kg de pregos, parafusos, porcas, rebites e semelhantes, de ferro, aço, cobre ou alumínio
US\$ FOB/Kg 0,09	US\$ FOB/Kg 4,66

Fonte: Elaboração dos autores com base nos dados da Comex Stat (2022).

As estratégias, porém, não param por aí. Também é forma de se agregar valor à pauta de comércio o investimento em pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias que melhorem a qualidade e eficiência dos produtos. Arelado a isso, incentivos fiscais concedidos às empresas que investirem em inovação também são ótimas táticas para o fomento da industrialização.

Não suficiente, o fortalecimento das cadeias de suprimentos visando o aumento da eficácia da produção e a obtenção de certificações de qualidade podem ajudar a valorizar e diferenciar as mercadorias brasileiras no mercado global.

Por fim, é possível processar commodities localmente, transformando matérias-primas brutas em insumos com maior valor agregado dentro do próprio país de origem, em vez de exportá-las em sua forma bruta para serem processadas em outros países.

A agregação da etapa de “transformação” ao processo produtivo não somente aumentaria a renda e geração de empregos no país, mas promoveria a diversificação da balança comercial. Além disso, o processamento local pode aumentar a qualidade dos produtos e levar à preservação dos recursos naturais, uma vez que evita a necessidade de transporte das matérias a longas distâncias.

De toda forma, agregar valor às commodities brasileiras é um desafio importante que requer esforços coordenados e abrangentes de diversos setores da sociedade, que não de ser complementados por políticas econômicas estáveis e uma infraestrutura forte para alcançar resultados sustentáveis a longo prazo.

3. Por que o Brasil não exporta mais produtos com valor agregado

Quando se elencam os motivos da primarização da pauta comercial brasileira, há de se fazer menção, primeiramente, à herança colonial. À época das grandes navegações, os europeus, ao depararem-se

com ambientes diferentes geográfica e ambientalmente, delimitaram a forma das unidades produtivas (plantation, latifúndios, fazendas familiares), e quais produtos seriam objetos de cultivo.

As áreas que tinham clima úmido, solo fértil e pouca força de trabalho nativa eram mais adequadas para e foram ocupadas com *plantations* operadas por escravos importados. As áreas com abundância de população nativa ou de recursos minerais eram mais adequadas para e foram ocupadas com latifúndios operados por população indígena escravizada. E as áreas com clima moderado, pouca população nativa e solo apropriado para agricultura intensiva foram ocupadas com fazendas familiares. Enquanto os escravismos eram uma forma de desigualdade legal, fazendas familiares estavam associadas à igualdade legal. Essas escolhas foram localmente ótimas, no sentido de que tais “arranjos institucionais provavelmente visaram maximizar as rendas dos colonos europeus, e não o crescimento econômico de longo prazo. (ACEMOGLU, Daron, JOHNSON, Simon e ROBINSON, James A, 2002)

A partir daí, expandiram-se naturalmente as nações seguindo padrões de desenvolvimento formulados em função de suas condições naturais endógenas e invariáveis. No Brasil, a história não se orientou diferente. Durante a época colonial, o país foi visto como fonte de matérias-primas para a economia mundial, o que resultou na predominância da extração de commodities ao invés do desenvolvimento de manufatura.

Não somente isso, as vantagens comparativas brasileiras, como as grandes reservas de recursos naturais, além da demanda global por commodities, especialmente na China, tornam a exportação de matérias-primas extremamente atraente, incentivando sua concentração e a falta de investimento em setores manufatureiros.

Juntos, estes fatores resultaram na crescente dependência brasileira em relação às exportações de matérias-primas brutas, o que se enxerga até a atualidade.

Gráfico 1: Exportações (verde) vs Importações (azul) - dez/2010 a dez/2022

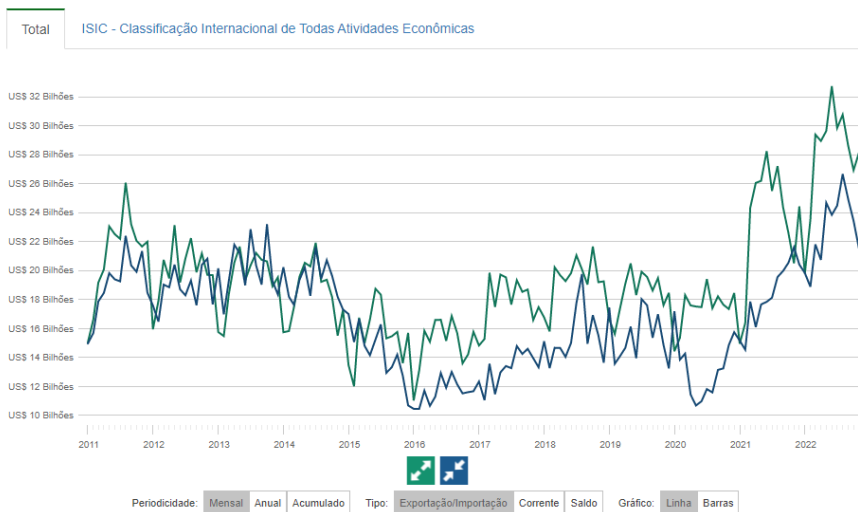
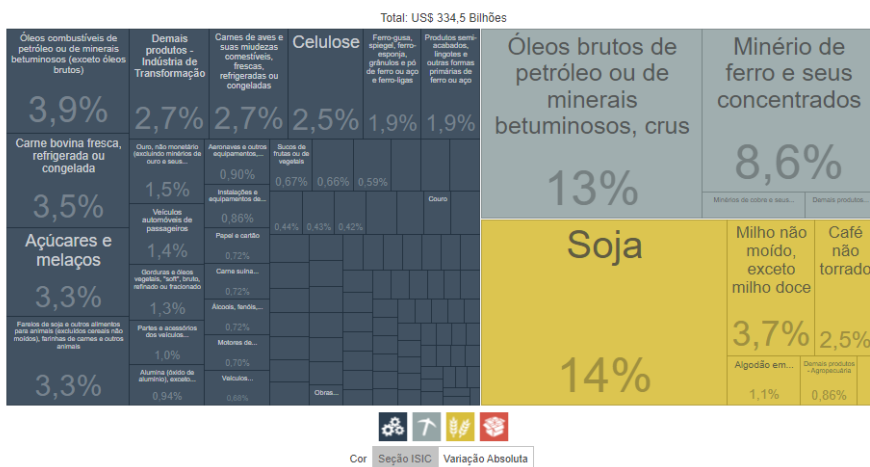


Gráfico 2: Pauta comercial brasileira entre janeiro e dezembro de 2022



*Variações em relação ao mesmo mês do ano anterior

Fonte: <http://comexstat.mdic.gov.br/pt/comex-vis>

O que se tem, portanto, é que em que pese o aumento da estatística de exportações gerais num período de doze anos ter atingido a

importância de 77%, a maior parte delas ainda corresponde a matérias-primas não industrializadas, ou seja, de baixo valor agregado.

Neste sentido, ao passo que o minério de ferro e seus concentrados representaram quase 9% dos produtos comercializados, peças e acessórios destinados a máquinas, cujo processo de produção possui maior grau de complexidade e processamento, obtiveram o percentual de 0,06% de participação nas exportações totais.

Destaca-se ainda que, desde o início da pandemia, o mercado mundial de commodities tem sido afetado por mudanças na oferta e demanda. Algumas commodities, como minério de ferro e soja, têm experimentado preços mais altos devido à maior procura por parte da China e de outros países em desenvolvimento. Outras, como petróleo e minério de cobre, têm enfrentado desafios devido à queda da demanda global e à incerteza econômica.

Observa-se, portanto, que uma balança comercial superavitária pode ser um indicador positivo, mas não é necessariamente sinônimo de desenvolvimento econômico.

4. As iniciativas brasileiras para cumprimento da meta

Apesar do desenvolvimento econômico do país estar historicamente atrelado à produção majoritária de produtos primários, atualmente, fatores como a alta carga tributária, problemas legislativos e desafios logísticos - por alguns denominados como “custo Brasil” - também afetam o processo de “desprimarização” da pauta comercial.

Exemplo do que parece incentivo mas prejudica a diversificação é a Lei Kandir (LC nº 87/96) que, proposta durante o governo FHC, funciona como obstáculo à exportação de produtos com valor agregado, pois isenta do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) as exportações de produtos primários e semielaborados, ou seja, não industrializados. Questiona-se então a viabilidade em estender o benefício às demais matérias-primas transformadas, como forma de fomento à industrialização.

Por outro lado, são iniciativas brasileiras favoráveis incentivos fiscais como o concebido pela Lei do Bem às pessoas jurídicas que realizem aporte em PD&I tecnológica, ou as Parcerias Público Privadas (PPPs) voltadas à construção de infraestruturas de transporte,

energia e telecomunicações, com o objetivo de melhorar a eficiência do setor industrial.

A instituição de centros tecnológicos como alternativa à promoção de desenvolvimento é algo a se sugerir. Funcionando como institutos que interligam educação ao desenvolvimento orientado, os centros forneceriam subsídios às unidades federativas a depender de sua vocação, promovendo, em moldes parelhos aos do Banco de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) parcerias público-privadas onde o Estado figuraria sócio nas operações, cruzando modelos de financiamento de pesquisa e desenvolvimento de produtos.

Em todo caso, o país precisa continuar trabalhando em direção ao desenvolvimento industrial amplo, inclusivo e sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos anos, o Brasil tem implementado algumas iniciativas para cumprir o objetivo de desenvolvimento sustentável (ODS) número 9, que trata da construção de infraestrutura resiliente e de alta qualidade.

Entretanto, o país ainda enfrenta desafios significativos ao tentar agregar valor a suas commodities e diversificar sua economia. A maior parte de suas exportações ainda é composta por matérias-primas brutas e sem valor agregado, o que coloca a economia em risco diante de flutuações nos preços e incertezas políticas.

Por isso, é importante que continue implementando medidas para estimular a inovação, o empreendedorismo e a criação de empregos em setores de maior valor agregado. Além disso, é fundamental que o Brasil mantenha uma parceria estreita com outros países e organismos internacionais para ampliar sua capacidade de cumprir o ODS 9, especialmente a meta 9.b.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Massilon J. *Fundamentos de Agronegócios*. 3. ed. São Paulo: Atlas 2010.

ACEMOGLU, Daron, JOHNSON, Simon e ROBINSON, James A. “Reversal of fortune: geography and institutions in the making of the modern world income distribution”. *The Quarterly Journal of Economics*, nº 117, 2002, p. 1.263

CAIXETA-FILHO, José Vicente. *Transporte e logística em sistemas agroindustriais*. Organização de José Vicente Caixeta-Filho e Augusto Hauber Gameiro. São Paulo: Atlas, 2001.

PUENTE, Beatriz. Commodities representam 70% dos produtos exportados em setembro. CNN Brasil, Rio de Janeiro, 14 de Out. de 2021. Disponível em: < <https://www.cnnbrasil.com.br/business/commodities-representam-70-dos-produtos-exportados-em-setembro/>> Acesso em: 10 de Out. de 2022.

SANDERS, Adrianus G. et al. *AGROINDÚSTRIA: agregando valor aos produtos agrícolas*. Disponível em http://www.atenas.edu.br/uniatenas/assets/files/magazines/_8_AGROINDUSTRIA.pdf Acesso em: 15 Nov. 2022.

CONTINI, Elisio et. al. *O Agro Brasileiro alimenta 800 milhões de pessoas*. Disponível em: < <https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/59784047/o-agro-brasileiro-alimenta-800-milhoes-de-pessoas-diz-estudo-da-embrapa>> Acesso em: 15 Nov. 2022.

PRZEWORSKI, Adam. *A última instância: as instituições são a causa primordial do desenvolvimento econômico?*. Novos estudos CEBRAP [online]. 2005, n. 72 [Acessado 4 Janeiro 2023], pp. 59-77. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0101-33002005000200004>>. Epub 21 Mar 2006. ISSN 1980-5403.

OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS COMO MEIOS DE ACESSO À JUSTIÇA: O TRABALHO DAS PROMOTORIAS REGIONAIS DE EDUCAÇÃO PARA A GARANTIA DO ACESSO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA ¹

Autocompositive Methods As Means Of Access To Justice:
The Work Of Regional Education Prosecutorships For Ensuring
Access To Inclusive Education

Paula Meinhardt Aguiar ²

INTRODUÇÃO

A educação é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988, tendo também sido consolidado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual o referido está completando 33 anos de sua promulgação em 2023. Porém, o tema da educação é vasto e nele implica o trabalho de diversos setores da sociedade, além de que com o tempo novos métodos de ensino, gestão e novas tecnologias implicam em mudanças no cenário da educação, principalmente da educação pública.

1 Pesquisa em desenvolvimento e oriunda das atividades realizadas no âmbito do Grupo de Estudos Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos, coordenado pela Prof. Pós - Dr^a. Fabiana Marion Spengler, com vice coordenação do Prof. Theobaldo Spengler Neto (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC) e vinculado ao Diretório do CNPq.

2 Paula é graduanda do oitavo semestre em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista na modalidade PROBIC/FAPERGS no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISC. Integrante do Grupo de Estudos Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos. E-mail: pmaguiar4@gmail.com

blica no Brasil, sendo um direito do Estado em garanti-la a partir dos quatro anos até os dezessete anos de idade.

O ECA, além de direcionar como serão implementadas as políticas públicas em diversos seguimentos de proteção a criança e ao adolescente, também obriga o Estado a suprir as necessidades educacionais daquelas crianças que possuem algum tipo de deficiência, seja ela física ou mental, não podendo esta ser impedida de frequentar o ambiente escolar, sendo este necessário estar preparado para atendê-la.

O que se observa, no entanto, é uma crescente demanda de solicitações aos órgãos públicos para resolver demandas escolares para auxílio de crianças com deficiência, sendo que estas chegam ao Ministério Público – se tratando especificamente do caso do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, nas Promotorias Regionais de Educação – para que este órgão, sendo fiscal da lei, possa impulsionar a resolução destas demandas, que em grande parte são resolvidas por meio de métodos de resolução de conflitos extrajudiciais.

A partir dessas compreensões surge a seguinte problemática de pesquisa: a estrutura na qual atua o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, nestes casos, pode ser considerada uma espécie de método autocompositivo de solução de conflitos? Esta se caracteriza como meio de acesso à justiça?

Para responder ao questionamento utilizou-se o método de abordagem dedutivo, pois este cria uma cadeia de raciocínio descendente, realizando-se uma análise geral para o particular. Já o método de procedimento hermenêutico, que possibilita a interpretação dos textos, bem como se utiliza a técnica de pesquisa bibliográfica, fazendo-se uma análise de obras e provimentos do órgão ministerial. A estrutura está dividida em dois objetivos específicos, sendo que se inicia com uma análise geral do que se entende por métodos autocompositivos de solução de conflitos, para posteriormente analisar a forma de solução dos conflitos por parte do Ministério Público.

Os métodos autocompositivos de solução de conflitos como forma de acesso à justiça

Em uma sociedade como a que vivemos, é inegável a presença constante de conflitos entre as pessoas, tendo em vista a complexidade subjetiva do ser humano, seus gostos, aversões, opiniões que se mani-

festam de diversas formas e resultantes de questões psíquicas e do seu próprio meio de ambientação, educação e cultura.

O conflito pode ser considerado como um confronto entre duas ou mais pessoas “que manifestam, uns a respeito dos outros, uma intenção hostil, geralmente com relação a um direito” (SPENGLER, 2008, p. 21-23). Grande parte dos conflitos oriundos da nossa sociedade são direcionados ao Poder Judiciário para que este, em função da prerrogativa da imparcialidade do juiz, possa definir conforme a lei aquele que está com a razão diante do caso, aplicando uma espécie de punição de acordo com a gravidade do fato.

É inegável que o Poder Judiciário tem grande relevância em nossa sociedade, no entanto, o mesmo possui limites que, “uma vez superados, fazem com que ele sufoque e conduza à alienação dos atores judiciários” (GARAPON, 1997, p. 15).

Já o acesso à justiça é princípio que norteia o Poder Judiciário, sendo garantido pela Constituição Federal de 1988, sendo ele elencado no inciso XXXV do artigo quinto, uma garantia fundamental, já reverenciando aquilo que seria trabalhado daquele momento em diante no que tange a promoção de políticas públicas para o desenvolvimento igualitário da sociedade brasileira.

Assim, observa-se que a sociedade e o sistema estatal estão em descompasso, visto que o Estado não está conseguindo resolver em tempo hábil a totalidade de demandas que lhe são submetidas. Por isso, na sociedade contemporânea, exige-se novas formas de acesso à justiça que sejam complementares ao Judiciário (THISEN; MESQUISA; DZIELINSKI; 2022, pg. 118).

Em razão disso, vêm-se implementando cada vez mais os métodos autocompositivos de resolução de conflitos, sendo que estes são utilizados para dirimir os conflitos antes que este chegue à esfera judicial, facilitando e dando mais celeridade para a resolução do fato que o ensejou. A prática vem avançando, em face da maior divulgação dos métodos dentro das universidades, dos fóruns e por meio da comunicação de modo geral.

Com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, em junho de 2015, abriu-se um leque ainda mais diversificado de métodos a serem utilizados para resolução de conflitos, como a exemplo da mediação, incluída no ordenamento jurídico por meio da Lei nº 13.140/2015, onde a partir da interpretação conjunta como o CPC/2015, entende-se que a conciliação se diferencia da mediação por se tratar de uma resolu-

ção mais direta, tendo uma maior participação do conciliador, diferente da mediação, onde não há muita contribuição por parte do mediador na questão do fato e sim na aproximação das partes.

Portanto, observa-se que a sociedade, devido a sua alta complexidade, vem trabalhando por meio dos atores do direito, que dentro de seus conhecimentos e técnicas, encontrem maneiras para que seja possível dirimir conflitos sem estes chegarem a depender de ação judicial. Externa-se assim, o potencial existente no que se refere a garantia do acesso à justiça, sem necessariamente, depender diretamente do Estado para que ela possa ocorrer.

O Trabalho Das Promotorias Regionais De Educação No Combate A Evasão Escolar De Crianças Com Deficiência

A educação especial deve ser oferecida em todas as instituições escolares, independente do nível, das etapas e outras modalidades da educação escolar previstas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional nº 9.394/96 (LDB), de modo a propiciar o pleno desenvolvimento das potencialidades sensoriais, afetivas, físicas e intelectuais da criança/estudante, mediante um projeto pedagógico que contemple, além das orientações comuns, meios para recuperação e atendimento da criança/estudante, avaliação e certificação, articulação com as famílias e a comunidade e um conjunto de outros elementos que permitam definir objetivos, conteúdos e procedimentos relativos à própria dinâmica escolar” (Parecer CEED 01/2022).

Observa-se com base no Parecer do Conselho Estadual de Educação, a grande complexidade atribuída aos órgãos governamentais para solucionar questões referentes à implementação das políticas de acesso à educação para pessoas portadoras de deficiências físicas e intelectuais, seja dentro de escolas públicas ou privadas. Denota-se a importância de um trabalho conjunto que não contemple somente a inclusão da criança propriamente dita, mas a permanência de qualidade do aluno dentro do ambiente escolar.

No âmbito do Ministério Público do Rio Grande do Sul, algumas matérias de direito são divididas para que melhor possa ser trabalhada dentro de suas Promotorias. No caso da educação, às Promotorias Regionais de Educação lhes é atribuída diversas funções no que tange os direitos individuais e coletivos referentes a educação, seja ela na esfera privada quanto na pública. Em se tratando da questão das crianças com

deficiência, já existe um projeto de política pública incluída dentro das Metas do Plano Nacional de Educação – Lei nº 13.005/2014, sendo a Meta de número 04 definida como a seguir:

Meta 4: universalizar, para a população de 4 (quatro) a 17 (dezesete) anos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, com a garantia de sistema educacional inclusivo, de salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados (BRASIL, 2014).

A partir da promulgação desta Meta foi possível criar diversas outras políticas públicas para o atendimento deste setor. Em razão disso, existem muitas demandas a serem solucionadas, estas em grande parte passam pelo Ministério Público para que casos sejam solucionados. Não obstante, o Conselho Nacional do Ministério Público já editou Nota referente à atuação do órgão ministerial no tratamento dos casos relacionados a pessoas com deficiência em idade escolar, assim como se apresenta:

Em situações individuais, conforme a modalidade de ensino cabe ao órgão ministerial, ao receber a reclamação da existência de pessoa com deficiência fora da escola, instaurar procedimento preparatório ou inquérito civil e passar à coleta de elementos acerca do caso, que pode se dar por requisição de estudo social e/ou psicológico, bem como oitiva dos envolvidos, verificando se trata de criança em idade escolar do ensino obrigatório, os motivos de estar fora da escola regular e se está recebendo assistência à saúde, bem como algum tipo de atendimento educacional especializado; 2. Conforme o caso, podem ser requisitadas providências junto aos órgãos responsáveis, escolas e secretarias municipais, incluindo as medidas previstas no artigo 101 do ECA, o que pode ser feito por meio de encaminhamento aos Conselhos Tutelares para acompanhamento, bem como pode ser requisitada a instauração de Inquérito Policial pela prática do crime do artigo 246 do Código Penal, ou do artigo 8º, I, da Lei nº 7.853/1989, com a nova redação conferida pela Lei nº 13.146/2015, em caso de recusa de matrícula, ou até mesmo instaurar, no Órgão de Execução, diante da especificidade

da matéria, um procedimento de investigação criminal; 3. Em casos de deficiências mais graves, em que se questiona a possibilidade de estar em qualquer escola pela condição de saúde da pessoa, pode-se requisitar avaliação da criança, para verificar a melhor forma de sua inclusão na rede regular de ensino, que pode se dar por meio da equipe da Subcoordenadoria de Educação Especial, junto à Secretaria Estadual de Educação, ou da própria Secretaria Municipal de Educação, dependendo do caso. Também é possível a requisição ao ente público competente de próteses e órteses, como é o caso da cadeira de rodas, inclusive com a propositura de ação civil pública para tal finalidade, acaso necessário; 4. Lembre-se que, para os casos em que não cabe a denúncia na área criminal, ou em que seus termos não fiquem suficientemente claros, é possível aos legitimados mover ações por danos morais, esclarecendo aos que assim o desejarem (CNMP, 2016, p. 48).

Tendo em vista a atribuição que lhe é conferida ao Ministério Público para a atuação nos casos vistos acima, é importante salientar que o procedimento realizado vem tendo pouca atribuição da esfera judicial, podendo o órgão trabalhar para solucionar as demandas por meio de diligências extrajudiciais, conferindo-lhe maior celeridade ao processo, em razão da demanda constante de processos dentro do Poder Judiciário, bem como prevenir o desgaste e o aumento das demandas com o passar do tempo. Esta divisão pode ser observada nas palavras de BARRETO e BERCLAZ:

[...] A definição do ambiente de atuação do Ministério Público impõe que sejam separadas em grupos distintos as atividades extrajudiciais das judiciais. O advento da Constituição da República de 1988 impôs que, ao lado da usual e tradicional atuação judicial, deva ser consolidada, cada vez mais, a correspondente atuação extrajudicial (extrajurisdicional/ administrativa) do Ministério Público (BARRETO e BERCLAZ 2017, p. 33-34).

Tratando-se de normas paradigmáticas recentes, e que demandam a realização de políticas públicas, ou seja, gastos públicos para as suas implementações, certo é que a atuação do Ministério Público se faz necessária e indispensável, na medida em que foi incumbido, pela Carta Magna, a defender os interesses sociais mais relevantes da convivência

social, assim como a zelar pelo cumprimento, pelos Poderes Públicos, dos direitos contidos na Constituição. (ARAÚJO, 2017, pg. 73-74).

Por fim salienta-se, a importância do papel atribuído ao Ministério Público, para atuar na resolução dos conflitos inerentes a todas as causas que envolvam educação, em especial sobre a educação inclusiva, tema ainda sendo pouco aprofundado pela sociedade, mas tendo repercussão ampliada dentro de órgãos como o Ministério Público, garantindo, de forma célere e sem burocracia, a dignidade daqueles que pleiteiam seus direitos já garantidos pela Constituição Federal de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo apresentou a seguinte problemática de pesquisa: a estrutura na qual atua o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, nestes casos, pode ser considerada uma espécie de método auto-compositivo de resolução de conflitos? Esta caracteriza-se como meio de acesso à justiça?

Para responder o questionamento utilizou-se do método de abordagem dedutivo, pois esta cria uma cadeia de raciocínio descendente, realizando-se uma análise geral para o particular. E o método de procedimento hermenêutico, que possibilita a correta interpretação dos textos, fazendo-se uma análise correta para a realidade em que se apresenta; a pesquisa ainda contou com análise de diversas obras e pareceres do Ministério Público e do Conselho Estadual de Educação.

No primeiro capítulo abordou-se a temática dos métodos auto-compositivos de acesso à justiça, estes sendo recepcionados no ordenamento jurídico após o advento da Constituição de 1988, sendo que estes proporcionam resolver os conflitos antes que estes cheguem a se tornar um processo judicial, permitindo com que as partes possam chegar a acordos que beneficiem a ambos, diminuindo custos processuais e o tempo exaustivo que um processo convencional acabaria se tornando.

No segundo capítulo analisou-se o trabalho do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, por meio das Promotorias Regionais de Educação para solucionar os conflitos oriundos de demandas que se referem ao acesso a educação para crianças e adolescentes com deficiências físicas e intelectuais, trabalho este que se mostrou com o presente estudo bastante eficaz, diminuindo a angústia das famílias

quando seus filhos acabam enfrentando dificuldades para estar dentro de uma sala de aula.

Desse modo conclui-se que a estrutura na qual trabalha o Ministério Público efetivamente se trata de métodos autocompositivos de acesso à justiça pois, dentro da esfera judicial, é observado o trabalho realizado com as partes para encontrar soluções que possam beneficiar a todos, sem que haja alguma intervenção do Poder Judiciário, na maioria dos casos. Com isso, somos capazes de observar que o Ministério Público atua no presente tema como garantidor do acesso a justiça, além de mostrar a essas crianças e suas famílias que elas na verdade não são deficientes, mas sim, o espaço que é deficiente, sendo necessária a atuação de toda a sociedade para que a escola se torne um espaço democrático para todos.

REFERÊNCIAS

THISEN, Graciela F; MESQUITA, Jordana S; DZIELINSKI, Damiane S. *O acesso ao Poder Judiciário e o acesso à justiça na sociedade do conflito*. (pg.118). In: *O acesso à justiça no pós-constituição de 1988* [recurso eletrônico] / Fabiana Marion Spengler, Teobaldo Spengler Neto (organizadores). Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2022.

SPENGLER, Fabiana Marion. *O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e as novas possibilidades: a importância dos remédios ou remédios sem importância?* In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar. (Orgs.). *Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: UNIJUI, 2008.

GARAPON, Antoine. Bem Julgar: *Ensaio sobre o Ritual Judiciário*. Lisboa, Instituto Piaget, 1997.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE D SUL. *Provimento nº 08/2015* – Porto Alegre: Procuradoria Geral de Justiça. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/9008/> Acesso em 21/07/2023.

BRASIL. *Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm Acesso em 19/07/2023.

RIO GRANDE DO SUL. CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. *Parecer 01/2022. Institui normas complementares para a oferta da Educação Especial no Sistema Estadual de Ensino*. Disponível em: <https://www.ceed.rs.gov.br/parecer-n-0001-2022> Acesso em 19/07/2023.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. Ministério Público em ação - Atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

Conselho Nacional do Ministério Público. Guia de Atuação do Ministério Público 2016 - Pessoa com Deficiência. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/245-cartilhas-e-manuais/9767-guia-de-atuacao-do-ministerio-publico-pessoa-com-deficiencia> Acesso em 21/07/2023.

ARAUJO, Fernanda Carolina Nóbrega. *Educação Inclusiva e a Atuação Ministerial*. Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará. (pg. 73-74). Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-MP-CE_v.01_n.02.02.pdf. Acesso em: 20/07/2023

UMA ANÁLISE DO COMPLIANCE PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA NOS CONTRATOS PÚBLICOS NO ÂMBITO LOCAL A PARTIR DA LEI 14.133/2021¹²³

An analysis of public compliance as a governance instrument in public contracts at the local level from Law 14.133/2021

Betieli da Rosa Sauzem Machado⁴

Camila Lemos de Melo⁵

Ricardo Hermany⁶

-
- 1 Pesquisa em desenvolvimento e oriunda das atividades realizadas no âmbito do Grupo de Estudos “Gestão Local e Políticas Públicas”, coordenado pelo Prof. Dr. Ricardo Hermany (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC) e vinculado ao Diretório do CNPq.
 - 2 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.
 - 3 Esta publicação tem apoio em bolsa institucional da Confederação Nacional de Municípios (CNM).
 - 4 Doutoranda e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade I, dedicação exclusiva. Bolsista da Confederação Nacional de Municípios em convênio Apesc/CNM. Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Advogada. E-mail: <betielisauzem@yahoo.com.br>.
 - 5 Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista CAPES, modalidade II. Mestre na Universidade de Santa Cruz do Sul (2023) e mestre em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho, no regime sanduíche (2023). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2013). E-mail: <camilalmelo@yahoo.com.br>.
 - 6 Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999). Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Lei Federal nº 13.303/2016 – regulamentada pelo Decreto Federal nº 8.945/2016 – e a Lei Federal nº 12.846/2013 – regulamentada pelo Decreto Federal nº 8.420/2015 –, foi impulsionado no país o combate à corrupção e a fraudes nos processos licitatórios e nas contratações públicas. De tal maneira, a Lei 14.133/2021, conhecida como a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos no Brasil, trouxe diversas inovações para a governança e a transparência nos contratos públicos, incluindo o enfoque no *compliance* público como instrumento essencial para garantir a lisura e a eficiência das contratações realizadas pela Administração pública.

Desta forma, destaca-se que o *compliance* público refere-se ao conjunto de práticas, medidas e controles internos adotados pelos órgãos públicos para assegurar o cumprimento das normas legais, regulamentares e éticas nas atividades de contratação e execução dos contratos públicos, sendo que a Lei 14.133/2021 inova ao exigir a implementação do *compliance* em determinadas empresas que possuem interesse em contratar com Administração Pública. Assim, o trabalho apresenta como objetivo analisar os programas de *compliance* como ferramentas de governança nas contratações da Administração local, baseando-se em legislações existentes que visam a execução de ações de conformidade e processos destinados à prevenção, detecção e correção de atos de fraude no âmbito da Administração.

Além disso, a pesquisa justifica-se em razão de se evidenciar a importância das contratações públicas na sociedade brasileira, tanto pela execução de obras e serviços, quanto pelo potencial indutor de políticas públicas que destes possam advir, colocando o tema no centro da agenda administrativa e também na esfera acadêmica. Nesse contexto, a previsão de mecanismos de integridade pública é extremamente importante como forma de transformar culturalmente o ambiente administrativo e mudar a percepção geral dos cidadãos sobre os serviços públicos.

Com base nessas premissas é que se propõe como problema de pesquisa: como os programas de *compliance* previstos na Lei 14.133/2021 – como instrumento de governança da Administração Pública – tendem a contribuir para resguardar as contratações públicas na

Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC.
Consultor Jurídico da CNM – Confederação Nacional de Municípios. Advogado.
E-mail: hermany@unisc.br

esfera local? A hipótese suscitada é de que o *compliance* público, conforme estabelecido na Lei 14.133/2021, visa aprimorar a governança nos contratos públicos, reduzindo riscos de irregularidades, favorecendo a concorrência leal e contribuindo para a eficiência do gasto público, bem como a sua implementação é essencial para fortalecer a confiança da sociedade nas instituições e na lisura das ações governamentais, especialmente no que tange às licitações e contratos.

Desse modo, buscando responder ao problema proposto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, realizando-se uma análise de dados gerais - premissa maior - para o particular - premissa menor, até a conclusão; já o método de procedimento é o hermenêutico, o qual viabiliza a correta interpretação dos textos. E quanto à técnica de pesquisa utilizada é bibliográfica, voltando-se para a análise de documentações indiretas, observando os contornos e fundamentos da legislação, diversas obras, livros, artigos, monografias, dissertações, teses, que dispõe sobre as temáticas abordadas na pesquisa.

Com relação os objetivos específicos são elencados três, os quais representam cada um dos tópicos a serem analisados no presente estudo, sendo que: no primeiro, analisar-se-á os aspectos relevantes da governança pública; no segundo, abordar-se-á o *compliance* público; e, no terceiro, estudar-se-á o *compliance* nas contratações públicas a partir da Lei 14.133/2021.

1. Aspectos relevantes da governança pública

Desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, o modelo adotado pelo Estado é o federalismo, que visa alcançar um sistema federativo cooperativo entre as três esferas de governo, formando um federalismo trino e assegurando autonomia – política, administrativa e financeira – e competências – privativas, comuns e concorrentes – para todos os entes. Desta forma, para se compreender o país que adota esse modelo é necessário estudar a coordenação federativa, mas, observa-se que existem lacunas, visto que a Constituição não estabeleceu mecanismos suficientes de governança, assim, resultando em um diálogo federativo entre os entes precário. (MACHADO; MELO; HERMANY, 2021).

Além disso, destaca-se que na Administração Pública poucos termos são utilizados com frequência em diferentes contextos, como a

expressão “governança”, que se tornou espécie de mantra nos últimos anos para designar soluções específicas para questões relacionadas à gestão pública e para o sucesso das políticas (BRASIL, 2018). Vale ressaltar que o conceito de governança pública deriva do termo *governança corporativa* – *corporate governance* –, o qual trata-se de um conjunto de práticas destinadas a regular a gestão e o controle das instituições. (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 1999).

Assim, a conceituação de governança circula no discurso oficial desde 1990 para se referir a uma abordagem específica de governança envolvendo instituições estatais e atores privados, claramente relacionada ao tema da reforma do Estado e dialogando com debates internacionais sobre a ‘nova Administração Pública’. Assim, a conceituação de governança dispõe de seis entendimentos diversos, simultaneamente, em diferentes contextos: 1) Estado mínimo; 2) governança corporativa ou empresarial; 3) nova administração pública; 4) boa governança; 5) sistema sócio-cibernético; 6) redes auto-organizadas. (RHODES, 1996).

Importante observar que apesar da diversidade de conceitos e definições, é possível estabelecer uma linha comum de que a governança está envolvida com o desenvolvimento de estilos de governo que vão além das fronteiras intra e inter os setores público e privado (STOKER, 1998). Logo, a governança é conceituada como uma atividade destinada para a avaliação de circunstâncias, cenários, alternativas e resultados – atuais ou almejados –, ou seja, visa orientar e direcionar a elaboração e coordenação de políticas e metas alinhadas com as funções organizacionais e às demandas da sociedade. A governança, portanto, também delinea como norte monitorar os resultados, ação e execução de políticas e programas, comparando-os com os objetivos estabelecidos. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2020).

Desse modo, a governança pública é assim entendida como um sistema que estabelece um equilíbrio de poder entre todos os atores de uma organização –governantes, gestores, servidores, cidadãos –, tendo em vista colocar o interesse público acima dos interesses de pessoas ou de grupos. Por conseguinte, quando uma organização se desenvolve e atinge um melhor desempenho, ela acaba cumprindo seus objetivos, gerando satisfação para todos os sujeitos, de tal modo, evidencia-se que todos os requisitos envolvidos para a promoção a boa governança possibilitam que a Administração Pública se torne confiável para todos os

cidadãos e, assim, se legitimando junto à sociedade (MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 113).

Ademais, para as funções de governança – avaliação, direcionamento e monitoramento – se concretizarem satisfatoriamente é necessário utilizar ferramentas de liderança, estratégia e controle, eis que isso viabiliza aos gestores públicos e a sociedade avaliar o desenvolvimento e as demandas, e direcionar a execução e o monitoramento do desempenho, buscando melhorar a capacidade para alcançar bons resultados que perfectibilizem o interesse público, em termos de serviços e de políticas públicas, principalmente no âmbito local, por ser o ente mais próximo dos cidadãos (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2020). Desta forma, a governança pública se refere ao conjunto de práticas, estruturas, processos e mecanismos utilizados pelos governos para promover uma gestão eficiente, transparente, responsável e participativa, sendo que é nos governos locais que se potencializa a ideia de pertencimento, a participação social ativa e a responsabilidade social, promovendo o processo de tomada de decisão em razão da sua proximidade.

Portanto, o objetivo da governança pública é garantir a tomada de decisões adequadas, a implementação eficaz de políticas públicas e a prestação de serviços de qualidade aos cidadãos. Assim, são elencadas as suas principais características: transparência nas informações; *accountability* (prestação de contas); participação social nos processos de tomada de decisão e monitoramento de políticas públicas; efetividade e eficiência no alcance dos objetivos e entrega de resultados pelos governos; equidade e justiça social ao buscar desenvolver políticas públicas que promovam a igualdade e acesso equitativo aos serviços ofertados pelo Estado; gestão de riscos, analisando, identificando e mitigando aqueles associados às ações governamentais, tendo em vista evitar prejuízos e maximizar os resultados; coordenação intergovernamental que garanta a atuação integrada entre as esferas de governo e os diversos órgãos e entidades governamentais.

Desse modo, a governança pública é um elemento essencial para o fortalecimento da democracia, a promoção da confiança nas instituições e a eficácia das políticas públicas, sendo que uma boa governança permite que o Estado cumpra seu papel de forma mais eficiente, atendendo às necessidades da sociedade e garantindo o bem-estar dos cidadãos. Outrossim, a governança pública contribui para atrair investimentos, impulsionar o desenvolvimento econômico e social e fortalecer a imagem do país no cenário internacional, especialmente em seu as-

pecto relacionado ao *compliance* público – gestão de risco e integridade. Com isso, passa-se a abordagem sobre o conceito e principais aspectos do *compliance*.

2. O *compliance* público

A ligação entre a governança e a aplicação dos programas de *compliance* na Administração Pública encontra-se na sua atuação como um instrumento de controle interno. Assim, o presente trabalho visa esmiuçar a atuação deste mecanismo na esfera local pois, segundo Irene Nohara (p. 88, 2020), a adoção de programas de integridade pela Administração Direta Municipal possibilita o aprimoramento da governança e da gestão de risco dos municípios além de fomentar o alinhamento da conformidade no cumprimento de padrões jurídicos e de fortalecer a integridades da gestão pública municipal. Assim, analisar-se-á, brevemente, o conceito dos programas de *compliance* público.

O *compliance* está interligado com a necessidade de imposição de padrões éticos, legais e transparentes nas empresas e instituições. Este tem sentido amplo - não trata apenas de práticas anti-corruptivas - e pode abordar áreas relacionadas aos direitos humanos, do trabalho, tributário, ambiental e concorrencial. Os programas de integridade – que fazem parte dos programas de *Compliance* Anticorrupção - objetivam atuar na prevenção, detecção e no fomento de práticas de conformidade nos atos organizacionais. A busca pela cultura da integridade por meio da implementação dos programas de *compliance* é um fenômeno recente, mas já é uma realidade para a Administração Pública. Feita esta distinção, os programas de *compliance* e de integridade no âmbito das contratações públicas devem ser aplicados como instrumentos de combate à corrupção na esfera administrativa. (MACHADO; MELO; HERMANY, 2021).

Na esfera local, os programas de *compliance* público têm se tornado cada vez mais relevantes e necessários para a promoção de uma gestão transparente, ética e eficiente nos municípios e outras esferas governamentais locais pois visam prevenir e combater práticas de corrupção, desvios de recursos públicos e irregularidades administrativas, assegurando a conformidade com leis, regulamentos e princípios éticos.

Nessa senda, entende-se por *Compliance* Público o Programa de Integridade e conformidade elaborado por órgãos e entidades da Ad-

ministração Pública, o qual promove de forma eficaz uma análise da gestão e manutenção de riscos decorrentes da implementação, execução e monitoramento das políticas públicas, sendo uma consequência dessa implementação o fomento da interação de órgãos e entidades da Administração Pública por intermédio do fortalecimento da comunicação interna. Como consequência, promoveria maior segurança e transparência na relação com o incentivo de denúncia de irregularidades por meio dos canais de denúncia criados com especificidade para cada caso. Ou seja, mediante os programas de *Compliance* Público, entende-se ser possível aplicar a maximização do bem-estar social e a realização dos direitos fundamentais. (MESQUITA, 2019).

A implementação do *compliance* público envolve várias etapas e elementos-chave: Diagnóstico e Avaliação; Criação de uma cultura de integridade pública; criação de um Código de Conduta e de Políticas Internas para cada órgão; criação de um Canal de Denúncias; mecanismos de Controles Internos e de Gestão de Risco e, por fim, o Engajamento da sociedade civil. O primeiro passo é a realização do diagnóstico e da avaliação, ou seja, um diagnóstico detalhado da situação atual da governança no município. Isso inclui identificar vulnerabilidades, riscos de corrupção, deficiências nos processos administrativos e possíveis lacunas na legislação aplicável. Através destes dados, parte-se para a criação de uma cultura de integridade, pois, para que o programa de *Compliance* seja bem-sucedido, é essencial fomentar uma cultura organizacional voltada para a ética e a integridade. Isso envolve conscientizar e treinar os servidores públicos sobre a importância do cumprimento das normas e princípios éticos no exercício de suas funções.

Ato contínuo, deve ocorrer a elaboração de um Código de Conduta e a definição de políticas internas claras são fundamentais para orientar o comportamento dos servidores e estabelecer padrões éticos a serem seguidos. Posteriormente, criar-se-á um canal de denúncias seguro e confidencial deve ser disponibilizado para que os cidadãos e servidores possam relatar irregularidades e práticas antiéticas sem receio de represálias.

Outrossim, a implementação de controles internos robustos ajuda a prevenir fraudes, desvios e erros administrativos, garantindo uma maior eficiência nos processos e a correta aplicação dos recursos públicos. Estes permitem um monitoramento eficaz e uma auditoria bem estruturada, pois é fundamental monitorar regularmente a efetividade do programa de *Compliance* e conduzir auditorias internas e externas para verificar o cumprimento das normas e a eficácia dos controles imple-

mentados. Ao final, salienta-se que o envolvimento da sociedade civil, organizações não governamentais e entidades de controle externo é crucial para o acompanhamento e fiscalização das ações da Administração Pública local, garantindo a transparência e a *accountability*.

Segundo Pedro da Cunha Ferraz (2020, p. 209) é inegável a relevância dos programas de compliance no Direito Administrativo após um dos principais diplomas normativos sancionadores do Direito Administrativo passou a elencar estes programas como elemento de dosimetria sancionatória e seu novo decreto regulamentador prevê um parâmetro de avaliação destes. Portanto, em que pese os programas de compliance ainda sejam incipientes na prática administrativa, possuem clara importância no âmbito estatal ao passo que o seu incentivo ocorre na medida em que o Estado não possui aptidão suficiente para interferir na estrutura das pessoas jurídicas privadas que almeja contratar.

Dentre os benefícios que podem ser vislumbrados por meio da implementação bem-sucedida de programas de Compliance Público na Administração Pública local, tem-se: a redução de casos de corrupção e desvio de recursos públicos; a melhoria na qualidade dos serviços prestados à população; o aumento da confiança dos cidadãos nas instituições governamentais; a atração de investimentos e parcerias com o setor privado; maior eficiência e economia de recursos públicos; melhorias no cumprimento das leis e regulamentos vigentes, dentre outros. Em suma, programas de *compliance* na Administração Pública local são fundamentais para promover a integridade e a transparência no setor público, garantindo uma gestão mais ética, responsável e alinhada aos interesses da sociedade.

3. A Lei 14.133/2021 e o *compliance* nas contratações públicas

A partir da Lei anticorrupção a temática do compliance ganhou maior relevância no setor público pois a norma passou a estabelecer sanções administrativas pesadas para as pessoas jurídicas envolvidas em atos prejudiciais para a Administração Pública, principalmente no âmbito das licitações e contratações públicas. Se de um lado as contratações e licitações públicas são responsáveis para movimentar mais de 10% do Produto Interno Bruto (PIB) Nacional (NOHARA, 2022), em contraponto, são apontadas como uma das principais formas de propagação e ocorrência do estímulo da corrupção no setor público

(PINHO; CASTELLA, 2020). Assim, adentrar-se-á na explicação de como os programas de compliance podem introduzir estímulos para uma nova cultura de integridade.

Segundo Irene Nohara (2022, p. 282) a nova lei de licitações públicas traz enormes transformações, por exemplo, as contratações digitais, a criação de um portal nacional de compras públicas com inúmeras funcionalidades, a exigências de *compliance* nas contratações como Poder Público, o objetivo licitatório expresso de inovação, a tecnologia BIM (*Building Information Modeling*) de construção e a nova modalidade de licitação denominada de diálogo competitivo. Nesta premissa, além das novidades, a nova norma também acopla tendências de mercado para além da exigência dos programas de compliance, como os credenciamentos de mercados fluidos com alto grau de potencial transformador do *e-market place* nas compras públicas. (NOHARA, 2022).

Frente a este panorama inovador da nova lei de licitação públicas, seus principais pontos inovadores incorporados na dinâmica do *compliance* são: a obrigatoriedade na implementação pelo licitante, em contratações de grande vulto, no prazo máximo de seis meses da celebração do contrato (art. 25, §4º); critério de desempate nas licitações (art. 60, IV); fator de mitigação na aplicação de sanções contratuais (art. 156, §1º, V); e, por fim, a condição de reabilitação do licitante ou do contrato na aplicação das sanções de apresentação de documentação falsa e de cometimento de ato contra a administração pública (art. 163, p.u.). Além das mencionadas previsões legais, a nova norma preocupa-se com o combate às fraudes e desvios nas licitações por meio do incremento dos sistemas de controle e da precisão na classificação dos conceitos de sobrepreço e superfaturamento. (ZIMMER JÚNIOR; NOHARA, 2021).

Na mesma perspectiva normativa, tem-se que a organização dos modelos licitatórios e dos contratos administrativos, enquanto política pública voltada ao alcance de objetivos maiores, deve ser estruturada para cumprir com os objetivos contratuais, mas também fazer a compatibilização destes objetivos com aqueles objetivos e princípios previstos na norma. (MACHADO; MELO; HERMANY, 2021). Desta forma, é possível vislumbrar instrumentos metacontratuais na licitação pois além de promover condições contratuais benéficas à Administração Pública, também exerce o papel de política pública com o fim de fomentar o desenvolvimento nacional sustentável, consoante seus princípios normativos. Assim, as contratações públicas tornaram-se um ins-

trumento de veiculação dos objetivos metacontratuais previstos na lei. (ZIMMER JÚNIOR; NOHARA, 2021).

Portanto, a Administração Pública passa, inclusive, a atingir o poder de modificar a formação do mercado, pois estimula práticas de sustentabilidade ambiental e de implementação de uma cultura de integridade tanto no ambiente administrativo como, pelos licitantes em determinados contratos, na esfera privada. Contudo, existem desafios para os entes locais na aplicação das normas, como visto através da necessidade de prorrogação do prazo de *vacatio legis* da Lei 14.133/21 - pleiteada pelos prefeitos durante a 24ª Marcha a Brasília em Defesa dos Municípios, realizada em março de 2023.

Segundo dados da Confederação Nacional de Municípios (CNM), 60% das cidades não conseguiram cumprir o prazo de adequação à nova lei, que exige treinamento de pessoal, mudança em rotinas administrativas e investimentos em tecnologia. Ademais, não são todos os entes administrativos que possuem em lei a exigência dos programas de compliance nas contratações públicas. Assim, para a grande maioria dos municípios será necessária a criação normativa de exigência de compliance a partir das alterações feitas pela Nova Lei de Licitações Públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão dos inúmeros casos de corrupção que permeiam as contratações públicas, em resposta ao problema de pesquisa, vislumbra-se nos programas de *compliance* um instrumento capaz de restabelecer a confiança dos cidadãos com o setor público. Ademais, entende-se necessária a implementação da demanda dos programas de integridade no setor público como meio de viabilizar a boa governança, pois no âmbito local, todos os desafios impostos aos gestores públicos perpassam por uma gestão que vise a adoção de padrões éticos, legais e transparentes. Contudo, sua aplicação no âmbito local possui desafios ainda maiores do que os sentidos pela União, o primeiro já foi percebido e requerido com a necessidade de prorrogação da *vacatio legis* da Lei Federal 14.133/21 pelos entes locais.

A Nova Lei Geral de Licitações e contratos deve ser aplicada no âmbito nacional em suas normas gerais a partir de abril de 2024 (após prorrogação da sua *vacatio legis*), no entanto, esta não possui competên-

cia para determinar regras específicas sobre a exigência de *compliance* para grandes contratações públicas. Nesse sentido, outro desafio que deverá ser sentido pelos municípios será a necessidade de regulamentação dos programas de *compliance*, pois sequer existe regra normativa em todos os estados-membros da federação, quiçá, nos municípios brasileiros. Acredita-se em uma transformação da cultura de integridade pública com o engajamento dos cidadãos e gestores públicos para aplicação dos programas de *compliance* em seus municípios.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei Federal nº 14.133 de 1º de abril de 2021*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm > Acesso em 15 de jul. 2023.

BRASIL. *Guia da política de governança pública*. Brasília: Governo Federal, 2018.

FERRAZ, Pedro da Cunha. A exigência dos programas de compliance em licitações: um estudo sobre as finalidades licitatórias e a competência para legislar sobre licitação. In.: POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Aspectos controvertidos do Compliance na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MACHADO, Betieli da Rosa Sauzem; MELO, Camila Lemos de; HERMANY, Ricardo. Compliance como instrumento de governança nas contratações públicas: uma perspectiva da gestão municipal pós-pandemia. In: HERMANY, Ricardo; ETGES, Filipe Madsen; CRUZ, Arthur Votto (Org.). *Os grandes temas do municipalismo: municipalismo no pós-pandemia*. 1. ed. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, 2021, v. XIII, p. 258-277.

MATIAS-PEREIRA, José. *Manual de metodologia da pesquisa científica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MESQUITA, Camila Bindilatti Carli de. *O que é compliance público? Partindo para uma Teoria Jurídica da Regulação a partir da Portaria nº 1089 (25 de abril de 2018) da Controlaria-Geral da União (CGU)*. Journal of Law and Regulation, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 147–182, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/20587>. Acesso em: 31 jul. 2023

NOHARA, Irene Patrícia. O princípio da realidade de LINDB aplicado à exigência de compliance nos municípios brasileiros. In.: ZENKER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo P. A. de. *Compliance no setor Público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. *Inovação na nova Lei de Licitação: diretriz e potencial de modernização pelo estado*. Florianópolis: Revista de Direito Brasileira, Jan./Abr. 2022. v. 31, n. 12, p. 271-283.

ORGANIZATION FOR ECONOMICCO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *OECD Principles of Corporate governance*. Paris, 1999.

PINHO, C. A. B.; CASTELLA, G. M. Contratação Pública e programas de compliance: mais uma formalidade ou efetividade? In.: POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Aspectos controvertidos do Compliance na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

RHODES, R. A. W. The new governance: governing without government. *Political Studies*, v. 44, n. 4, p.652-667, 1996.

STOKER, Gerry. Governance as theory: five propositions. *International Social Science Journal*, v. 50. 17-28, 1998.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial Básico de Governança Organizacional: para organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU*. Brasília: TCU, 3. ed., 2020.

ZIMMER JUNIOR, Aloísio; NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Compliance anti-corrupção e das contratações públicas*. 1 ed. Vol. II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL: REFLEXÕES A PARTIR DO AGRG NO RHC Nº 143.169/ RJ DO STJ

The chain of custody of digital evidence: reflections from the
AgRg nº 143.169/ RJ pf the STJ

Anna Julia Luchtemberg¹

André Machado Maya²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto analisar a relevância do instituto da cadeia de custódia da prova no processo penal brasileiro, especialmente nos processos em que ocorrem apreensões de aparelhos digitais, e, posteriormente seu manuseio para extração do conteúdo, discorrendo acerca das formalidades que devem ser adotadas para garantir a confiabilidade e integralidade da prova.

1 Graduada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS. Especializanda em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa de Brasília (IDP). Integrante do Grupo de Pesquisa *Direito fundamental à Segurança e Direito de Liberdade: a complexa harmonia em matéria penal*. E-mail de contato: anna@ritterlinhares.com.br

2 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 da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Coordenador do Grupo de Pesquisa *Direito fundamental à Segurança e Direito de Liberdade: a complexa harmonia em matéria penal*. E-mail de contato: andremmaya@gmail.com

Dentro desta perspectiva, verifica-se que pela Lei nº 13.964/2019 disciplina de forma sistemática os procedimentos que devem ser adotados para garantir o cumprimento da cadeia de custódia da prova, sendo que seu descumprimento acarreta na inadmissibilidade do conteúdo extraído como meio de prova, visto que se extraída de forma contrária aos procedimentos estabelecidos, configurar-se-á prova ilícita.

Ainda, se discorrerá sobre as provas digitais, seu conceito, características e delimitações importantes, bem como a implicação oriunda da apreensão de aparelhos que contenham dados digitais. A importância da temática advém do contexto de que muitas ações penais possuem sua materialidade consubstanciada quase que exclusivamente nas provas digitais oriundas de extrações, como mensagens de *whatsapp*, conteúdo de arquivos de computador, que, não raras as vezes, são realizadas de maneira inadequada.

Como metodologia, foi realizada revisão da legislação pátria, assim como da jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça, desenvolvendo conceitos importantes sobre a cadeia de custódia da prova, evidenciando os procedimentos elucidados na norma.

Por fim, analisa-se recente julgado do Superior Tribunal de Justiça em caso que retrata o comprometimento integral da prova pela afronta aos procedimentos capazes de gerar a rastreabilidade da prova, os quais são capazes de dirimir quase por completo as possibilidades de adulteração. No referido caso há também a menção do interessante empreendimento da técnica do algoritmo *hash* ao manejar a prova digital, discorrendo acerca do instrumento e sua capacidade de conferir confiabilidade a prova.

A cadeia de custódia da prova

Muito embora a matéria de cadeia de custódia não seja novidade no âmbito processual penal, o Pacote Anticrime incluiu importantes artigos que regulamentam de forma minuciosa os procedimentos a serem adotados para o manuseio da prova, os quais revelam verdadeiro avanço na legislação penal. O artigo 158-A do CPP, introduzido pela Lei nº 13.964/2019 leciona que se entende por cadeia de custódia:

Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história

cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Ainda, “Cadeia de custódia da prova nos remete ao conjunto de procedimentos, concatenados, como elos de uma corrente, que se destina a preservar a integridade da prova, sua legalidade e confiabilidade” (LOPES JÚNIOR, 2022). Em outras palavras, são maneiras de garantir a fiabilidade a prova. E por que se faz tão necessário garantir tal fiabilidade? Justamente porque as provas estão diretamente relacionadas com a formação da convicção do julgador, exercendo função cognitiva, remontando as circunstâncias do fato delituoso que, ao final do processo, culminarão no juízo valorativo do juiz.

À vista disso, partindo da importante relação entre as provas produzidas no processo penal e a influência exercida na cognição do julgador, resulta inequívoca a importância de se empregar todos os mecanismos existentes, sobretudo quando já regulamentados, a fim de assegurar a sua integridade (legalidade/qualidade).

Neste sentido, a preservação da cadeia de custódia da prova revela uma virada de página em relação ao “velho problema categorial da prova penal e sua relação com a verdade material” (PRADO, 2015).

O tema da prova ocupa posição central no processo penal, e historicamente está relacionado com a pretensão de busca da verdade real ou material, como forma de legitimação do exercício do poder punitivo estatal. A recente preocupação com a preservação da cadeia de custódia revela um olhar para além da evidência (resultado probatório). Em uma perspectiva epistêmica, o conhecimento verdadeiro, científico, vai além da opinião irrefletida (evidência). Daí a importância de verificação do todo, inclusive do caminho percorrido até o resultado probatório, posto que no Estado de Direito as ações das agências estatais responsáveis pela persecução penal possuem sua legitimidade atrelada ao respeito irrestrito da legalidade. No dizer de Rui Cunha Martins (2010), a verdade epistêmica pressupõe o constrangimento das evidências.

A preservação da cadeia de custódia da prova, assim compreendida, se insere num contexto de controle epistêmico da prova, como instrumento a serviço da verdade epistêmica (PRADO, 2015). Isso porque torna possível às partes processuais e ao próprio juízo a *verificação* e a *refutação* (FERRAJOLI, 2006) da legalidade da produção da prova e da sua acertabilidade, possibilitando a formação de um convencimento

refletido sobre os fatos e a revisão desse convencimento por intermédio dos recursos disponíveis. Trata-se de impor ao Estado a obrigação de conservar a prova, a fim de garantir a sua confiabilidade ou, na expressão de Geraldo Prado (2014), a sua *mesmidade*: uma garantia de que a prova colhida é a *mesma* que a projetada em juízo. Por isso “a exigência da preservação da cadeia de custódia das provas configura elemento fundamental da adequação do processo penal ao estado de direito” (PRADO, 2015).

A propósito, Baytelman e Duce (2014) relacionam a exigência de preservação da cadeia de custódia da prova ao Estado de Direito a partir do princípio da desconfiança. No dizer dos autores, ao Estado não é permitido depositar uma confiança preestabelecida em uma das partes processuais, sequer pelo fato de essa parte representar o Estado acusação. O significado de determinada prova (resultado probatório) ou a sua legalidade não podem decorrer da posição do sujeito processual que apresenta a prova. As partes, no exercício da atividade probatória, devem demonstrar não apenas o resultado da prova, mas também a sua legalidade, a sua idoneidade, e a verificação ou refutação disso, por meio do contraditório, depende invariavelmente da preservação da cadeia de custódia.

Neste cenário, o descumprimento das obrigações normatizadas de preservação da cadeia de custódia da prova acarreta a sua ilicitude, na medida em que obtida em contrariedade às normas legais estabelecidas pelo Código de Processo Penal (MENEZES, BORRI, SOARES; 2018). Essa é a consequência que se extrai da redação do artigo 157 da legislação processual, e que inafastavelmente gera a contaminação das demais provas por derivação, em uma relação de causalidade natural e normativa.

A cadeia de custódia da prova digital

Em um primeiro momento, faz-se necessário conceituar a prova digital, tendo definição encontrada na doutrina como sendo “qualquer tipo de informação, com valor probatório, armazenada (em repositórios eletrônicos-digitais de armazenamento) ou transmitida (em sistemas e redes informáticas ou rede de comunicações eletrônicas, privadas ou publicamente acessíveis, sob forma binária ou digital” (RODRIGUES, 2011).

Uma das particularidades desta espécie de prova centra-se na sua extração e armazenamento, visto que em decorrência disso é necessário a adoção de diligências específicas para a obtenção e manejo da prova digital. Tais diligências são necessárias em decorrência das características intrínsecas às provas digitais, sobretudo sua imaterialidade, fragilidade e volatilidade.

Estas características indicam a fácil alterabilidade dessas informações, especialmente no que se refere a sua volatilidade, pois facilmente podem ser submetidas a modificações, seja de forma intencional, ou, ainda, acidental durante a extração, sem que isso deixe vestígios nítidos de distorção. Frente a tais particulares, tem-se que muito além do cuidado no momento da apreensão dos aparelhos que contêm os dados digitais, suas características impõe a aplicação de procedimentos próprios para obtê-las da forma correta.

A partir da sua apreensão, “a potencial fonte de prova digital pode ser facilmente contaminada. A gestão da fonte de prova digital com instrumentos *computer forenses* é muito delicada, vez que apresenta uma grande taxa de vulnerabilidade e de exposição a erros” (ZICCARD, 2007). Isso conduz a conclusão de que o manejo inapropriado das provas digitais poderá gerar sua inadmissibilidade e impossibilidade de utilização como meio de prova no processo penal.

Outrossim, importa referir que a extração e posterior disponibilização da prova digital deve visar a garantia da sua não modificação desde o estado originário da extração. Com vista disso, é fundamental a utilização de mecanismos que preservem a integridade dos dados e informações extraídas, como o código *hash*.

O AgRg no RHC nº 143.169 do STJ

O referido caso tratou da apreensão de computadores realizada com diversas irregularidades no que tange ao procedimento adotado, sendo estas elencadas em dois grandes eixos: i) a forma de extração dos dados não documentada (extraoficialmente e oficialmente), e ii) a circulação da informação em momento anterior à perícia oficial pela polícia.

A não adoção dos procedimentos necessários a garantir a confiabilidade e segurança das informações extraídas pela polícia são objeto de controle de legalidade, e não parâmetro de controle. Dessa forma,

em respeito a cadeia de custódia da prova, estas e suas derivadas foram declaradas inadmissíveis.

Na origem, o Agravante e outros seis acusados (fase II) foram denunciados pelo Ministério Público do Rio de Janeiro no âmbito da Operação *Open Doors*, que apurava a existência de uma suposta organização criminosa composta por centenas de pessoas e voltada à prática de furtos eletrônicos contra instituições financeiras. A Defesa do acusado Richard alegou que quando cumprida a medida de busca e apreensão dos seus computadores, foi negligenciada a adoção de medidas indispensáveis à preservação e registro do caminho percorrido para a extração, havendo quebra da cadeia de custódia da prova, conforme o art. 158-A, CPP.

Tal quebra se deu especificamente nos aparelhos eletrônicos, com o envio direto das informações, ou até mesmo dos computadores, ao banco ofendido, antes mesmo de passar pela análise da polícia, sendo que e que não há documentação dos métodos utilizados para acondicionar os materiais e extrair os dados neles contidos, requerendo a inadmissibilidade da prova oriunda dos computadores apreendidos na residência do paciente.

No voto proferido pelo Ministro Ribeiro Dantas, este afirmou que a ausência de adoção dos procedimentos específicos para manusear esse tipo de provas (digital) gerava dúvidas acerca da sua confiabilidade, sobretudo por já haver procedimento técnico estabelecido para extrair a prova digital de forma segura e integral. Ainda, mencionou que técnica do algoritmo *hash* a ser aplicado como procedimento já conhecido para extrair o conteúdo com fidedignidade.

A técnica mencionada acima trata de uma criptografia que utiliza um algoritmo para garantir a integridade e segurança das informações ali contidas. Conforme mencionado no acórdão, o código *hash* atua como uma impressão digital ou de DNA, visto que a disposição das informações no formulário eletrônico e-RPC é único para cada arquivo. Sendo assim, caso o arquivo venha a sofrer qualquer tipo de modificação, seja supressão de um parágrafo ou até mesmo de um único caractere, o código *hash* também será alterado, garantindo, dessa forma, sua confiabilidade. No caso julgado, houve alteração dos códigos *hashes*, e por essa razão, não seria prudente atribuir carga probatória valorativa a elas, pois modificadas.

O *hash* é uma sequência de *bits*, gerada por um algoritmo de dispersão, e, via de regra, sua geração deve ser a primeira atividade antes

de manipular os dados, para garantir a originalidade e integridade dos dados. A importância da realização deste procedimento é justamente a possibilidade de comparar os códigos *hash*, a fim de verificar se houve alguma alteração desde a primeira geração do *hash*, conferindo-lhe ou não carga probatória.

Ocorreu neste caso, assim como em muitos outros, a falta de diligência e cuidado no manuseio da prova pela equipe, a qual é responsável por empregar a melhor técnica e documentar o caminho percorrido para a extração, ainda mais que os procedimentos necessários a serem adotados nas provas digitais já são conhecidos. Ainda, não houve qualquer registro acerca da forma de coleta dos dados, vejamos parte do voto:

Não existe nenhum tipo de registro documental sobre o modo de coleta e preservação dos equipamentos, quem teve contato com eles, quando tais contatos aconteceram e qual o trajeto administrativo interno percorrido pelos aparelhos uma vez que apreendidos pela polícia.

Para além do fato da ausência de registro documental do procedimento adotado inicialmente pela polícia – o que já é extremamente problemático –, verificou-se que em data anterior à perícia dos computadores apreendidos, o conteúdo já havia sido enviado e examinado pela instituição financeira vítima. Isso significa dizer que em data pregressa à data oficial que consta a realização da perícia, a polícia já havia extraído os dados, frisa-se, de forma não documentada e sem adotar os procedimentos técnicos necessários.

Assim, é impossível saber quais informações foram entregues ao banco, tampouco se foram alteradas para haver favorecimento, visto que também figuram como vítimas do crime em tese perpetrados pelos réus. No caso, a dinâmica da extração da prova pode ser resumida da seguinte forma: i) extração extraoficial e não documentada pela polícia, ii) envio dessa informação e/ou dos computadores para a instituição financeira vítima para análise de perito privado, e iii) extração oficial sem técnica adequada.

Por fim, o Ministro afirma que a falta de registro mínimo pela polícia faz com que não seja possível assegurar que os elementos informáticos periciados pela polícia e pelo banco são íntegros e idênticos aos que existiam nos computadores do réu. Dessa forma, constata ter havi-

do ofensa ao art. 158, CPP, com a quebra da cadeia de custódia da prova, e estas são inadmissíveis, bem como suas provas derivadas. Votaram com o Ministro Ribeiro Dantas os Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik, conhecendo parcialmente o agravo, vencido o Relator Ministro Jesuíno Rissato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa, frisa-se, ainda em andamento, intentou-se em compreender a cadeia de custódia da prova, especialmente no que concerne à prova digital, delimitando a necessidade de demonstração da cronologia da prova, seus vestígios e preservação, exigências estas elucidadas na legislação e jurisprudência pátrias.

Para isso, observou-se os dispositivos trazidos pelo Pacote Anticrime, incorporados à matéria da cadeia de custódia como instrumento de pormenorizar os procedimentos que devem ser adotados para rastrear sua posse e manuseio. Ainda, analisou-se recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que reafirmou a indispensabilidade da adoção dos meios estabelecidos na legislação para conferir confiabilidade à prova, sobretudo a prova digital. Frente às ponderações acerca do julgamento supracitado, assenta-se que este entendeu que o caso objeto do julgamento não adotou os procedimentos estabelecidos a fim de manter a cadeia de custódia da prova, não havendo confiabilidade na prova extraída.

Dessa forma, da revisão conjunta da legislação e jurisprudência, contata-se que o resultado parcial da presente pesquisa verifica que o acórdão tende com a legislação atual de preservação da prova, demonstrando como consequência da não adoção dos procedimentos a declaração posterior da sua ilicitude, bem como do seu desentranhamento do processo.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. *Temasatuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 535.

BAYTELMAN A., Andrés; DUCE J., Mauricio. *Litigación penal: juicio oral y prueba*. México: FCE, 2005, p. 283 *apud* PRADO, Geraldo. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 22, nº 262, set./2014, p.16-17.

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.htm. Acesso em: 26 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. AgRg nº 143.169/ RJ, Rel. Min. Jessuino Rissato. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202100573956. Acesso em 26 jul. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. 6.ed. Editorial Trotta: Madrid, 2004.

Lopes Jr, Aury. **Direito processual penal**. Saraiva Educação SA, 2022.

MARTINS, Rui Cunha. O ponto cego do Direito: *the Brazilian Lessons*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.128>

PRADO, Geraldo. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 22, nº 262, p. 16-17, set./2014.

RODRIGUES, Beijamin Silva. **Da prova Penal: Tomo IV - Da prova-eletrônico-digital e da criminalidade informático-digital**. Lisboa: Rei dos Livros, 2011, p. 39.

ZICCARD, Giovanni. *Investigazione penale e tecnologia informatica. L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*. Milano: Giuffrè, 2007.

A EXPANSÃO PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL

The Criminal Expansion and the Criminal Politics

Gustavo Michels Botega¹

INTRODUÇÃO

Não há como negar que o mundo é feito de mudanças e a passagem do tempo deixa sua marca. Isso não se discute. Mas também é verdade que a era em que vivemos agora indica uma série anormal de mudanças que muitas vezes são chamadas de sociedade de risco, sociedade de consumo, sociedade da informação ou simplesmente pós-moderna. Alcinhas, que, no entanto, ainda imprecisas, refletem muitas das nuances em que a sociedade moderna se apresenta. Isto é, com a intensa expansão e evolução da tecnologia, surge a necessidade de um intervencionismo célere – e muitas vezes opressor – quando comparado ao Estado de Direito anterior.

De fato, parece que vivemos numa época em que existem fortes “limitações” no sentido que a antropologia sugere. “Limite” refere-se

1 Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Especializando em Ciências Criminais junto ao Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (Faculdade CESUSC). Graduado em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) Campus Tubarão/SC. Membro Consultivo das Comissões de Direito Penal e Advocacia Criminal, e de Investigação Defensiva e Justiça Penal Negociada, da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Santa Catarina. Presidente da Comissão de Segurança, Criminalidade e Violência Pública da Subseção de Tubarão/SC, da Ordem dos Advogados do Brasil. Grupo de Estudos: Núcleo de Estudos em Estado Política e Direito – NUPED e Grupo Andradiano de Criminologia, da Universidade do Extremo sul Catarinense – UNESC. Currículos Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3995774291261036>. E-mail: Gustavo.m.b@hotmail.com.

ao período de transição entre o interior e o exterior, uma transição de estágio intermediário, que pode ser expresso metaforicamente por um portal na imagem de um espaço neutro entre o interior e o exterior. (GENNEP, 1978) (TURNER, 1974)

Como não há uma referência clara nesta fase, é melhor você prestar atenção não apenas para captar e entender o problema real, mas principalmente para encontrar uma solução. No entanto, isso não é observado hoje. Infelizmente, a cautela não é apropriada em nosso tempo. O desenvolvimento social criou um terreno fértil não apenas para o desenvolvimento do direito penal, mas também para o surgimento do direito penal, especialmente o direito penal de natureza antidemocrática.

A dificuldade é que, em consequência da velocidade da evolução tecnológica, verifica-se, diversas vezes, a criação de regras sem o devido conhecimento acerca da questão e, principalmente, das consequências. Em razão disso, nota-se diariamente uma progressão geométrica de ativismo judicial, em que os julgadores deliberam da maneira que melhor lhe convém, muitas vezes prejudicando direitos fundamentais, na tentativa de enfrentar e solucionar questões oriundas de avanços tecnológicos (FERREIRA, MASIERO e AMARAL MACHADO, 2018).

Somam-se, ainda, outros dois fatores que acabam legitimando o ativismo judicial, bem como a criação exagerada de novas normas. O primeiro se dá na justificativa habitualmente ouvida: o sistema falho é o culpado pela violência no Brasil. Com efeito, a sociedade indaga seus representantes por mais policiamento, mais punição e, conseqüentemente mais exercício do direito penal. A busca por penas maiores e mais severas visam uma tentativa de solução acerca da violência, por parte do sistema judiciário.

O segundo ponto é a inatividade de juristas em manifestações contrárias e/ou favoráveis às decisões sumariamente tomadas, sob a desculpa de uma suposta neutralidade política. Isso porque, nos dias atuais, não é possível manifestar-se, sem que haja qualquer suposição acerca de uma possível vinculação político-partidária, sempre levada à extremos. Por este fato, acaba-se vinculando toda e qualquer manifestação técnica com opiniões políticas, de modo a renunciar as manifestações, distanciando o Direito e Política. (FERREIRA, MASIERO e AMARAL MACHADO, 2018).

Ampliando o Direito Penal.

O surgimento de novos campos de interesse social, como meio ambiente, genética, tecnologia da informação e economia, são frequentemente associados ao fenômeno da globalização e transnacionalização dos eventos sociais, abrindo um novo espaço jurídico, onde os Estados também aplicam o direito penal como meio de solução de embates. E nesse contexto, há uma extensão natural do direito penal.

O grande problema da ciência criminal moderna, porém, não advém apenas do campo cada vez maior da regulamentação penal, ou seja, do simples fato de haver “mais direito penal”, mas muito mais do modo como ele funciona, no que tange a qualidade, de um ponto de vista dogmático, ou de um ponto de vista político-criminal. Em outras palavras, não é uma questão de quantidade (qual direito penal é mais), mas uma questão de qualidade (qual direito penal).

Do ponto de vista dogmático, deve-se notar que a complexidade das acusações está aumentando rapidamente não apenas no campo do direito penal secundário, mas também no chamado campo do direito penal clássico, como resultado direto da crescente complexidade das relações sociais. Conceitos tradicionais como vida e morte são desafiados pelos avanços tecnológicos da medicina atual. Ao mesmo tempo, as sanções sobre coisas como o meio ambiente levantam todos os tipos de problemas, que destacam a dificuldade de separar categorias tradicionais como atores ativos e passivos, decisões, causas e efeitos, interesses legítimos, cenas de crime e muito mais. (RONZANI, 1992; DAXENBERGER, 1997; MARTIN, 1989)

A complexidade desses casos afeta diretamente a seleção e desenvolvimento de remédios específicos. Se, em termos ideais, um tipo de crime deve descrever o conteúdo substantivo do crime da forma mais verdadeira e objetiva possível, então é claro que quanto mais difícil for delinear, mais difícil será concluir a tarefa. Dificuldades em descrever casos mais complexos acabam por favorecer métodos formais de tratamento, que geralmente se encontram em descumprimento de deveres administrativos ou falta de valores comportamentais exclusivos.

O resultado é que os tipos são tão fortemente isolados do conteúdo material da culpa percebida que, na prática, muitas vezes são completamente perdidos e, em última análise, não desempenham nenhum papel no escopo hermenêutico, mesmo que o propósito seja limitar o escopo dos tipos. Assim como os “fragmentos da realidade” que

você quer proibir não importam mais após a criação dos tipos, os tipos ganham autonomia com relação às suas bases materiais, de modo que as diretrizes do neopositivismo permitem que sejam aplicados, existindo ou não. Claro, isso não acontece sem violar ou ignorar os princípios básicos do direito penal. Este comentário em si é sério. Mas o cenário político atual do crime o torna ainda mais perturbador.

A Era da “eficiência” e da “segurança”.

Hoje vivemos na era do crime político. Tanto na América Latina como na Europa, as atividades criminosas políticas populistas estão em ascensão, de natureza flagrantemente pragmática e utilitária, e disposta a pagar preços muito altos por razões de segurança e anticrime. Nesses casos, muitas vezes há pouco espaço para considerações científicas (HASSEMER, 2000), e muitas vezes os princípios fundamentais e garantias do direito penal são vistos como obstáculos à luta contra o crime. Entre o pretexto político-criminal da segurança e a proteção dos direitos e garantias fundamentais, abrem-se espaços de conflito onde muitas vezes as liberdades tendem a ser violadas para maximizar o objetivo comum da prevenção.

Os resultados reais são conhecidos por todos. Por um lado, faltam salvaguardas processuais e medidas de vigilância altamente invasivas (HASSEMER, 2009). Por outro lado, no tocante às questões técnicas apontadas, o desenvolvimento do direito penal não mais se dá no “campo da tutela provisória”, mas mesmo diante dessa tutela provisória, o ato proibido é apenas um descumprimento da obrigação, sendo a punição distribuída apenas na fase preparatória (FRANCO, 2009). Mas claro, tudo a pretexto de “boa razão”, tudo é garantido que “está tudo bem”, tudo está seguro. (HASSEMER, 2000)

Claro, essa regulamentação legal e política é bastante séria. Mas o mais inquietante permanece inexplorado, confirmando a grande assimetria no conflito entre segurança e liberdade exacerbado pelos “constrangimentos” do contexto sócio-histórico. Mas a grande questão é como a ciência penal responde a essa realidade, ou mais especificamente, como os princípios e proteções do crime são tão facilmente descartados pelo simples motivo de otimizar os esforços de combate ao crime. (MONTOVANI, 2001) Especialmente se, como seria de se esperar, isso não ocorre no quadro de um estado totalitário, mas no atual estágio de

desenvolvimento dos estados democráticos de direito e dos princípios e direitos fundamentais.

A incapacidade de criticar o dogma criminal é real. E o “contra-terrorismo” como uma espécie de base mágica gera resistência, se em algum momento ainda for possível defender os fundamentos. A chamada “guerra ao terror” parece justificar qualquer preço, mesmo que isso signifique ignorar promessas democráticas históricas, como evidencia a surpreendente e amplamente discutida proposta de quebrar a noção de que o homem é o inimigo no direito penal (JAKOBS, 2005).

O Lugar e o Papel da Justiça Criminal.

As perguntas sobre o papel do direito penal são, obviamente, as primeiras e principais perguntas sobre como entendemos e entendemos o direito penal. As questões colocadas são muitas vezes confundidas com meras questões de utilidade.

O direito penal certamente não é uma ferramenta de resolução de conflitos. Ele é mais do que isso. O direito penal é um verdadeiro legado da civilização. Pertence ao campo do direito penal e garante por meio dele grandes liberdades e garante que as estruturas modernas conquistaram muitas constituições ao redor do mundo do ponto de vista do pragmatismo. Essa conquista, que custou a vida de muitas pessoas, é o legado mais importante do direito ocidental. Eles refletem a integração da consciência de direitos básicos que constitui (ou pelo menos deveria constituir) a sociedade moderna, bem como nossa concepção do ser humano.

O direito penal não pode ser concebido ou formulado dentro dos limites da chamada “razão instrumental” (CASTANHEIRA NEVES, 1998) ou meramente do “pensamento calculado”, mas sim como uma expressão direta da “racionalidade baseada em valores”, ou seja, “pensamento que reflete o sentido que rege tudo o que existe”. Isso ocorre porque o direito penal deriva seu verdadeiro significado de autonomia e identidade. Especificamente, isso significa favorecer a legitimidade sobre a eficiência. A este respeito, o direito penal é baseado na chamada teoria funcional. Segundo Castanheira Neves, na visão aqui defendida, a questão fundamental do direito não é “para que serve o direito?” mas “o que é o direito?”. Em vez de uma estrita plausibilidade do instrumento, um axioma é fornecido, fornecendo-se validade em vez de eficiência. (CASTANHEIRA NEVES, 1998)

Claro, isso não significa que o conceito de jurisdição no direito penal não seja levado a sério. Isso também não significa que a política criminal deva desempenhar um papel secundário na chamada “ciência geral do direito penal”. Na verdade, discutir a predominância entre política criminal e direito penal é completamente errado. Direito penal e política criminal não podem competir porque não mantêm o mesmo fundamento e função. São diferentes aspectos de análise com abrangência igualmente variada. Aliás, esta é uma boa ilustração do campo da ação política criminal, que se tem revelado mais amplo e rico do que aquele definido pelo Código Penal. (FARIA COSTA, 2009)

Procura-se enfatizar é que antes de questionar a utilidade de um determinado crime como crime político, deve-se primeiro questionar a legalidade/pertinência da lei penal e sua constituição. E pouco importa o peso dos interesses político-criminais aqui referidos, quer se trate da simples otimização de funções administrativas ou do combate ao terrorismo. Todos os interesses só podem ser perseguidos pelo direito penal no quadro das normas criminais e constitucionais. (FELDENS, 2008) E neste ponto, ou seja, no que diz respeito ao uso do direito penal na política criminal, é sem dúvida “um obstáculo intransponível para a política criminal”. (LISZT)

Cabe ressaltar que essa interpretação não restaura a relação entre direito penal e política criminal com base na lógica da tensão, objeto da famosa crítica de Roxin. (ROXIN, 2000) Simplesmente explica que o direito penal e a política criminal são campos separados e possuem autonomia suficiente para admitir conflitos intermitentes.

Na atual situação científica, o direito penal não pode mais ser considerado como um sistema puramente silogístico formal dentro dos limites de um estreito ponto de vista positivista. (MUÑOZ CONDE, 2007) Princípios como o *nullum crimen sine lege*, o *nullum crimen sine culpa*, o *nullum crimen sine iniuria*, bem como os critérios axiomáticos gerais para a exclusão de crimes e violações da lei, não devem ser considerados fora do direito penal. Esses valores, enraizados na política criminal, foram materializados ao longo da história tanto no direito penal quanto no direito constitucional. (ALEXY, 1994) (CANOTILHO, 2002) Hoje, esses são os princípios e regras básicos da dogmática penal e da própria Constituição. Com efeito, não só constituem a dogmática penal, como também conferem ao próprio direito penal uma identidade e autonomia quanto à sua orientação axiomática.

Com base nesse pressuposto, fica claro que a eficácia e conveniência do direito penal devem ser consideradas antes de dividir o espaço jurídico/legalidade do direito penal em um país democrático e legal. E esta análise de viabilidade deve ser realizada no âmbito da própria lei penal, tendo como referência os princípios e fundamentos da própria lei penal.

As consequências dessa orientação são muitas e afetam todo o sistema penal. Por um lado, há uma restauração do significado básico do direito penal que distingue o significado básico do significado funcional. Em vez disso, ofensas e punições começam a encontrar justificativa em outros critérios. Deste ponto de vista, a ilegalidade não pode ser justificada como uma simples “reivindicação de punição”. Primeiramente, é necessário analisar a existência de “respeito à proibição do crime” e, uma vez verificada a sua existência – e, portanto, a existência do crime –, pode-se verificar a “necessidade da punição”.

Mas como essas são as manifestações mais acentuadas da restrição dos direitos estatais, é certo que a proibição penal não tem justificativa especial. (LAGODNY, 2003) (BÖSE, 2003) E, esta justificação só pode, logicamente, ser presumida pela legitimidade democrática do legislador (ROXIN, 2007) ou pela “boa vontade” do Estado na persecução dos seus objetivos, nem pode ser encontrada senão no carácter vazio dos argumentos formalistas ou funcionalistas. A validade da transgressão deve ser procurada ao nível físico, nas próprias peças que lhe conferem um carácter particular. Por tudo o que foi dito aqui, essa dimensão não pode ser considerada pragmática.

Nesse contexto, temas tradicionais como o conceito material de crime e a teoria do bem jurídico são revividos. Um objeto de inovação e aperfeiçoamento racional, como exige o próprio ciclo da história. Por exemplo, a ofensividade, entendida não apenas como dano, mas também como ataque à rede criminosa, parece ser a principal categoria nesse contexto. Na verdade, em particular, acredito que o conceito de risco, uma vez desenvolvido de forma arbitrária, pode formar uma categoria importante dentro dos limites físicos do crime, levando à fragmentação do conceito de crime. Ou seja, o conceito de crime é concebido em termos de ilegalidade, não de punição ou necessidade de punição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Logo, a ciência penal a serviço da política criminal não ajuda em nada nestes tempos difíceis. É claro que o reconhecimento e a proteção dos direitos e garantias fundamentais inevitavelmente implicam limites à política de segurança pública. No entanto, o exercício de direitos e garantias semelhantes é limitado. E somente quando esses limites precisos forem levados a sério, sem nenhuma justificativa, poderemos avançar no sentido de trazer o estado de bem-estar de volta ao ideal baseado no direito penal. (FRANCO, 2009)

Claro, o conceito de segurança só faz sentido se trouxer liberdade, não a si mesmo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 5.^a ed., Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, **Constituição da República Portuguesa anotada**, 3.^a ed., Coimbra : Coimbra Ed., 1993, p.151.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Boletim da Faculdade de Direito** 74 (1998), Coimbra, p.24.

FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de direito penal**. Fragmenta iuris poenalis. Introdução, 2. Ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

FELDENS, Luciano, **A Constituição penal**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano, **Direitos fundamentais e direito penal**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERREIRA, Carolina Costa; MASIERO, Clara Moura; AMARAL MACHADO, Érica Babini. **Lapa do. Pós-Constituição de 1988**: um cruzamento entre produção legislativa e impactos de encarceramento. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 147. ano 26. São Paulo: Ed. RT, setembro 2018.

FRANCO, Alberto Silva. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

GENNEP, Arnold van, **Os ritos de passagem**, tradução de Mariano Ferreira e apresentação de Roberto da Matta, Petrópolis : Vozes, 1978.

HASSEMER, Winfried. **Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal en la actualidad**, org. Hans Jörg Albrecht, Ulrich Sieber, Jean-Michel Simon, Felix Schwarz, Corrientes: Ed. del Puerto, 2009.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**, 2005.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**, vol.2, p.80.

MUÑOZ CONDE, Francisco, **La relación entre sistema de derecho penal y política criminal**: historia de una relación atormentada, Revista de Estudios Criminales, 27 (2007), Porto Alegre.

ROXIN, Claus, **Política criminal e sistema penal**, trad. por Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TURNER, Victor W., **O processo ritual**. Estrutura e antiestrutura, tradução de Nancy Campi de Castro, Petrópolis: Vozes, 1974, p.201 ss.

WINFRIED, Hassemer. **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB** Ano 1 Vol 1 N° 1 Junho 2013.

A SUBJETIVIDADE DO CONCEITO DE FUNDADA SUSPEITA E A SUA IMPLICAÇÃO NA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA, NORTEADA PELOS RECENTES JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ).

The subjectivity of the concept of founded suspicion and its implication on legal (un)certainty, guided by recent judgments of the Superior Court of Justice.

Lorenzo Rosa Stiehl¹

INTRODUÇÃO

O trabalho envolve a análise dos artigos 240, § 2º e 244, do Código de Processo Penal à luz da jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, visando aprofundar a problemática decorrente dos conflitantes posicionamentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça em virtude da subjetividade do conceito de fundada suspeita, avaliando a hipótese influência na segurança jurídica, por meio de revisão bibliográfica e jurisprudencial.

1 Lorenzo Rosa Stiehl. Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. O Direito Fundamental à Segurança e sua Materialização no Âmbito Processual Penal: conteúdo e limites das obrigações processuais penais positiva. Graduando em Direito; lrosastiehl@gmail.com.

DESENVOLVIMENTO

Da segurança jurídica e do papel do Superior Tribunal de Justiça

A despeito de não constar expressamente no texto constitucional, a segurança jurídica é um dos fundamentos do Estado Constitucional (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2022, p. 403, *apud* MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*, p. 16), evidenciando a existência do direito fundamental à segurança jurídica, notadamente porque dela deriva, por certo, o direito ao processo justo.

E é inegável que, para haver processo justo, é necessário segurança no resultado da prestação jurisdicional, daí a gênese do respeito ao precedente judicial (artigos 926 e 927 do CPC), sendo que a obrigação do Poder Judiciário de seguir precedentes é advém da própria Constituição.

No que concerne ao aspecto ora abordado, é relevante salientar que o Superior Tribunal de Justiça ocupa, por força do Constituinte, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida (a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência, (b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal, ou (c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, funcionando, pois, como guardião do ordenamento jurídico federal (GARCIA ALGARTE ASSUNÇÃO, 2013, p. 5, *apud* MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005).

O entendimento da Corte importa — e muito — para o ordenamento jurídico, sobretudo àquele hierarquicamente inferior, de modo que o posicionamento da Corte influenciará os magistrados de primeiro grau e os Tribunais dos demais Estados da Federação. A estabilidade e a confiabilidade do posicionamento da Corte Cidadã são, portanto, de suma relevância, englobando não só a tese fixada no precedente ou o teor do julgado, mas também a *ratio decidendi* que o acompanha.

Em arremate, é certo que o fortalecimento da eficácia vinculante da jurisprudência e dos precedentes judiciais no Direito brasileiro incrementa a segurança jurídica e norteia a atuação do legislador, sobretudo em matéria processual (THAMAY, GARCIA JUNIOR, FROTA JUNIOR, 2021, p. 25).

Análise do posicionamento da Corte em relação ao conceito de fundada suspeita

Se a previsibilidade e a estabilidade da jurisprudência dos Tribunais Superiores influem positivamente na segurança jurídica do sistema de justiça, a ausência desses vetores acarreta, inexoravelmente, no oposto.

Ao observar o Código de Processo Penal, em especial os artigos 240, § 2º e 244, caput, depreende-se que a busca pessoal é autorizada sempre que houver fundada suspeita de que o cidadão esteja carregando, consigo, qualquer objeto relacionado à prática de uma infração penal, podendo se tratar do corpo de delito em si ou de instrumentos para a sua prática (DE LIMA GALDURÓZ, p. 4).

A vagueza de tal conceito, tão fluído em virtude da própria subjetividade que carrega, dificulta a observância pelos Tribunais dos parâmetros concernentes à segurança jurídica acima referidos. Em decisões mais recentes da Corte Cidadã é perceptível a desarmonia, apesar de se constatar um esforço para a melhor delimitação do conceito. Não obstante, os entendimentos não raras vezes colidem entre em si e fomentam a incerteza já existente pela extensa amplitude semântica do conceito.

Para melhor ilustrar, convém observar o *habeas corpus* n.º 742.815/GO, da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 23 de agosto de 2022, cujo teor integrou o Informativo n.º 749, de 19 setembro de 2022: naquele julgado, assentou-se que *“o ato de dispensar uma sacola na rua ao notar a aproximação da guarnição, somado ao nervosismo demonstrado e à denúncia anônima pretérita de que o acusado estava praticando o crime de tráfico de drogas no local, indica a existência de fundada suspeita de que o recipiente contivesse substâncias entorpecentes e de que o réu estivesse na posse de mais objetos relacionados ao crime.”*

Noutro julgado, a mesma Turma do mesmo Tribunal, no REsp n.º 1.961.459/SP, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, julgado em 5 de abril de 2022, entendeu que: *“a percepção de nervosismo do averiguado por parte de agentes públicos é dotada de excesso de subjetivismo e, por isso, não é suficiente para caracterizar a fundada suspeita para fins de busca pessoal [...]”*. Do mesmo modo, no AgRg no HC 734.263-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 14/06/2022, fixou-se que: *“a mera denúncia anônima, desacompanhada*

de outros elementos concretos, não é suficiente para evidenciar a necessária justa causa para a busca pessoal e veicular”.

Nesse caso, a busca pessoal realizada pelos policiais foi justificada apenas com base no fato de que o acusado, que estava em local conhecido como ponto de venda drogas, ao avistar a viatura policial, demonstrou nervosismo.

Já no HC n. 789.491/PR, da Quinta Turma, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 24/4/2023, entendeu-se configurada a fundada suspeita no fato de que, quando questionado pelos policiais, o abordado utilizou “respostas vagas e imprecisas para responder perguntas simples, caracterizando a fundada suspeita para abordagem”. Essa circunstância, comparada aos parâmetros dos outros dois julgados mencionados acima, mostra-se a mais frágil.

A agravar a inconsistência, cita-se o HC n. 810.971/SP, de relatoria do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, da Sexta Turma, julgado em 12/6/2023, cujo entendimento foi que a mudança abrupta de direção do indivíduo ao avistar a viatura policial como insuficiente para configurar a fundada suspeita. Lado outro, no HC n. 798.124/SP, de relatoria do Ministro Messod Azulay Neto, da Quinta Turma, julgado em 8/5/2023, entendeu-se configurada a fundada suspeita porque o indivíduo, ao avistar a viatura policial, “reduziu expressivamente a velocidade e tentou deixar a estrada, procurando vias de acesso, local onde estas não existiam”.

Já no recurso em *habeas corpus* n.º 173.021/SP, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Junior, em entendimento certamente diverso, “o fato de ter demonstrado medo ao avistar a viatura da guarda, jogando para o lado uma sacola” não foi suficiente para configurar a fundada suspeita.

Com essa comparativa, nota-se que a definição do conceito de fundada suspeita carece de clareza, tal como o *standard* probatório a ela inerente, a despeito de haver se debruçado a respeito o Ministro Schietti, na importantíssima decisão do RHC n. 158.580/BA, julgado em 19/04/2022, analisando inclusive os aspectos pertinentes à desigualdade social e racial, não raras vezes alimentada pelo policiamento ostensivo, majoritariamente concentrado em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos por fatores essencialmente subjetivos:

Exige-se, nesse sentido, “a existência de fundada suspeita (justa causa) - baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a

maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto - de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.

É incontestável a necessidade de melhor delimitar o conceito de fundada suspeita e as justificativas que o amparariam em casos concretos, mormente por se tratar de hipótese que envolve violação a direitos fundamentais, o que acarreta necessidade de interpretá-la nos estritos limites dos requisitos legalmente previstos, de maneira restritiva e rigorosa, conforme leciona Alexandre Morais da Rosa (ROSA, 2014, p. 60 e 61, *apud* DE LIMA GALDURÓZ, p. 4):

Para operacionalizar o devido processo legal substancial se recorre ao princípio da proporcionalidade (razoabilidade), o qual deve sempre ser aquilutado em face da ampliação das esferas individuais da vida, propriedade e liberdade, ou seja, não se pode invocar a proporcionalidade contra o sujeito em nome do coletivo, das intervenções desnecessárias e/ou excessivas. No processo penal, diante do princípio da legalidade, a aplicação deve ser favorável ao acusado e jamais em nome da coletividade, especialmente em matéria probatória e de restrição de direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há desarmonia nas decisões dos Tribunais Superiores em relação à definição e configuração da fundada suspeita a que alude o art. 240 e 244 do Código de Processo Penal, cuja afetação à segurança jurídica é corolário lógico, em virtude da organização do sistema judicial exposto alhures, o qual preza pela observância do posicionamento das Cortes Superiores, sobretudo diante da imposição legal em determinados casos (art. 926 do Código de Processo Civil, aplicado ao processo penal por força do art. 3º do Código de Processo Penal) e pelo próprio caráter de importância do qual se reveste a Corte Cidadã, guardiã do ordenamento jurídico federal.

Depreende-se, portanto, a necessidade do Superior Tribunal de Justiça, em atenção ao papel constitucional que exerce, melhor delimitar

o conceito de fundada suspeita, uniformizando, assim, a jurisprudência, calhando destacar a importância da manutenção da atual percepção quanto ao *standard probatório* (estabelecida de forma primeira no RHC n. 158.580/BA), sinalizando a necessidade de devidamente aferir, de modo objetivo e devidamente justificado pelos indícios e circunstâncias do caso concreto, de que o indivíduo esteja, de fato, na posse de ilícitos que autorizem a abordagem para busca pessoal e a urgência da aludida diligência.

REFERÊNCIAS

JR., Aury Lopes. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 24 jul. 2023.

JR., Aury L. Direito processual penal. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 25 jul. 2023.

DE LIMA GALDURÓZ, Eduardo. A busca pessoal e a “atitude suspeita”: Releitura crítica dos artigos 240, § 2º e 244, do CPP. Disponível em https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2015/10/busca_pessoal.pdf. Acesso em: 24 jul. 2023.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 30 jul. 2023.

GARCIA ALGARTE ASSUNÇÃO, Leandro. Superior Tribunal de Justiça como Corte de Precedentes: Um novo perfil a partir do pensamento de Michele Taruffo. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=40bf-82623caded1c>. Acesso em 30/07/2023.

LEI Nº 14.550/23: A RECENTE ALTERAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA E NATUREZA JURÍDICA CAUTELAR DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Law nº 14.550/23: The recent amendment of the Maria da Penha Law and the precautionary legal nature of the urgent restraining orders

Ana Paula Franco¹
Juliana Possani Kirsch²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a analisar a recente alteração na Lei Maria da Penha, com enfoque na discussão doutrinária que analisa as medidas protetivas de urgência e sua natureza jurídica. Pelo fato da Lei nº 11.340/06 ter permanecido silente quanto a este ponto, é natural a diversidade de posicionamentos sobre seus aspectos jurídicos. Todavia, esta discussão ganhou um novo capítulo com a Lei nº 14.550/23 que

- 1 Ana Paula de Moura Franco; bacharelada em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS); Grupo de pesquisa: **“O direito fundamental à segurança e sua materialização no âmbito processual penal: conteúdo e limites das obrigações processuais penais positivas”**; Estagiária no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; E-mail anadpmfranco@gmail.com.
- 2 Juliana Possani Kirsch; bacharelada em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS); Grupo de pesquisa: **“O direito fundamental à segurança e sua materialização no âmbito processual penal: conteúdo e limites das obrigações processuais penais positivas”**; Pesquisadora PROBIC/EAPER-GS e estagiária na Defensoria Pública da União do Rio Grande do Sul; E-mail ukirschj@gmail.com.

entrou em vigor em 20/04/2023, promovendo importantes alterações no procedimento das medidas protetivas, com o objetivo de dar uma resposta estatal eficiente ao evitar o dano ou a lesão ao direito, e promover a diminuição dos índices de violência.

O crescente debate sobre a recente alteração legislativa provocou um questionamento sobre a presunção de inocência e a marginalização do homem. Considerar uma legislação que protege as mulheres, desamparadas na sociedade patriarcal e vítimas de séculos de violência, como um suposto privilégio de gênero como sugere MENDES (2009), acarreta “em um desserviço à Lei Maria da Penha, ao Poder Judiciário e órgãos de persecução penal e, sobretudo, às mulheres” (MONTEIRO, 2022).

Diante do constante aumento de todas as modalidades de violências de gênero e dos avanços dos debates de proteção à mulher vítima, o legislador faz uma escolha que, à primeira vista, gera um problema dogmático e, teoricamente, coloca em segundo plano a segurança jurídica e as garantias do processo penal. A alteração legislativa consiste na possibilidade de conceder as medidas protetivas de urgência, em juízo de cognição sumária, a partir do depoimento da ofendida. Isso quer dizer, independentemente da tipificação penal da violência, do ajuizamento de ação penal ou cível, da existência de inquérito policial ou registro de boletim de ocorrência (Art. 19, §5º da Lei nº 11.340). Ainda, permite a sua vigência enquanto persistir risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes (Art. 19, §6º da Lei nº 11.340). Logo, resta a seguinte pergunta a ser respondida no trabalho: a alteração legislativa propõe uma proteção que se contrapõe às garantias penais?

A importância deste trabalho manifesta-se no constante crescimento da violência de gênero, nas suas mais diversas modalidades, mostrando-se cada vez mais grave e de difícil superação pelo poder legislativo e judiciário. Dados do 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2023) mostram 245.713 agressões por violência doméstica no ano de 2022, com aumento de 2,9% em relação à 2021, e o alarmante número de 445.456 medidas protetivas de urgência concedidas, apresentando um crescimento de 13,7% também em relação ao ano anterior. Percebe-se que a luta da mulher vítima de violência doméstica e familiar está longe de se encerrar, fazendo-se necessárias alterações legislativas que visam, cada vez mais, efetivar o cumprimento da lei que as protege.

Na pesquisa, são analisados os índices de violência doméstica no Brasil dispostos no 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2023), a natureza jurídica das medidas protetivas, e a eficácia de seus dispositivos com foco na sua recente alteração legislativa (Lei 14.550/2023). O método de abordagem é o hipotético-dedutivo. A pesquisa é qualitativa de caráter descritivo-exploratório, pois finda descrever o fenômeno da alteração legislativa e seus impactos na aplicação da lei. A técnica de pesquisa é a bibliográfica, a partir de uma revisão dos mais recentes e dissonantes artigos sobre o tema.

DESENVOLVIMENTO

A hipótese de que a alteração legislativa, ao eleger a vítima como polo legítimo para o requerimento das medidas protetivas, dando assim, mais rapidez e menos burocracia à proteção da mulher tenha sido um grande acerto na Lei Maria da Penha parece prosperar. Em matéria de violência, não há que se discutir o tempo. Havendo dúvida, temos que ter as medidas protetivas.

A atividade de ponderação na Lei Maria da Penha e na temática da violência de gênero consiste em ponderar liberdades; de um lado, as garantias processuais e a suposta segurança jurídica do autor, e do outro, a existência e proteção da vida da vítima. Acerca deste tema, MATIDA (2021) leciona:

De um lado, há o risco de se implementar restrições aos direitos de uma pessoa em realidade inocente; de outro lado, há o risco de, deixando de restringir os direitos de um agressor, assim se contribua para a continuidade da escalada da violência contra a mulher. Em resumidas linhas, em muitos casos o que está sobre a mesa é a integridade física, psicológica e até mesmo a vida de uma mulher. Portanto, não há de se perder de vista que esses são os erros a respeito dos quais é preciso decidir — sobre qual se deve arriscar mais, sobre qual se deve arriscar menos.

As possíveis limitações do trabalho se dão pela quantidade de bibliografia desatualizada e ausência de levantamento de dados recentes. Além disso, são praticamente inexistentes os dados sobre o procedimento realizado com os recém-chegados parágrafos no texto legal. Nesse sentido, é imperiosa a investigação das consequências sociais e a

efetividade do instituto das medidas protetivas após a alteração legislativa. É necessário questionar se as vítimas estão, ou não, tendo acesso à proteção, e se, quando têm, há o cumprimento efetivo de forma a justificar as recentes mudanças.

Um dos debates fundamentais para recepcionar a alteração do texto é a natureza jurídica das medidas protetivas. Enquanto um segmento defende se tratar de medida de natureza cível, a maioria dos criminalistas tendem a reconduzir as medidas protetivas de urgência à lógica das medidas cautelares criminais, ainda que o façam genericamente, sem discutir sua efetiva natureza jurídica (ÁVILA, 2019, pág 04).

O posicionamento ainda predominante nas varas com competência para processar casos de violência doméstica é o de que as medidas protetivas teriam uma natureza jurídica penal, de caráter cautelar, com processamento vinculado a um processo penal principal (NUCCI, 2010). Outras abordagens mais recentes consideram as medidas protetivas uma ação civil de caráter satisfativo, passíveis de serem apreciadas em processo autônomo ou no âmbito de procedimentos cíveis ou criminais (DIAS, 2012; BIANCHINI, 2014).

Contudo, a alteração legislativa ao possibilitar a concessão das medidas protetivas de urgência, independentemente de registro de boletim de ocorrência, inquérito policial instaurado ou processo criminal em curso, trouxe um grande paradigma à lógica das medidas cautelares criminais. É fato que o legislador buscou dar fim ao procedimento que burocratiza o acesso da mulher à proteção, a submete a procedimentos revitimizadores, limita suas alternativas de apoio, bem como suprime seu espaço de escolha. O condicionamento das medidas protetivas a processos penais reduz o alcance da proteção que a lei dá às mulheres, além de consolidar a via penal como a principal porta de entrada para acessar a política pública de proteção contra violência doméstica.

Acredita-se que o tratamento ambivalente das medidas protetivas - ora cíveis, ora penais - continuará sendo adotado pelos tribunais e doutrinadores, visto que a recente alteração legislativa não expressou a sua natureza jurídica. Porém, não deixou dúvida do seu caráter autônomo e satisfativo de proteção às vítimas.

Destarte, não se pode olvidar do abismo entre as disposições legais e a aplicação diária do instituto em análise. A desburocratização da concessão das medidas protetivas, e a sua autonomia, devem ser preservadas a fim de tornar a proteção da vítima mais efetiva, dificultando a ocorrência de resultado mais gravoso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme as análises e debates propostos, defende-se não apenas as novas disposições gerais das medidas protetivas previstas com alteração legislativa na Lei Maria da Penha, mas todo o corpo jurídico de mecanismos que coíbem a violência doméstica e familiar contra a mulher. A desvinculação das medidas protetivas de urgência dos processos cíveis, penais, inquéritos e/ou boletins de ocorrência fez com que renascesse um novo instituto no ordenamento jurídico, possibilitando mais um meio para se alcançar o objetivo principal da lei: proteção rápida e eficaz, evitando que a violência avance. Após feita a análise acerca da natureza jurídica das medidas protetivas de urgência, tem-se que ainda falta a sua expressa distinção por parte do Legislador, entretanto, restou claro seu caráter autônomo, sendo esta a interpretação que parece mais adequada para que cumpra o destino para o qual as medidas protetivas foram criadas. A Lei Maria da Penha tem um enorme potencial de continuar sendo um paradigma de inovação, servindo como um “símbolo importante da luta feminina contra a violência, a qual durante muito tempo aguentaram caladas face o medo e a pressão exercida pelos agressores” (FORMENTINI; SPAREMBERGER, 2009, pág 12). Compreende-se que os objetivos da pesquisa foram alcançados sob um viés crítico. Não se pode olvidar que a violência de gênero não se cessará apenas com uma lei, sendo fundamental abordar as raízes mais profundas da violência doméstica, que estão enraizadas na desigualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Medidas protetivas da Lei Maria da Penha: natureza jurídica e parâmetros decisórios**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.27, n.157, p. 131-172, jul. 2019. Disponível em: https://intra.mp.rs.gov.br/areas/biblioteca/arquivos/acervos/rt/RBC-CRIM_157_2019.pdf#page=131. Acesso em: 23 jun. 2023.

FORMENTINI, Francieli; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **Direitos humanos e mulheres: a construção do sujeito-mulher**. Repositório da FURG, 2009. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/handle/1/2505> Acesso em: 13 junho. 2023.

MENDES, Anderson M. **A Lei Maria da Penha**: Aplicável à mulher ou ao ser humano? JUSBRASIL, junho de 2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/a-lei-maria-da-penha-aplicavel-a-mulher-ou-ao-ser-humano-anderson-m-mendes/1495195> Acesso em: 13 junho. 2023.

MONTEIRO, Ana Carolina de Paiva. **Lei Maria da Penha não é um privilégio**. CONJUR, junho de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-07/paiva-monteiro-lei-maria-penha-nao-privilegio>. Acesso em: 13 junho. 2023.

SANCHES, H. C.; ZAMBONI, J. A natureza jurídica das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha e suas implicações procedimentais. Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, v. 13, n. 29, p. 1-32, 17 dez. 2018.

BECHARA, Julia Maria Seixas. Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17614/violencia-domestica-e-natureza-juridica-das-medidas-protetivas-de-urgencia>. Acesso em: 24 jul. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 2023 - São Paulo: FBSP, 2023. Disponível em: <https://forum-seguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/> Acesso em: 25 jul. 2023.

MATIDA, Janaina. Algumas reflexões probatórias para os crimes de gênero. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-23/limite-penal-algumas-reflexoes-probatorias-crimes-genero>. Acesso em: 30 jul. 2023.

O DIREITO (FUNDAMENTAL) À SEGURANÇA FRENTE AOS RISCOS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

The (Fundamental) Right to Safety Faced with the Risks of Contemporary Society

Leandro Reis de Souza¹

INTRODUÇÃO

O processo de globalização e a revolução tecnológica trouxeram novas incertezas e inseguranças para chamada sociedade contemporânea, surgida pós-revolução industrial. As transformações constantes, potencializadas pelo desenvolvimento dos meios de comunicação, colocaram em dúvida a capacidade de organização da sociedade, gerando incertezas e instabilidades.

As relações sociais, em razão de vivermos numa sociedade globalizada economicamente, socialmente e culturalmente, tornaram-se mais complexas, fomentando uma sensação de insegurança, agora, em escala global. A evolução tecnológica também impactou nas práticas delitivas, com mudança significativa quanto à conduta, à forma e à ve-

1 Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Pós-graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público e Bacharel em Comunicação Social com ênfase em Relações Públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Direito Fundamental à Segurança e Direito de Liberdade: a complexa harmonia em matéria penal”, no âmbito da linha de pesquisa Tutelas a Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados, vinculado ao PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Comissário de Polícia da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul. ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4783001503926167>. E-mail: souza_rp@yahoo.com.br.

localidade em que os crimes são praticados; criando, assim, novos riscos e potencializando outros já existentes.

O Estado, com a pretensão de estabelecer uma sensação de maior segurança, faz uso do Direito Penal, criando novos dispositivos legais e ampliando as ferramentas e metodologias de persecução penal. Como resultado, tem-se uma afetação dos direitos e garantias fundamentais, bem como um conflito entre os direitos à segurança e à liberdade.

Por outro lado, os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal não se apresentam de forma intangível, podendo, no caso concreto, sofrerem limitações em decorrência um dos outros quando não for possível a realização conjunta de todos. Para tanto, baseado na teoria de Robert Alexy, utiliza-se como ferramenta metodológica o teste da proporcionalidade.

Nesse contexto, através da pesquisa bibliográfica, utilizando o método lógico-dedutivo, será abordado a relação entre os riscos da sociedade contemporânea, a expansão do direito penal e o entendimento do direito à segurança como um direito fundamental, formal e material, previsto na Constituição Federal.

1. Novos Riscos e Expansão do Direito Penal

A sociedade contemporânea, inserida no processo de globalização econômico, cultural e social, fortemente vinculado aos interesses capitalistas, tem como principal característica o crescimento exponencial da tecnologia, e por consequência, dos meios (formas) de comunicação. As inegáveis facilidades trazidas pelo avanço tecnológico, nas mais diversas áreas do conhecimento, aprimoraram processos, otimizaram o tempo, diminuíram o custo e aproximaram as pessoas; mudando radicalmente a forma de vida da sociedade.

A revolução tecnológica e o processo de globalização, por sua vez, com o incremento de novas incertezas e instabilidades, tornaram as relações sociais contemporâneas mais complexas, fomentando uma sensação de insegurança na sociedade. Isso porque, a relação entre evolução tecnológica e incrementos de riscos é inegável. Tal evolução, como não poderia ser diferente, também serve às práticas delitivas, criando novos riscos e potencializando outros já existentes.

1.1. Sociedade de Risco

Na década de 1980, Ulrich Beck denominou como sociedade de risco a complexa modernidade que estava a surgir após a revolução industrial. Para o sociólogo alemão, a sociedade, inserida num processo de globalização, com bases sólidas na indústria, na família e na religião, estava migrando para uma sociedade moderna, dinâmica e alicerçada na revolução científica. (MAYA, 2019, p. 53).

Os riscos sempre estiveram presentes na sociedade, mesmo antes da revolução industrial; entretanto, estavam vinculados as causas naturais, e não às consequências e efeitos imediatos das atividades humanas. O processo de globalização fez com que a sociedade preocupasse-se com os perigos e riscos advindos de uma nova dimensão global, onde as transformações constantes e os resultados indeterminados colocam em dúvida a sua capacidade de organização. (BECK; GIDDENS; LASH, 1997, p. 31)

Importante ressaltar, que o conceito de sociedade de risco, cunhado por Beck, não caracteriza-se pela análise do risco de forma estática ou isolada, mas pela afetação desses riscos nas relações sociais frente ao medo e à insegurança. Assim, como forma de enfrentar esses riscos, o indivíduo moderno torna-se mais individualista, rompendo com vínculos tradicionais da sociedade industrial e aproximando-se de fenômenos culturais e sociais. (BECK, 1998, p. 126).

Bauman (2008, p. 127-132) ressalta que os riscos criados e potencializados pela evolução científica disseminam na sociedade os sentimentos de insegurança e desamparo, que somados aos efeitos da globalização e da lógica capitalista, geram desemprego e violência, configurando um cenário pessimista da sociedade. De acordo com Giddens (2002, p. 21), o mundo moderno pode ser entendido como um mundo em descontrole, onde as mudanças sociais afetam mais fortemente os comportamentos dos indivíduos quando comparadas com as sociedades anteriores.

A fluidez das instituições, a inconstância das relações e a insegurança generalizada na sociedade contemporânea é definida por Bauman como uma modernidade líquida. Isso porque as relações sociais, econômicas e de produção, são frágeis e flexíveis, refletindo no avanço crescente da criminalidade e da insegurança, característicos da sociedade de consumo. Neste cenário, constata-se a transição de uma moderni-

dade pesada e sólida para uma modernidade leve e líquida, muito mais dinâmica. (BAUMAN, 2008, p. 133).

No século XXI, com a ampliação do alcance da internet, o avanço dos meios de comunicação e a massificação das redes sociais, a sociedade tornou-se globalizada economicamente, socialmente e culturalmente. Castells denominou esse fenômeno como sociedade em rede, ou sociedade da informação, cuja complexidade está relacionada ao uso da tecnologia no contexto social, político e econômico; agora, em escala global. (MAYA, 2019, p. 55).

O meio ambiente, com a evolução do processo de produção de bens, o sistema econômico financeiro, diante da revolução da internet e dos meios de comunicação, a paz pública, em face dos crimes cibernéticos, dentre outros riscos; são potencializados pelo desconhecimento dos efeitos dessas ameaças e pela exploração desses riscos por parte da imprensa e das redes sociais. Diante desse cenário, o Estado, com a pretensão de propiciar mais segurança, busca dar mais eficiência à persecução penal, expandindo, assim, o Direito Penal. (MAYA, 2019, p. 55).

1.2. Expansão do Direito Penal

A resposta imediata do Estado frente ao surgimento de novos riscos e potencialização de outros, com a pretensão de estabelecer uma sensação de maior segurança, em regra, se dá pela expansão do Direito Penal. A criação de novos dispositivos legais visam contemplar fatos até então não abarcados pelo Direito Penal; que, inseridos numa sociedade da informação, ganham relevância e importância em grande velocidade, criando expectativas na sociedade.

Por sua vez, a expansão do controle penal não ocorre somente mediante a criação de novos bens jurídicos-penais, mas também pela ampliação dos espaços de riscos jurídicos penalmente relevantes, pela flexibilização das regras de imputação e pela relativização dos princípios políticos criminais de garantia. Nas últimas décadas, o princípio da intervenção mínima, essência do modelo garantista, vem perdendo espaço para uma demanda social de mais proteção frente ao surgimento de novos riscos. (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 26-27).

Dessa forma, o Direito Penal, com a necessidade da prevenção e da tutela antecipada, passa a tipificar condutas que atentam contra bens coletivos, adotando, preferencialmente, delitos de perigo abstrato.

Na busca de uma maior efetividade da intervenção penal, ocorrem significativas mudanças no sistema de responsabilização, flexibilização de garantias materiais e processuais, preferências por normas penais em branco, inclinação pela política da tolerância zero, aumento de leis de emergência e leis com viés securitário. (FARIA COSTA, 2010, p. 60).

O crime organizado, com o avanço da tecnologia, passou a adotar novas técnicas nas condutas delitivas, tornando as ações mais rápidas, quase instantâneas, e dificultando a investigação criminal. Esses novos riscos, que atingem diretamente o Direito Penal, advindos do desenvolvimento tecnológico, geram uma sensação de incerteza na sociedade, exigindo novos mecanismos no combate da criminalidade. (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 37-38).

No Brasil, nas últimas décadas, com o advento da Lei 12.850/1013, que trata das organizações criminosas e dos meios de obtenção de prova, aliado ao incremento dos institutos da colaboração premiada, do acordo de leniência e do acordo de não persecução penal, ocorreu uma “aceleração” da persecução penal quanto ao enfrentamento dos crimes de lavagem de dinheiro, empresariais e praticados contra a administração pública. E justamente, por tentar acompanhar a velocidade em que os delitos são praticados, num contexto de prevenção frente aos novos riscos, é que ocorre a flexibilização tanto das regras de Direito Penal quanto de Processo Penal. (MAYA, 2019, p. 57-59).

Nesse contexto, a tradicional função do processo penal, de limitar o exercício do poder punitivo do Estado, protegendo as liberdades individuais, cede espaço para a função de concretização da proteção dos direitos fundamentais. (MAYA, 2019, p. 59). Para tanto, diante do dever objetivo de assegurar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, impõe-se ao Estado o direito (fundamental) à segurança.

2. Direito (Fundamental) à Segurança

A sociedade contemporânea, frente ao surgimento de novos riscos e incertezas, demanda ao Direito Penal mais segurança, e, por consequência, estabelece um conflito entre os direitos à segurança e à liberdade. (LORENZONI, 2019, p. 70). Os direitos fundamentais nascem com a constituição, correspondendo, na sua maior parte, a posituação dos direitos humanos. (ALEXY, 2015, p. 49).

Por sua vez, os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal não se apresentam de forma intangível, uma vez que podem sofrer limitações em decorrência um dos outros quando não for possível a realização conjunta de todos. Cada um dos direitos fundamentais deve ser submetido, no caso concreto, ao teste da proporcionalidade em relação aos demais valores constitucionais colidentes. (BARDARÓ, 2017, p. 91).

2.1. Colisão de Direitos Fundamentais

O modelo jurídico do Estado Democrático de Direito é composto por regras e princípios. As regras são mandamentos definitivos que devem ser cumpridos exatamente conforme determinado, aplicadas através da subsunção; enquanto os princípios são mandamentos de otimização, que devem ser realizados numa medida tão alta quanto possível, admitindo cumprimento em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 29-31).

A definição de que direitos fundamentais são princípios passíveis de colisões, tendo como resultado a ponderação racional justificada pela argumentação racional, remete a teoria de Robert Alexy e, como ferramenta metodológica, ao teste da proporcionalidade. O teste é dividido em três princípios parciais: a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido restrito. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 239-240).

Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade tratam das possibilidades fáticas, sendo que o primeiro verifica se a intervenção de um direito fundamental promove o fim de realizar outro direito fundamental; enquanto o segundo escolhe entre as medidas que promovem a realização de um direito fundamental, aquela que menos intervém no direito fundamental em sentido contrário. A proporcionalidade em sentido restrito, onde encontra-se a ponderação, trata das possibilidades jurídicas. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 241-249).

A ponderação, objeto do princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito, refere-se a ideia de otimização relativa das possibilidades jurídicas, formulada de acordo com a seguinte regra: quanto mais alto o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro. Essa regra, entendida como a primeira lei da ponderação, pode ser desmembrada em três passos: (1) comprovar o grau do não-cumprimento ou prejuízo

zo de um princípio, (2) comprovar a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, e (3) comprovar se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro. (ALEXY, 2007, p. 111).

Na teoria de Robert Alexy é possível formular julgamentos racionais sobre a intensidade das restrições e os graus de importância dos princípios, de acordo com a escala tríade, que pode ser simples ou dupla, classificando-os em leve, médio ou grave. Para sustentar a racionalidade da ponderação, Robert Alexy propõe a aplicação de um esquema dedutivo, relacionado ao conceito de correção, chamado de fórmula peso, a fim de demonstrar a determinação das intensidades de afetação e de importância de acordo com a escala tríade. (SIECKMANN, 2014, p. 250-251).

O grau de segurança para adoção de uma determinada medida é verificado com a chamada lei epistêmica ou segunda lei da ponderação, que diz: quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção. (ALEXY, 2007, p. 150). Dessa formulação, derivam as seguintes regras: quanto mais grave a intensidade da intervenção em um princípio, maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras justificadoras dessa gravidade; e quanto mais alto é a importância de realização de um princípio, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras dessa importância. (GAVIÃO FILHO, 2015, p. 155-156).

Essas duas regras, que se referem aos dois primeiros passos da ponderação, estabelecem que devem ser apresentadas premissas apoiadoras tanto mais seguras quanto possível, aumentando, assim, a carga de argumentação em relação às premissas fáticas. Do terceiro passo da ponderação, resulta a regra que diz: determinado o grau de intensidade de intervenção em um princípio e o grau de importância de realização de outro princípio, eles devem ser postos em uma relação de prevalência. Para atender essa regra, deve-se comparar, no caso concreto, os graus de intervenção e importância entre os princípios colidentes, afastando, com isso, a objeção quanto à incomensurabilidade. (GAVIÃO FILHO, 2015, p. 157-159).

Nesse sentido, não existe uma proteção estatal absoluta ou uma liberdade total do cidadão, os direitos fundamentais de segurança e liberdade devem ser entendidos como mandamentos de otimização; sendo ponderados, no caso concreto, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, objetivando a máxima eficácia possível a ambos.

(BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 204). Por outro lado, o núcleo essencial do direito fundamental, que corresponde a parte elementar desse direito, na hipótese de colisão, não pode ser ignorado, sob pena de acabar com a existência do próprio direito. (FELDENS, 2012, p. 43).

2.2. Direito Fundamental à Segurança

A Constituição Federal, nos artigos 5º e 6º, inseridos no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, traz a segurança, no seu aspecto formal, com um dos direitos fundamentais. Estabelece, ainda, expressamente no artigo 144, que a segurança pública é um dever do Estado e um direito e responsabilidade de todos, a fim de garantir a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

O processo penal, assim como visa garantir os direitos dos sujeitos processuais contra as ingerências do Estado, objetiva assegurar a efetividade da tutela penal. Para tanto, diante dos novos riscos e a potencialização de outros, baseado no dever constitucional de proteção, cabe ao direito penal a modernização quanto aos mecanismos de prevenção e repressão das práticas delitivas que ofendem bens jurídicos complexos. (FISCHER; PEREIRA, 2018, p. 72).

A celeridade da resposta estatal, de forma quantitativa, não é suficiente, faz-se necessário a adequação da persecução penal a um novo formato de sociedade. Impõe-se, nesse contexto, a implementação de mecanismos processuais aptos a propiciar um resultado eficaz, com respeito aos direitos e garantias fundamentais. A necessidade e a obrigação de tutela penal exigem métodos de investigação adequados a essa formatação social, sem as quais a persecução penal não será efetiva. (MAYA, 2019, p. 60).

A proteção dos direitos fundamentais e a aplicação da lei penal não são incompatíveis. O Estado, incumbido do dever de proteção, utiliza tanto o direito penal quanto o direito processual penal como recurso para a proteção dos direitos fundamentais. Ao restringir a liberdade do réu ou do investigado, visando garantir o direito à segurança, o Estado também garante os direitos fundamentais das vítimas, que podem, no caso de omissão, serem violados. (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 212).

Os direitos fundamentais, ao mesmo tempo que constituem limites a persecução penal, são fontes da sua legitimação. A segurança é um bem jurídico que condiciona o exercício dos direitos fundamentais,

abrangendo a esfera de proteção tanto dos direitos individuais, como a liberdade, a integridade corporal e a propriedade; quanto dos direitos coletivos, como o meio ambiente, a ordem econômica e a paz. (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 187).

O direito à segurança, em atenção ao dever estatal, possui *status* constitucional, no seu aspecto material, devendo ser exercido com respeito aos direitos e garantias individuais de todos os sujeitos processuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atual Código Penal brasileiro, de 1940, com suas atualizações, não acompanha a velocidade da evolução tecnológica, e, por consequência, das práticas delitivas; que cada vez mais migram do plano físico para o plano virtual. Essa realidade pode ser constatada nos índices criminais divulgados pelas Secretarias de Segurança Pública dos estados; onde, em grande parte deles, verifica-se uma diminuição dos crimes de roubo de pedestres e de veículos, e um aumento significativo nos crimes cibernéticos, de lavagem de dinheiro e de corrupção.

A persecução penal, utilizada pelo Estado como resposta frente aos riscos novos e potencializados da sociedade contemporânea, advindos do processo de globalização e da evolução constante da tecnologia e dos meios de comunicação, necessita adequar-se ao novo formato do chamado “mundo moderno”, sob pena de não ser efetiva. O direito penal pode, e deve, responder as práticas delitivas inseridas num contexto social globalizado, de alta velocidade e de relações sociais complexas.

O direito fundamental à segurança, portanto, não deve ser entendido exclusivamente como direito à segurança pública ou segurança jurídica, mas da segurança dos bens jurídicos, do exercício do dever de proteção do Estado frente aos riscos da sociedade, limitado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4. ed. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidade**. Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.

FARIA COSTA, José de. **Direito Penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais**. Coimbra editora: Coimbra, 2010.

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

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As Obrigações Penais Positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

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

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Regras da ponderação racional. In: **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**. Escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Org., trad. e rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

LORENZONI, Pietro Cardia. Uma consequência do direito fundamental à segurança: imperativos implícitos de tutela processual penal. In: MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia (Org.). **Direito Fundamental à Segurança e Direitos de Liberdade: a complexa harmonia em matéria penal**. Porto Alegre: FMP, 2019.

MAYA, André Machado. A justiça penal negocial como horizonte para um novo processo penal. In: MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia (Org.). **Direito Fundamental à Segurança e Direitos de Liberdade: a complexa harmonia em matéria penal**. Porto Alegre: FMP, 2019.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SIECKMANN, Jan-R. La concepción de la ponderación y la formula peso. In: SIECKMANN, Jan-R. **La teoría del derecho de Robert Alexy**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

PUBLICIDADE PROCESSUAL NA REPRESSÃO À CORRUPÇÃO¹

Procedural publicity in the repression to the corruption

Pedro Henrique Marcon Rockenbach²

INTRODUÇÃO

O tema corrupção se afigura um ramo muito singular do Direito, que ostenta tantos meios de enfrentamento quantos são os seus distúrbios. Na oportunidade, elege-se a publicidade processual como objeto de análise sob o viés do seu papel como instrumento de repressão ao comportamento corruptivo, especificamente no âmbito do processo penal. Analisa-se a eficiência ou ineficiência, bem a sua compatibilidade de uma publicidade processual penal intensificada, talvez até inclinada a caber no conceito de transparência, na investida repressiva contra a corrupção epidêmica instaurada na cultura da gestão pública e do trato com o erário.

No desenvolvimento foi adotada uma pesquisa bibliográfica qualitativa aplicada para abordar as questões de relevância para o assunto.

1 Pesquisa desenvolvida junto às investigações despendidas no âmbito do grupo de pesquisa “*Patologias Corruptivas*”, ministrado pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal. Trabalho direcionado ao Grupo de Trabalho 3 (GT3) – Segurança Pública e Política Criminal: A expansão da intervenção penal na sociedade contemporânea.

2 Pós-graduando em Direito e Prática Constitucional pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Patologias Corruptivas vinculado ao Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* da Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: ph.marcon@hotmail.com.

DESENVOLVIMENTO

Para o tema do estudo, invoca-se, a fim de esclarecer a importância da transparência para o Processo Penal, a Teoria do Funcionalismo Sistêmico, desenvolvida pelo Professor Günther Jakobs. Segundo o Professor, o Direito Penal encontra as suas razões em um ato de *comunicação*. Assim, a pena é uma resposta a uma ação que negligencia uma norma jurídica. Ante uma negativa de validade de norma jurídica (crime), a pena é onerada de comunicar à coletividade a higidez da validade dessa norma negligenciada (JAKOBS, 2003, p. 4-5).

Destaca-se, nesta senda, o termo “comunicação” como sendo o núcleo da razão de ser do Direito Penal, segundo a teoria sistêmica. Desta forma, o Direito Penal tem os seus efeitos intensificados, de certa forma, na medida em que se intensifica a comunicação da pena aplicada ou da persecução empreendida. Este é o primeiro contorno que se pretende abordar quanto ao papel da transparência na justiça penal. O segundo contorno tem uma ligeira relação com a transparência do Poder Público. Isto é, será analisado também a importância da transparência na prevenção e repressão de arbitrariedades ou atos propriamente corruptos que atentem contra a administração da justiça, no deslinde do processo penal.

Nesse curso, a “comunicação”, suscitada por Luhmann, e a transparência, que promoverá o controle externo dos atos judiciais, serão instrumentalizados por meio da regra-princípio da Publicidade Processual.

Entretanto, fez-se imperioso ressaltar o quão delicado é o assunto da transparência no Direito Processual Penal. Trata-se de flagrante colisão de direitos fundamentais individuais, havendo que se observar, também, uma análise de ponderação (SCHREIBER, 2008, p. 263-266).

No que se refere ao funcionalismo sistêmico penal, o elemento “comunicação”, aparente na dicção de Jakobs, ganha levemente contornos mais figurativos. No entanto, nesta análise, quer-se trazer um aspecto mais material da comunicação. Para Luhmann, a comunicação é chave para a organização sistêmica de uma sociedade, sobretudo no atinente a expectativas cognitivas e normativas (KURKOWSKI, 2019, p. 109-110). Dar-se-á ênfase a este fenômeno da comunicação, uma vez que se pretende mostrar a importância da publicização do processo para a devida comunicação da vigência da norma penal para com os delitos de corrupção e para ciência da comunidade quanto à existência e profundidade desses delitos.

Na consciência de Luhmann, a comunicação é elemento central balizador das relações sociais, que faz eclodir a noção de sistema social (RODRIGUES; NEVES, 2017, documento não paginado). O respeito à norma jurídica é baseado na higidez da expectativa normativa³, que, por sua vez, é determinada pela exitosa comunicação do direito (a sua autoafirmação) (LUHMANN, 2016, documento não paginado). É neste caminho que se nota a publicidade do processo como essencial. Traça-se um paralelo, portanto, com a importância dada pelo STF às audiências públicas referentes a assuntos de relevante interesse público, como a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gravidez e utilização de células-tronco (SILVA, 2019, p. 93). De acordo com Luhmann, as decisões compõem um tipo de comunicação específica de alguns sistemas sociais, podendo ser atribuídas ao sistema do Direito (LUHMANN, 2016, documento não paginado). Nessa perspectiva, afigura-se a realização das audiências públicas um catalizador da expectativa cognitiva em direção à expectativa normativa (SILVA, 2019, p. 93-94). Fala-se de audiências conduzidas pelo STF sobre a constitucionalidade de questões de relevante valor social, o que traz a pertinência dos julgamentos de casos de corrupção, dado o seu equivalente valor social, conforme Nucci, senão maior do que os assuntos mencionados (NUCCI, 2016, p. 106).

Não se quer apregoar, todavia, uma noção de que todas as audiências dessa natureza devam ser públicas, até mesmo pela observação às exceções legais a serem trabalhadas em seguida, mas que se deva priorizar na máxima medida do possível a publicidade desses processos. Somados a este mecanismo, existem outros, inclusive já mencionados, que prestam grande serviço, como o jornalismo investigativo, também arrolável neste tipo de transparência. Com isso, quer-se fortificar as expectativas cognitivas e normativas acerca da identidade do ordenamento, como sendo intolerante a práticas corruptivas e imorais na condução da vida pública.

Como dita um provérbio popular, que cai muito bem a este mérito: “Deus perdoa o pecado, mas não o escândalo”. Para clarear os efeitos da publicização do processo penal apreciador dessas práticas, traz-se o caso de um essencial episódio na luta mundial contra a corrupção, encabeçado pela Operação Lava Jato. Refere-se ao acordo de leniência

3 Segundo a sociologia luhmanniana, as relações sociais são regidas por expectativas. A expectativa normativa é o que se espera de um sistema de normas (jurídico) ante as intempéries sociais, mesmo diante de contradições à norma. É uma expectativa de higidez da diretriz norteadora do comportamento (LUHMANN, 2016, documento não paginado).

assinado pelas empresas Odebrecht e Braskem com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, em dezembro de 2016. Quando da assinatura de tal acordo, o DOJ foi irredutível no que tange à publicização dos termos do acordo e dos crimes praticados, em todos os aspectos, tendo sido expostos em relatórios poucos dias após a firma. Por certo, foi um movimento fatal para as empresas, mas impulsionou uma enorme varredura de “frutas podres” em governos de doze países na América Latina e na África, após a ciência pública do recebimento de quase 800 milhões de dólares em propina. O que marca mais nessa história não é a ciência das autoridades de cada país, quanto a estes delitos, senão o conhecimento público desses escárnios, que movimentou uma reação interna em cada Estado, que culminou nas devidas represálias administrativas e penais direcionadas aos envolvidos em cada caso. A exemplo, tem-se a prisão do ex-Presidente do Peru, Alejandro Toledo (GASPAR, 2020, p. 484-490).

Insta salientar a dicção da jornalista Malu Gaspar, ao narrar o fenômeno sob comento:

Depois do relatório norte-americano, a coisa mudou de figura. **Não era mais possível ignorar** que a Odebrecht, a maior potência empresarial estrangeira no Peru, exportara para o país não só serviços e obras, mas também o *modus operandi*. Segundo o Departamento de Justiça, a organização havia distribuído pelo menos 29 milhões de dólares em propina ao longo dos governos de Alejandro Toledo (2001-6), Alan García (2006-11) e Ollanta Humala (2011-6) (GASPAR, 2020, p. 489, grifo nosso).

Desta forma, o fenômeno supramencionado não só fez com que fossem atendidas as expectativas normativas, mas também com que fossem solidificadas as expectativas cognitivas a respeito de práticas corruptivas.

Nada obstante, a transparência do processo penal tem um outro condão de extrema estima para o Estado Democrático de Direito: o freio sobre a tirania. As palavras de Beccaria, sobre o assunto, são inafastáveis ao introduzir este cotejo:

Os julgamentos devem ser públicos; também devem-no ser as provas do crime; e a opinião, que é talvez o único liame das sociedades, porá freio à violência das paixões. O povo dirá: ‘Nós não somos escravos, porém protegidos pelas leis’. Tal sentimento

de segurança que, inspira a coragem, é o mesmo que um tributo para o soberano que tem na sua devida conta os seus legítimos interesses (BECCARIA, 2014, p. 27).

Refere-se, portanto, do principal fundamento doutrinário para que publicize, em regra, os atos e conteúdo do processo penal. Tourinho Filho, em sua cognição, insinua que o processo penal velado só poderia significar o temor da justiça pela crítica pública (TOURINHO FILHO, 2012, p. 68). Embora este princípio se incline mais a reduzir o poder do Estado sob o acusado, neste âmbito pode-se ver encaixado arbitrariedades dos representantes do poder estatal por inclinações corruptas.

Como dito, o princípio da publicidade processual nasce nos Estados constitucionais republicanos sob o mesmo pretexto da publicidade administrativa: o de controle popular sobre o Poder Público. Assim, a transparência quanto ao processo penal também afiguraria como uma garantia contra julgadores e acusadores implacáveis, motivados ilegítimamente (LETURIA INFANTE, 2018, p. 649).

Por esta perspectiva, a publicidade processual se encontra como uma dupla garantia: como réu, de ser julgado sob o manto de um controle difuso e, como cidadão alheio, de ter acesso à informação dos processos exercer o próprio juízo de valor (LETURIA INFANTE, 2018, p. 651).

Desta forma, prescindem mais delongas acerca deste objetivo da publicidade processual, visto que é algo dogmaticamente intrínseco ao assunto. O que interessa ao bojo desta análise são esclarecimentos a respeito dos limites da transparência processual – em que medida ela deixa de ser útil e passa a ser estorvo.

Com efeito, na medida em que se torna mais delicado o assunto da transparência, comparado ao âmbito da Administração Pública, emergem mais empecilhos a serem superados. A publicidade processual busca trazer mais qualidade ao processo e, quando o efeito é o oposto, encontram-se as exceções (LETURIA INFANTE, 2018, p. 653). As hipóteses arroladas na Constituição brasileira para restringir a publicidade compreendem a defesa da intimidade e o interesse social (SCHREIBER, 2013, p. 139). Dissecando um pouco as adversidades encontradas no caminho da transparência processual, pode-se elencar algumas como sendo as principais encontradas, a saber: a) a defesa da intimidade e honra do réu (SCHREIBER, 2013, p. 138); b) os juízos paralelos (LETURIA INFANTE, 2018, p. 651); c) desgaste da presunção de inocên-

cia (SCHREIBER, 2008, p. 366-367); e d) influência da pressão popular (SCHREIBER, 2008, p. 371).

A intimidade e a dignidade do réu são direitos individuais. A credibilidade da justiça e o controle popular sobre os julgamentos, sobretudo os de relevante interesse público, são direitos coletivos, intrínsecos ao interesse público. Desta forma, há uma evidente colisão de direitos. Diante desta situação, resta claro que se deve recorrer à ponderação aplicada caso a caso. Especificamente no que diz respeito a crimes contra administração, Simone Schreiber propõe um critério de preponderância do interesse público, quando se tratar de “pessoas públicas (servidores públicos, agentes políticos, etc.) e seu objeto (do processo) estar relacionado com o exercício de suas funções públicas” (SCHREIBER, 2013, p. 140, parênteses nosso). Segundo a autora, mesmo não havendo uma posição unívoca quanto à inclinação da Constituição em fazer preponderar o interesse público sobre o direito à intimidade do réu, a Lei Maior deixa à ponderação do legislador e do julgador tal avaliação. Seguindo tal critério, seria improvável e arbitrário que o interesse público não preponderasse, mesmo *ope judice* (SCHREIBER, 2013, p. 140).

Nucci leciona em modo semelhante quando expõe que a dignidade da pessoa humana é um basilar para inúmeros outros direitos e princípios, não podendo esta ser tida como absoluta, na prática, pois, quase sempre, estará em conflito consigo mesma (NUCCI, 2016, p. 78-79).

Os juízos paralelos, a condenação prematura pela mídia e a influência popular sobre o juiz são problemáticas que conversam entre si e derivam da opinião pública. Como fomentos desses infortúnios, pode-se perceber o fenômeno da tendência midiática a distorcer os fatos, ou contá-los segundo a sua perspectiva, e a velocidade desparelha da notícia em relação à velocidade da justiça (SCHREIBER, 2008, p. 358-359). Esses fenômenos alimentam juízos equivocados quanto ao réu e ao caso. Nesses casos, Simone Schreiber propõe uma maior amplitude de responsabilização social da mídia ao transmitir a reportagem ao cidadão, pois há uma diferença entre repassar os fatos imparcialmente e contar uma narrativa conveniente, através de jogos de palavras. Sem embargo, também é necessário lembrar que, não incorrendo em abuso de direito, a opinião faz parte da liberdade de expressão (SCHREIBER, 2008, p. 365-366).

De qualquer maneira, há um forte dissenso em aceitar a possibilidade de restrição de imprensa em relação à cobertura dos julgamen-

tos, mesmo sob o pretexto da imparcialidade do juiz e da preservação da presunção de inocência. Contudo, o que se tem seguramente é a censura de provas ilícitas, por exemplo, a evitar também o fenômeno a ser visto adiante (LETURIA INFANTE, 2018, p. 657).

Também há que colocar o choque entre “verdade real” e “verdade processual”. A mídia, muitas vezes, tem acesso a provas inúteis ao judiciário por não terem disso coletadas da forma processualmente permitida. Isso causa uma ruptura na credibilidade popular ao judiciário, ao ponto que as expectativas da população acabam não atendidas pelo judiciário. Ou, até mesmo, o processo não atinja o desfecho esperado por razões processuais (SCHREIBER, 2008, p. 368-369).

Ainda, a respeito da influência oposta ao magistrado, é forçoso lembrar do dever da devida fundamentação das decisões e de que o magistrado, investido de uma função que toma roupagens políticas, está constantemente sujeito ao escrutínio público. É parte do encargo de exercer tal função. Ademais, salienta-se a importante participação popular indiretamente na justiça. Com base nesta formação de opiniões é que se monta a democracia e eventual mudança que se quer ver no Poder Judiciário (SCHREIBER, 2013, p. 134-135).

Ao que se vê, é de grande valia a publicidade processual, especialmente no que concerne a julgamentos de casos de corrupção. Não a mera publicidade, mas a transparência dos julgamentos deve ser tratada com muita destreza. Sua participação deve ser regra. É fato que eventualmente possa causar algum distúrbio e, por essa razão, se aceita a restrição ponderada da veiculação de informações acerca dos processos criminais. Mas mais do que restrição, deve se atentar para a função social da mídia. Quando esta prestar desserviço, o seu papel há de ser retificado. Sua atuação deve estar de acordo com os princípios constitucionais, sob pena de abuso de direito. Fora destes casos, como incita o ex-Ministro do Supremo Ayres Britto, “é próprio da democracia que a coletividade possa acompanhar ‘as coisas do poder’ (SCHREIBER, 2013, p. 138).

RESULTADOS

Por ora, abstrai-se da investigação que o processo penal público tem função relevante no sistema penal, visto que, como aventado, a corrupção se manifesta em quaisquer que sejam as raías do Poder Público.

Um processo às escuras confere a qualquer agente público implacável maior eficiência em suas investidas arbitrárias contra um envolvido no processo, geralmente um réu. Por essa razão, o controle popular toma posição de fiscal da retidão das decisões.

Ainda, a publicidade processual também se mostra elementar, na seara dos processos contra corrupção, dada a sua elevada vinculação com o interesse público e a credibilidade que deve gerar em atender a expectativa da população ao rechaçar comportamentos tão afetos à higidez do equilíbrio social. Essa importância se vincula ao fenômeno da comunicação social da virilidade do Poder Judiciário e suas funções essenciais contra comportamentos que constituem verdadeiros atentados aos objetivos da república.

Por outro lado, a publicidade desmedida e inescrupulosa pode constituir óbices aos princípios constitucionais penais e processuais penais, sobretudo o da presunção de inocência. Nesse cerne, uma análise ponderativa entre os princípios e direitos há de trazer algumas respostas, ainda não elucidadas à exaustão. Ao que se vê, alguns limites são percebidos para que certas garantias individuais não sejam vilipendiadas, bem como outros interesses particulares são mitigados, em detrimento do interesse público. A exemplo, o interesse público prepondera sobre algumas intimidades do acusado, notadamente as que interessam à elucidação dos fatos.

Especificamente no campo da corrupção, a ciência pública tem maior relevo, se comparado com outros delitos, o que não justifica uma execração pública impulsionada pelo judiciário. É uma regra e um instrumento a ser manejado com perícia.

Esse breve ensaio sequer se aproxima de exaurir os dilemas oriundos do debate em tela, relegando um fechamento mais conclusivo a uma análise mais minuciosa e abrangente.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 014.

GASPAR, Malu. **A Organização: a Odebrecht e o esquema de corrupção que chocou o mundo**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. **Execução Provisória da Pena no Júri**: fundamentos políticos e jurídicos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

LETURIA INFANTE, Francisco J.. La publicidad procesal y el derecho a la información frente a asuntos judiciales. Análisis general realizado desde la doctrina y jurisprudencia española. **Revista Chilena de Derecho**. Santiago, v. 45, n. 3, p. 647-673, 2018. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372018000300647&lng=es&nrm=i-so. Acesso em: 12 set. 2022.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. 1. ed. eletrônica. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **A sociologia de Niklas Luhmann**. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva dos julgamentos criminais**: uma investigação sobre as consequências e formas de superação da colisão entre liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Simone. Notas sobre o princípio da publicidade processual no processo penal. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 133-148, abr. 2013.

SILVA, Danilma Melo da. **As expectativas cognitivas na sociedade hiper-complexa**: uma leitura das audiências públicas à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A ÉTICA DO CUIDADO E OS SEUS PRINCIPAIS REFLEXOS NA VIDA DAS MULHERES

The ethics of care and its main effects on women's lives

Etyane Goulart Soares¹
Stéffani das Chagas Quintana²

INTRODUÇÃO

A realidade das mulheres no sistema capitalista e patriarcal, diante das pré-disposições econômicas convencionais, estatísticas nacionais e o recorte das políticas macroeconômicas, não contabiliza e não considera o universo do trabalho não remunerado. Assim, a força de

1 Etyane Goulart Soares; Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; Grupo de Pesquisa em Direito, Cidadania e Políticas Públicas. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC na linha de Políticas Públicas de Inclusão Social, com bolsa PROSUC/CAPES na modalidade II. Mestra em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social pela Universidade de Cruz Alta- UNICRUZ. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito, Cidadania e Políticas Públicas, vinculado ao PPGD/UNISC. E-mail: etyane-soares@hotmail.com.

2 Stéffani das Chagas Quintana; Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; Grupo de Pesquisa em Direito, Cidadania e Políticas Públicas. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC na linha de Políticas Públicas de Inclusão Social, com bolsa PROSUC/CAPES na modalidade I. Pós-graduada em Direito da Mulher pela Faculdade Legale. Pós-graduada em Direito do Trabalho pela Faculdade Dom Alberto. Bacharela em Direito pela Faculdade Dom Alberto. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito, Cidadania e Políticas Públicas, vinculado ao PPGD/UNISC. E-mail: steffani-quintana@hotmail.com.

trabalho dedicada pelas mulheres ao cuidado de seus familiares e ao lar pode ser considerada invisível e desvalorizada.

Diante disso, possuindo como tema a ética do cuidado, o resumo expandido foi construído a partir da seguinte pergunta: em virtude da ética do cuidado as mulheres são as principais responsáveis por conduzirem essa esfera, diante disso qual ou quais são os aspectos que conduzem a uma “emancipação” em relação à divisão sexual do trabalho ao cuidado?

Enquanto possível resposta ao problema de pesquisa, aborda-se que um desses principais aspectos é uma educação pautada na inserção do recorte de gênero e raça, assim como a criação e a execução de políticas públicas efetivas que visem à transformação da condição desigual das mulheres.

O objetivo geral do resumo expandido busca analisar a responsabilidade imposta às mulheres sob a condição da ética do cuidado. Dessa forma, para dar concretude, os objetivos específicos da pesquisa são dispostos em duas partes: a) investigar no que consiste a ética do cuidado; b) estudar quais as consequências da divisão sexual do trabalho não remunerado ao cuidado.

O estudo se apresenta como uma pesquisa qualitativa, característica das ciências sociais, a partir da aplicação do método de abordagem dedutivo, vez que são analisados aspectos gerais para, posteriormente, abranger pontos específicos da temática. O estudo também possui uma finalidade exploratória, através da utilização da técnica de pesquisa bibliográfica, principalmente por meio de pesquisas em livros, revistas e artigos científicos.

DESENVOLVIMENTO

A história evidencia que as mulheres estiveram presentes à dominação e ao controle masculino, determinados pelas relações de poder estruturalmente e socialmente construídas ao longo do tempo, o que resultou em múltiplos atos discriminatórios devido ao gênero (SCOTT, 1995). As persistentes discriminações e desigualdades afetam diretamente a vida das mulheres, inclusive as suas relações de trabalho e funções desempenhadas (COSTA; GOULART, 2022).

Por muito tempo o ambiente do trabalho foi um espaço majoritariamente composto por homens, sendo que às mulheres cabia a

responsabilidade com os afazeres domésticos e cuidados com os familiares, influenciando e resultando em uma posição desigual da mulher frente ao mercado de trabalho (COSTA; DIOTTO, 2022). Nesse sentido, analisa-se que

O cuidado materno e do bem-estar da família, é visto como um comportamento moral das mulheres, baseado na ética que conduz o gênero feminino. O modo-de-ser cuidado, próprio das mulheres, se estabelece diante da relação de responsabilidade para com os outros, no caso concreto, retroalimentada culturalmente na educação das meninas desde tenra idade. A ética que conduz o comportamento moral feminino pressupõe uma consciência prévia do ato da cuidadora baseado no amor e cuidado humano. Ele é a base da moralidade das mulheres e não uma mera manifestação dela, por isso, reafirmar-se-á que, os atos de cuidado não estão adstritos ao âmbito individual privado, pelo contrário, são decorrentes de valores éticos socialmente construídos (COSTA; DIOTTO, 2022, p. 30).

A responsabilidade do cuidado imposta às mulheres é inegável, principalmente quando analisada através das noções patriarcais ainda identificadas na sociedade, vez que é atribuída desde a criação das meninas a partir de brinquedos e brincadeiras relacionadas com o cuidado da casa, dos filhos e outros familiares (COSTA; NUNES, 2020). Apesar dos avanços, ainda permanece a percepção machista e patriarcal no mercado de trabalho, onde as mesmas são rejeitadas simplesmente por serem mulheres e consideradas incompetentes devido à associação histórica com o trabalho doméstico (COSTA; GOULART, 2022).

O debate a respeito do trabalho doméstico e do cuidado, assim como sobre a divisão sexual do trabalho, passou a ser impulsionado nos anos 70, principalmente através dos movimentos feministas (KERRIGAN, 2003). A conciliação entre os papéis de reprodução e trabalho produtor foi classificada como um dos problemas voltados à temática, vez que a “escravização à função geradora” vincula a mulher diretamente com o trabalho doméstico (BEAUVOIR, 1970, p. 153).

Os movimentos e as lutas feministas passaram a desempenhar um papel fundamental no reconhecimento das desigualdades e discriminações em razão do gênero, levantando questionamentos e discussões essenciais para a conquista dos direitos das mulheres (PINTO, 2003). A partir disso, embora tenha sido compreendido que o antigo

papel das mulheres somente enquanto esposas, companheiras ou mães não servia mais (PINTO, 2003), diversos aspectos ainda refletem no contexto atual.

Fica evidente que as desigualdades e as discriminações de gênero estão presentes em todas as esferas da vida das mulheres, inclusive no ambiente de trabalho (COSTA; GOULART, 2022). Ademais, ressalta-se que diante da conceituação e dos debates sobre a divisão sexual do trabalho, é possível a realização de uma reavaliação das relações de poder envolvidas no trabalho produtivo e reprodutivo, principalmente relacionando-a com a divisão do trabalho socialmente construída e constantemente identificada na sociedade (HIRATA; KERGOAT, 2007).

A divisão sexual do trabalho percebida no contexto atual demonstra-se como sendo uma forma de continuação da desigualdade de gênero, principalmente porque perpassa a noção de que os homens e as mulheres possuem competências diferentes (COSTA; NUNES, 2020), especialmente quanto ao cuidado. Sendo reproduzida a ideia de que os homens possuem qualidades ligadas ao ambiente público, enquanto as mulheres estão diretamente e tão somente associadas ao ambiente doméstico (COSTA; NUNES, 2020).

Através das teorias do campo feminista, ressalta-se que a divisão sexual do trabalho pode ser visualizada por meio das relações sociais opressivas, nas quais as mulheres são constantemente expostas a vulnerabilidades, sobrecargas, violações de direitos e desvalorizadas (SAFFIOTI, 2015). Assim, através da divisão de tarefas, principalmente com base no gênero, raça ou classe, são identificadas diferentes formas de dominação, exploração e desigualdades, como é o caso das relações de trabalho não remuneradas, sem reconhecimento e valorização atribuídas às mulheres (SAFFIOTI, 2015).

Nesse sentido, destaca-se que

a divisão sexual do trabalho é a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais entre os sexos; mais do que isso, é um fator prioritário para a sobrevivência da relação social entre os sexos. Essa forma é modulada histórica e socialmente. Tem como características a designação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a apropriação pelos homens das funções com maior valor social adicionado (políticos, religiosos, militares etc.) (HIRATA; KERGOAT, 2007, p. 599).

Para o atual modo de produção, é do interesse dos grupos e classes dominantes que as atividades atribuídas às mulheres sejam desvalorizadas, não remuneradas e realizadas de forma contínua (SAFFIOTI, 2015). Assim é o caso do trabalho doméstico exercido pelas mulheres, vez que “na estrutura patriarcal capitalista das ocupações, as mulheres não figuram como trabalhadoras, mas tão somente como mulheres” (SAFFIOTI, 2015, p. 137). Visto isso, destaca-se que o capitalismo possui interesse na continuação das atividades executadas diariamente pelas mulheres, ainda que sem remuneração e exija muito tempo e esforço (SAFFIOTI, 2015).

Com isso, o que se verifica é que os avanços até então obtidos, principalmente no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, não estão sendo acompanhados por avanços na prática, como é possível perceber diante das discriminações, do assédio, menores salários e outros fatores ainda identificados no mundo do trabalho (COSTA; GOULART, 2022). Os grandes processos de mudança no ambiente do trabalho acabam atingindo diretamente a vida das mulheres, como através do aumento do desemprego, das jornadas de trabalho exaustivas, da não valorização do trabalho da mulher, das desigualdades, discriminações, diferenças salariais, da exploração do trabalho não remunerado, assim como pelo fato da mulher ser culturalmente responsável pelo cuidado de toda a sua família (COSTA; GOULART, 2022).

Dessa forma, destaca-se que a responsabilidade imposta exclusivamente às mulheres quanto ao cuidado pode ser identificada como sendo um grande obstáculo para a participação das mesmas no mercado de trabalho, para a emancipação feminina e desenvolvimento humano, vez que a divisão sexual do trabalho ainda atua como um fator de continuação da desigualdade de gênero na sociedade brasileira (COSTA; NUNES, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história das mulheres brasileiras é caracterizada pela presença de importantes transições, principalmente quando se direciona o olhar para os papéis de esposas, companheiras, mães e trabalhadoras. A partir dos movimentos feministas, as mulheres passaram a resistir cada vez mais contra as diferentes formas de violência, a ocupar espaços

que antes eram majoritariamente de domínio masculino e a lutar pelo reconhecimento dos seus direitos.

Embora tenham sido identificados diversos avanços, como a noção de que o cuidado com os familiares e com o âmbito doméstico não deve ser uma tarefa exclusivamente e unicamente imposta às mulheres, a divisão sexual do trabalho ainda é presente na sociedade brasileira, principalmente perpetuando a desigualdade de gênero e atuando como um obstáculo para a emancipação das mulheres e participação efetiva no mercado de trabalho pelas mesmas.

Diante disso, buscando responder qual ou quais são os aspectos que conduzem uma “emancipação” em relação à divisão sexual do trabalho ao cuidado, embora se trate de uma pesquisa ainda em andamento, destaca-se que cabe ao Estado reconhecer que a economia do cuidado gira em torno das mulheres e que elas devem ser devidamente remuneradas por isso. Para tanto, visando os principais aspectos para o desenvolvimento de uma emancipação, destaca-se que são necessárias políticas públicas efetivas direcionadas ao suprimento dessa lacuna e uma educação pautada na inserção do recorte de gênero e raça.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos**. 4. ed. Tradução: Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; DIOTTO, Nariel. **Gênero, sociedade e políticas públicas: debates contemporâneos**. Cruz Alta: Ilustração, 2022.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; GOULART, Etyane Soares. Divisão sexual do trabalho e os desafios enfrentados pelas mulheres trabalhadoras no Brasil do século XXI. **Revista Videre**, Dourados, v. 14, n. 30, p. 304-322, mai./ago. 2022. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/16306>. Acesso em: 19 jul. 2023.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; NUNES, Josiane Borghetti Antonelo. Divisão sexual do trabalho e ética do cuidado: Uma abordagem com base no gênero e no dever humano da empatia. **Revista Chilena de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social**, v. 11, n. 21, p. 101-116, 2020. Disponível em:

<https://auroradechile.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/view/57847/61439>. Acesso em: 19 jul. 2023.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. **Novas configurações da divisão sexual do trabalho**. Tradução: Fátima Murad. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, SP, v. 37, n. 132, p. 595-609, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/cCztcWVvvtWGDvFqRmdsBWQ/?format=pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023.

KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo. In: EMÍLIO, Marli et al (org). **Trabalho e cidadania ativa para as mulheres**: desafios para as Políticas Públicas. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, p. 55 - 63, 2003.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero patriarcado violência**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015. Disponível em: https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2021/10/genero_web.pdf. Acesso em: 16 jul. 2023.

SCOTT, Joan. **Gênero**: uma categoria útil para análise histórica. Tradução: Christine Rufino Dabat; Maria Betância Ávila. 2. ed. Recife: SOS Corpo, 1995. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1737847/mod_resource/content/1/Scott_g%C3%AAnero%20uma%20categoria%20%C3%BAtil%20para%20a%20an%C3%AAlise%20hist%C3%B3rica.pdf. Acesso em: 18 jul. 2023.

A INCLUSÃO SOCIOECONÔMICA DO DEFICIENTE POR MEIO DA (RE)HABILITAÇÃO PROFISSIONAL PREVIDENCIÁRIA COMO FORMA DE AUXILIAR NO CUMPRIMENTO DA ODS 8.5 PARA AGENDA 2030

The Socioeconomic Inclusion of Disabled People Through Professional Rehabilitation To Achieve 2030 Agenda's Sdg 8.5

Patrícia Bonfante Blanco¹

Yduan de Oliveira May²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto estudar a inclusão do deficiente no mercado de trabalho por meio da (re)habilitação profissional previdenciária como forma de auxiliar no cumprimento da meta assumida na ODS 8.5 para agenda 2030, no âmbito brasileiro federal, no período delimitado entre 2016 e 2022.

Para tanto surge a seguinte problemática: atualmente no Brasil existe um alto índice de deficientes desempregados, ou que trabalham no mercado informal, e que auferem menor remuneração para trabalho de igual valor, o que faz com que o Brasil ande na contramão dos objetivos assumidos nas ODS para agenda 2030, especificamente da ODS

1 Patrícia Bonfante Blanco; Mestranda em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Pesquisadora no Grupo de pesquisas Direito e Sociedade Econômica (DISE/UNESC). Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Advogada. Endereço eletrônico: patricia.bonfanteadv@gmail.com.

2 Doutor em Direito. Professor do PPGD/UNESC. Coordenador do DISE/UNESC. Endereço eletrônico yduan@unesc.net.

8.5, e por consequência ODS 1, já que o resultado é automaticamente sentido nos os índices de pobreza e pobreza extrema.

Assim seria o processo de (re)habilitação profissional previdenciário capaz de incluir de forma social e econômica o deficiente no mercado de trabalho formal, com igualdade de remuneração para trabalho de igual valor, com vistas a auxiliar o comprimento da meta assumida na ODS 8.5 agenda 2030?

A principal hipótese é no sentido de que o processo pelo qual o indivíduo passa por uma formação objetivando sua qualificação, no caso (re)habilitação profissional previdenciária, focada no meio em que vive, seria capaz de inseri-lo no mercado de trabalho, de forma digna, e capaz de garantir uma igual remuneração para trabalho de valor igualitário.

A pesquisa possui como método de abordagem o hipotético-dedutivo, e como método de procedimento a análise de documentação indireta, com pesquisa documental e bibliográfica.

Quanto aos resultados obtidos, a presente ainda encontra-se em fase inicial, contudo verificou-se preliminarmente que o deficiente em sua maioria encontra-se em situação de desemprego ou de trabalho informal, e que sua remuneração não é igualitária ao trabalhador sem deficiência.

DESENVOLVIMENTO

O mundo tal como o conhecemos passou por inúmeras modificações, de modo que a sociedade de hoje é fruto das transformações vividas, que alternam valores, crenças, conceitos e ideias, todos estes acontecimentos norteiam os paradigmas epistemológicos e todas as produções científicas das grandes áreas do conhecimento que dela derivam. (ARAUJO, 2010, p. 92)

Valores como igualdade, liberdade e propriedade privada, do liberalismo de John Locke, permearam os anseios sociais e a produção legislativa dos séculos XVII até meados do século XIX, iniciando pela Declaração dos Direitos do Estado da Virginia (1776), Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão Francesa (1789), e alcançando a Declaração dos Direitos do Homem da ONU (1948). (CULLETON, BRAGATTO, FAJARDP, 2009)

O principal valor defendido naquela sociedade era a liberdade de poder gozar dos frutos de sua propriedade de forma livre, sem interferência do império e da igreja, ainda que representassem o direito de parcela da população, homens brancos e detentores da propriedade privada, eram os anseios da época, e impulsionaram a visão ao qual norteou os movimentos sociais. (CULLETON, BRAGATTO, FAJARDO, 2009)

O século XX marcado por grandes guerras, lutas sociais e culturais, modo de vida pautado no capitalismo com seu grande dinamismo e impacto direto no seio social, aliado as guerras quentes e frias e a globalização, fizeram em concomitância com o desenvolvimento, um contingente de indigentes, mutilados, migrantes e imigrantes que fugiam das consequências da luta pelo poder (CASTRO, 2022), quando o mundo se deu conta de que não bastava proteger somente a liberdade e propriedade privada, eram necessárias ferramentas que limitassem o poder do homem sobre o homem, em uma esfera supranacional. (GOLDSCHMIDT, 2009)

Diante do contexto mencionado, surgiram preocupações que ultrapassaram a esfera da propriedade privada e dos direitos dela decorrentes, de modo que o objeto a ser tutelado mudou do TER para o SER (GOLDSCHMIDT, 2019), as demandas sociais necessitavam ser olhadas e solucionadas pelo Estado, afinal cidadão não era apenas o detentor de terras, mas inclusive aquele que não a detinha.

Entramos no século XXI com problemas que ultrapassam fronteiras, as desigualdades provocadas pelo modo de produção e pela globalização, impactaram diretamente na vida do ser humano, formando um contexto de grande desigualdade social, onde os recursos são distribuídos e alocados nas mãos de poucos, aumento desenfreado da pobreza e de todos os problemas sociais e econômicos dela decorrentes, era necessário mudar o modo de agir e pensar no individual, para que as relações coletivas fossem impactadas.

Diante de todo este contexto, surge o conceito de sustentabilidade, que nas palavras de Cruz e Ferrer (2015, p. 240):

Sustentabilidade não é nada mais é do que um processo mediante o qual se tenta construir uma sociedade global capaz de perpetuar indefinidamente no tempo em condições que garantam a dignidade humana. Atingindo o objetivo de construir essa nova sociedade, será sustentável tudo aquilo que contribua com esse processo e insustentável será aquilo que se afaste dele.

E foi com esta preocupação, baseados no modo de vida norteado pela sustentabilidade, que os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) foram pensados e formulados, onde os Chefes de Estado e Governantes, reconheceram seu importante papel para além das responsabilidades nacionais, objetivando que a globalização fosse uma força positiva para todos os povos do globo, e que os recursos e custos dela decorrentes fossem distribuídos de forma equânime, que os 191 Estados-Membros das Nações Unidas (ONU), assumiram de forma diplomática oito grandes metas. (UNITED NATIONS MILLENNIUM DECLARATION, 2000)

As metas, que foram baseadas nos anseios sociais das populações aos quais os países-membros eram originários, possuíam como principais apelos a diminuição das desigualdades sociais, da violência, injustiças sociais causada pela pobreza extrema, boa governança com base na democracia e pautadas nos direitos humanos, e, de forma direcionada, responder às necessidades especiais da África. (UNITED NATIONS MILLENNIUM DECLARATION, 2000)

Inicialmente tais metas eram amplas, não possuíam objetivos e metas direcionadas e específicas, assim, em 2014 com reflexos pós 2015, criou-se um plano global, originando dezessete objetivos do desenvolvimento sustentável (ODS), com metas efetivas que albergavam os ODM, a serem cumpridos até 2030 (agenda 2030).

A presente pesquisa, faz um recorte na ODS 8.5, que possui como meta “Até 2030, alcançar o emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas as mulheres e homens, inclusive para jovens e as pessoas com deficiência, e remuneração igual para trabalho de igual valor”. (IPEA, 2023), sendo a principal hipótese que é objeto central de estudo desta pesquisa, verificar se a inclusão efetiva do deficiente no seio social e econômico por meio da (re)habilitação profissional previdenciária, seria capaz de ofertar uma resposta satisfatória ao que preconiza a ODS acima mencionada.

É cediço que não basta a inclusão do cidadão no mercado de trabalho com a disponibilização de uma vaga de emprego, é preciso que este seja funcional, produtivo, que entregue ao empregador uma resposta baseada em sua qualificação profissional e motivacional, e que o empregador entregue ao cidadão um local de trabalho onde este se sinta realizado e impulsionado a crescer de forma social e econômica por meio do primado do trabalho.

O conceito de inclusão socioeconômica defendido por esta pesquisa, é justamente o formulado pelo Grupo de Estudos em Direito e Sociedade Econômica – DISE, e que após vários estudos e pesquisas conceituou o direito à inclusão socioeconômica, como aquele resultante de uma aplicação direta do que preconiza o seio constitucional, uma junção do artigo 6º, os considerados direitos sociais, e o artigo 170, que apresenta disposições sobre os direitos econômicos, ambos aplicados de forma sistêmica, entregariam à sociedade um indivíduo capaz de satisfazer seus interesses e contribuir ao bem-estar social, tornando o cidadão ativo, funcional, independente de aportes estatais que mais os tornam esmoleiros do que seres humanos dignos. (MAY, POSSA-MAI, RAMOS, 2018)

Outrossim, um dos parâmetros norteadores da formulação do problema da pesquisa, foi a verificação do alto índice de desemprego do deficiente, conforme pesquisa realizada pelo IBGE em 2019, a taxa de ocupação de pessoas com deficiência no mercado de trabalho era de 28,3%, enquanto que pessoas sem deficiência ocupavam 66,3%; outro ponto destacado é que apenas 34,3% dos trabalhadores com deficiência ocupavam postos formais de trabalho, enquanto que para pessoas sem deficiência a este número era de 50,9%. (IBGE, 2022)

Outra discrepância verificada foi no rendimento médio auferido mensalmente, enquanto o trabalhador sem deficiência recebe na média de R\$ 2.619,00, o trabalhador com deficiência recebe R\$ 1.639,00, sendo que 18,2% das pessoas com deficiência estavam abaixo da linha da pobreza. (IBGE, 2022)

Assim, verifica-se se (re)habilitação profissional previdenciária seria capaz de entregar à sociedade um cidadão profissionalizado e capaz de garantir o próprio sustento de forma digna, igualitária, por meio do primado do trabalho, auferindo renda no mesmo patamar que uma pessoa sem deficiência.

Muitas vezes a deficiência apresentada não torna o indivíduo imprestável ao trabalho, visto que assim como uma pessoa sem deficiência pode ser encaixada em diversos outros setores de uma empresa, o deficiente também pode exercer qualquer outra função que independa de sua incapacidade física. Assim ao que parece a habilitação ou reabilitação profissional previdenciária seria uma importante ferramenta de inclusão do deficiente.

A habitação ou reabilitação profissional previdenciária está prevista no art. 89 da Lei nº 8213/1991 e art. 136 do Decreto nº 3.048/1999,

e objetiva a (re)educação ou (re)adaptação profissional e social do indivíduo no mercado de trabalho no contexto em que vive. O processo prevê uma série de possibilidades que visam avaliar o potencial laborativo, definindo a real capacidade do cidadão, por meio de cursos profissionalizantes e treinamentos práticos em empresas, com custeio integral dos gastos pelo INSS. (BRASIL, 2023)

Importante mencionar que habilitação profissional vai ser a ferramenta utilizada para inserção do indivíduo que não possui o mínimo de conhecimento em uma determinada área, não possui profissão, não estando habilitado e inserido no mercado trabalho, receberá instrução técnica adequada a torná-lo um profissional apto. (IEPREV, 2009)

Diferente da reabilitação profissional, em que o indivíduo já possui uma profissão, contudo, por ter sofrido acidente seja de trabalho ou previdenciário, será reabilitado, ou seja, receberá formação necessária para ser reinserido no mercado de trabalho em nova função ou até mesmo profissão, enquanto a primeira vai inserir o cidadão, a segunda vai reinseri-lo no mercado de trabalho. (IEPREV, 2009)

A meta assumida pelo Brasil com agenda 2030, no tocante a ODS 8.5, seria a redução de “40% da taxa de desemprego e outras formas de subutilização de força de trabalho, garantindo o trabalho digno, com ênfase na igualdade de remuneração para trabalho de igual valor” (IPEA, 2023), contudo, apesar de estarmos há sete anos do seu termo, as pesquisas prévias demonstram que se está longe de atingir os objetivos e metas assumidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa ainda encontra-se em fase inicial, contudo, verificou-se preliminarmente que o deficiente encontra-se em desvantagem em relação ao trabalhador que não possui deficiência, acarretando em dados alarmantes de emprego informal, desemprego e remuneração desigual, o Brasil está assim, na contramão do assumido na ODS 8.5, para agenda 2030, e se não mudarmos o foco e as estratégias possivelmente estar-se-á longe de alcançar um resultado satisfatório.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Renata Rodrigues. **Os paradigmas da ciência e suas influências na constituição do sujeito: a intersubjetividade na construção do conhecimento**. Scielo Books, São Paulo: UNESP, 2010, ISBN 978-85-7983-126-3. 140 p.

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: 21 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 3.048 de 06 de maio de 1999**. Regulamento da Previdência Social. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 21 jun. 2023.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. **Reabilitação Profissional**. Disponível em:< <https://www.gov.br/inss/pt-br/direitos-e-deveres/reabilitacao-profissional#:~:text=Conclu%C3%ADdo%20o%20processo%20de%20habilita%C3%A7%C3%A3o,Lei%20n%C2%BA%208.213%2F91>>. Acesso em: 21 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991**. Institui Planos e Benefícios da Previdência Social. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 21 jun. 2023.

CASTRO, Paulo. **O século XX e suas implicações no presente e futuro: Como o mundo de hoje é impactado pelo passado e segue destinado a cometer os mesmos erros**. Jornal *on-line* Contraponto Digital, São Paulo, 2022. Disponível em:< <https://contrapontodigital.pucsp.br/noticias/o-seculo-xx-e-suas-implicac>>. Acesso em: 21 jun. 2023.

CULLETON, Alfredo; Bragato, Fernanda Frizzo; Fajardo, Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos**. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2009. 27-41 p.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo (org.). **Direitos da personalidade do trabalhador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 248 p.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTR, 2009. 216 p.

IEPREV – Instituto de Estudos Previdenciários, Trabalhistas e Tributários. **O trabalho, a Habilitação e a Reabilitação Profissional no âmbito da Previdência Social**. Disponível em:< https://www.ieprev.com.br/conteudo/categoria/3/1092/o_trabalho_a_habilitacao_e_a_reabilitacao_profissional_noambito_da_previdencia_social>. Acesso em: 21 jun. 2023.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Objetivos de desenvolvimento sustentável**. Disponível em:< <https://www.ipea.gov.br/ods/ods8.html>>. Acesso em: 21 jun. 2023.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**. Rio de Janeiro: Atlas, 2021, 9ª ed. 224 p.

MAY, Yduan de Oliveira; POSSAMAI, Angélica; RAMOS, Thais. **Direitos socioeconômicos**. 1.ed. - Curitiba: Multideia, 2018. 144 p.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração do Milênio**. Nova Iorque, 2000. Disponível em:< <https://www.oas.org/dil/port/2000%20Declaração%20do%20Milenio.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2023.

CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA VS. BRASIL: UMA ANÁLISE DA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS DE NÃO REPETIÇÃO FIXADAS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS MARCADORES DE LETALIDADE POLICIAL EM UM CONTEXTO DE DISCRIMINAÇÃO ESTRUTURAL DE GRUPOS VULNERÁVEIS *

The Case of Favela Nova Brasilia v. Brazil: an analysis of the implementation of the non-repetition measures set by the Inter-American Court of Human Rights and the markers of police lethality in a context of structural discrimination of vulnerable groups

Eliziane Fardin de Vargas¹

Victória Scherer de Oliveira²

Bárbara Santiago de Lima³

1 *Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa ““Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraumdes Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Doutoranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, bolsista PRO-

INTRODUÇÃO

Desponta no cenário brasileiro um elevado grau de desigualdade e vulnerabilidade, tanto estrutural como interseccional. Essa situação é agravada ainda mais dentro do contexto das regiões periféricas das favelas, onde fatores como gênero, raça, baixa condição econômica, violência (tanto social quanto institucional), marginalização e a subordinação socioeconômica, contribuem sobremaneira para a incidência de casos de graves violações de direitos humanos contra essa parcela da população.

Exemplo disso é o Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil (2017), no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro pela ausência de devida diligência na investigação dos atos de execução extrajudicial, tortura e atos de violên-

SUC/CAPES, modalidade I. Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da Jurisdição Constitucional - instrumentos teóricos e práticos”. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7125626353321424>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-3192-659X>. E-mail: elizianefardin@hotmail.com

- 2 Mestranda no Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I, sob orientação da Prof.^a Dr.^a Suzéte da Silva Reis e coorientação da Prof.^a Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal. Integrante do Grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional Aberta, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal, com ênfase em estudos a respeito do controle jurisdicional de políticas públicas prestacionais e garantia de direitos na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Integrante do Grupo de Pesquisas Relações de Trabalho na Contemporaneidade, vinculado a Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, da UNISC, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Suzéte da Silva Reis. E-mail: vicscherer07@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-4708-7145>
- 3 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista CNPq. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisas “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da Jurisdição Constitucional - instrumentos teóricos e práticos”, vinculado ao PPGD da UNISC, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: bsantiago@mx2.unisc.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5273493020592119>.

cia sexual cometidos por agentes policiais contra a população residente na Favela Nova Brasília nos anos de 1994 e 1995.

Em vistas disso, tomando como ponto de partida a suprarreferida decisão, o problema de pesquisa que norteia o trabalho é o seguinte: quais são as medidas de não repetição estabelecidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na decisão do Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil (2017) e como essas medidas têm sido implementadas pelo Estado brasileiro? Ademais, é possível observar uma redução nos índices de letalidade policial no estado do Rio de Janeiro após a implementação dessas medidas pelo Estado brasileiro?

Para tanto, objetiva-se, inicialmente analisar a decisão da Corte IDH, destacando cada uma das medidas de não repetição fixadas na decisão do Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, averiguando como cada uma dessas recomendações se propõem ao combate de violação sistêmica de direitos decorrentes da atuação dos agentes policiais. Na sequência, busca-se detalhar quais dessas medidas de não repetição estabelecidas pela Corte IDH já foram implementadas pelo Estado brasileiro, detalhando os instrumentos utilizados para sua incorporação no âmbito interno do Estado, ademais, analisar-se-á se, após a decisão da Corte IDH e a implementação das medidas pelo Brasil, houve uma redução nos índices de letalidade policial no estado do Rio de Janeiro.

Assim, através da utilização do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento analítico, busca-se, a partir da análise das medidas de não repetição, do atual estágio de incorporação dessas medidas pelo Estado brasileiro e da averiguação quantitativa dos índices de letalidade policial no estado do Rio de Janeiro antes e após a decisão da Corte IDH, avaliar a relação entre as medidas impostas pela Corte IDH e a atual situação da letalidade policial no estado do Rio de Janeiro.

DESENVOLVIMENTO

Análise das medidas de não repetição, seu cumprimento pelo Estado brasileiro e o impacto nos índices de letalidade policial no Rio de Janeiro

O caso trata da busca pela responsabilização internacional do Brasil face à violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial. Tais violações decorreram da falta de diligência do Estado na con-

dução da investigação e responsabilização dos agentes públicos envolvidos na execução extrajudicial de 26 homens — dentre esses 06 menores de idade — e atos de tortura e estupro de 3 mulheres — 02 delas menores de idade — durante incursões policiais realizadas em 18 de outubro de 1994 e 08 de maio de 1995 na Favela Nova Brasília, no estado do Rio de Janeiro. (CORTE IDH, 2017, p. 27-28)

Para além dos défices na condução das investigações interna dos atos pelas instituições responsáveis, a Corte IDH ainda destaca que, no Brasil, o perfil das vítimas fatais de violência policial é, predominantemente, de jovens, negros, pobre e desarmados (CORTE IDH, 2017, p. 28). Essa informação é corroborada pelos dados constantes no Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022, que ao traçar o perfil das vítimas de intervenções policiais no ano de 2021, verificou que prevalecem como vítimas os homens, adolescentes e jovens, pretos e pardos. Segundo esse levantamento, no ano de 2021, dentre as vítimas de intervenções policiais com resultado morte, 99,2% eram do sexo masculino, 84,1% eram negras, e ainda, a maior parte dessas, 43,6%, tinham idades entre 18 e 24 anos. (BRASIL, 2022, p. 08-09-10)

Relativo, especificamente, à situação do estado do Rio de Janeiro, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública apontou que o estado tem o quarto maior índice de mortalidade por ações policiais, ficando atrás dos estados do Amapá, Sergipe e Goiás. Embora nesse período de 2021 o estado do Rio de Janeiro estivesse sob as rigorosas restrições impostas pelas ADPF 635 — a qual restringiu operações das policiais Cíveis e Militares durante a pandemia de covid-19 —, mesmo com a vigência dessas medidas constatou-se um aumento de 8,9% no número de vítimas, registrando um total de 1.356 pessoas mortas em operações policiais. Ainda em 2021 “a polícia civil carioca produziu a operação mais letal de sua história, que resultou na morte de 28 pessoas após uma incursão policial na comunidade do Jacarezinho, em 6 de maio de 2021.” (BRASIL, 2022, p. 05)

Nessa toada é que Martins e Baptista (2020, p. 04) destacam que “os casos de chacinas no Estado do Rio de Janeiro não são causas, mas, sintomas de uma política de segurança pública que se orienta pelo extermínio de grupos sociais considerados descartáveis.” E, considerando o bem delineado perfil das vítimas de violência policial (jovens, negros e de região periférica), salienta-se a importância de integrar na análise do problema, a fim de traçar estratégias de solução à violência policial

direcionada a esse grupo, uma perspectiva que considere a existência de uma discriminação estrutural no cerne desses atos de violência.

Visando prevenir novas violações de direitos humanos desse gênero, a aludida sentença da Corte IDH elenca uma série de medidas de não repetição, as quais são munidas de um viés eminentemente estrutural. Através delas, a Corte IDH determinou que o Estado deverá providenciar: 1) anualmente, a publicação de um relatório oficial com dados referentes às mortes decorrentes de operações policiais, abrangendo os dados relativos a todos os estados do país, bem como, nesse relatório deverá constar as informações atualizadas sobre as investigações realizadas em cada um desses incidentes que tenham resultado na morte de um civil ou policial; 2) implementar, dentro do prazo de um ano, mecanismos normativos que assegurem que, em casos de morte, violência sexual ou tortura, decorrentes de incursões policiais, a investigações do caso seja delegada a autoridade policial distinta e independente daquela envolvida no incidente; 3) a adoção de políticas de redução da letalidade e violência policial no estado do Rio de Janeiro; 4) implementar um programa ou curso permanente de qualificação do atendimento de mulheres vítimas de estupro, sendo esse obrigatório para policiais civis, militares e para profissionais da saúde do estado do Rio de Janeiro; 5) incorporar as medidas necessárias para que as vítimas ou seus familiares possam participar de maneira mais efetiva da condução das investigações; 6) uniformizar, nos relatórios de investigação de casos de mortes ou lesões corporais decorrentes de ações policiais, a expressão “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial”, abolindo os termos “oposição” ou “resistência” a ações policiais; 7) dentro do prazo de um ano o Estado deverá apresentar relatório relativo ao cumprimento das medidas.

No que tange ao cumprimento dessas medidas de não repetição, o tratamento conferido pelo Conselho Nacional de Justiça brasileiro às determinações da Corte IDH na decisão do caso Favela Nova Brasília dedicou empenho na resolução das matérias atinentes à violência policial, notadamente aquela perpetrada contra a população negra, à violência de gênero, à devida condução das investigações e procedimentos judiciais e à participação da vítima na investigação criminal do caso (CNJ, 2022, p. 11). Todas essas discussões centrais vieram registradas no Sumário Executivo exarado pelo órgão brasileiro, proporcionando a análise do processo de cumprimento das medidas de não repetição determinadas pelo Tribunal Interamericano.

À vista disso, em aparato ao documento de supervisão de cumprimento de sentença elaborado pela Corte Interamericana em 25 de novembro de 2021, pretende-se observar quais medidas foram acatadas e cumpridas pelo estado brasileiro, sob supervisão no âmbito do Poder Judiciário, para, a partir disso, compreender os reflexos da decisão nos índices de letalidade policial no Brasil. Nota-se que, com a publicação da sentença condenatória no âmbito interamericano, o Estado Brasileiro, juntamente com os peticionários, encaminharam, periodicamente, informes sobre o cumprimento de tais reparações, ensejando em um levantamento parcial da resolução pela Corte IDH, que acompanha o procedimento pelo mecanismo de supervisão de cumprimento do julgado. (CNJ, 2022, p. 16)

Ante a pendência de determinados pontos resolutivos, foi convocada uma análise pormenorizada das seguintes medidas: 1) condução de uma investigação eficaz, tanto dos fatos ocorridos em 1994, quanto daqueles que se sucederam em 1995; 2) a investigação das ocorrências de violência sexual e um imediato e efetivo tratamento dedicado às vítimas dessa violação, bem como a implementação de um programa sobre o atendimento dedicado às mulheres vítimas de violência sexual; 3) a adoção de um ato simbólico e público de reconhecimento da responsabilidade internacional; 4) a publicação de um relatório anual e atualizado, que compreenda os dados referentes a mortes perpetradas nas operações policiais de todos os estados do país; 5) a adoção de um dispositivo normativo que elenque um órgão independente para investigar supostas mortes e outras violências decorrentes da intervenção policial, bem como, em especial, no Rio de Janeiro, a adoção de metas e políticas que visem a redução da letalidade e violência policial; 6) a adoção de medidas de participação das vítimas e de seus familiares na investigação de delitos; 7) a uniformização da expressão “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial” em relatórios investigativos e 8) o pagamento de danos imateriais às vítimas. (CNJ, 2022, p. 13-15)

Nota-se que, em relação à implementação das medidas de não repetição recomendadas pela Corte IDH, a maioria dessas está em fase de desenvolvimento, conforme aponta os dados fornecidos pelo CNJ, os quais foram condensados na tabela a seguir:

Medida recomendada pela Corte IDH	Status atual do cumprimento pelo Estado brasileiro	Instrumento adotado pelo Estado para cumprir a medida recomendada
Publicação anual de relatório com dados referentes às mortes	Em andamento avançado. As classificações e os dados devem ser enviados ao Sistema Nacional de Informação de Segurança Pública (SINESP). Em elaboração uma Resolução do Sistema Nacional de Informação de Segurança Pública, a qual disporá sobre o envio e a divulgação dos dados nacionais de segurança pública	Fórum de Segurança Pública - instituição responsável pela elaboração do relatório
Dentro do prazo de um ano, adotar medidas para garantir que casos em que envolvam violência policial sejam investigados por outro órgão distinto	Em andamento. Corte IDH sustenta a necessidade de uma obrigatoriedade (e não faculdade) na atribuição do Ministério Público pelas investigações relacionadas a fatos de supostas mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial	Mapeamento (realizado pelo CNJ, e consultores UNODC, Instituto Vladimir Herzog) sobre a existência de corpos periciais independentes. Aproveitamento de experiências exitosas para serem aplicadas em outros Estados. Previsão normativa prevê a faculdade de que o Ministério Público inicie uma investigação autônoma nos casos em que, prima facie, um policial apareça como possível acusado

continua

Medida recomendada pela Corte IDH	Status atual do cumprimento pelo Estado brasileiro	Instrumento adotado pelo Estado para cumprir a medida recomendada
Metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial no Rio de Janeiro	Em andamento. Providências administrativas requeridas pelo STF, em consonância com os entendimentos interamericanos estão sendo implementadas	ADPF n. 635. Diálogo entre cortes. Sistema Integrado de Metas do estado do Rio de Janeiro
Implementação de curso sobre atendimento de mulheres vítimas de estupro, obrigatório para policiais civis, militares e para profissionais da saúde do estado do Rio de Janeiro	Em andamento.	Academias de Polícia Civil, Militar e Federal dos entes federados, assim como para que o Conselho Nacional de Saúde - promover a incorporação dos parâmetros internacionais e interamericanos de atendimento a vítimas de violência sexual e investigação do crime em cursos de formação
Adoção de medidas para garantir a participação de vítimas em investigações	Em andamento.	Adequação do art. 11 do Projeto de Lei 8.045/2010 aos parâmetros interamericanos Aplicabilidade das Resoluções CNJ n. 253/2018 e n. 386/2021

continua

Medida recomendada pela Corte IDH	Status atual do cumprimento pelo Estado brasileiro	Instrumento adotado pelo Estado para cumprir a medida recomendada
Abolição dos termos “resistência” ou “oposição” nos registros de morte por intervenção policial	Em andamento. Necessidade de harmonização de termos, apesar do que foi manifestado pelo Estado, já que pelo menos seis estados ainda utilizam os termos “oposição” ou “resistência”.	Inclusão (e, se for o caso, aprimoramento) dos conteúdos da disciplina “Direitos Humanos” em editais de concurso público para magistratura. Criação de cursos de formação e de atualização para membros e servidores do Poder Judiciário
Dentro do prazo de um ano o Estado deverá apresentar relatório relativo ao cumprimento das medidas	Em andamento. A Corte IDH entendeu por cumprido integralmente: publicação de sentença em um sítio oficial; Reembolso das somas a título de custas e gastos	Sumário Executivo – Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil

Fonte: Conselho Nacional de Justiça

Considerando os dados relativos ao estágio atual de cumprimento das medidas de não repetição pela Brasil, assim como, tendo em vista o disposto no parágrafo 322 da sentença, que traz o dever do Estado em comprovar que efetivamente houve uma redução das taxas de violência e letalidade policial, cabendo a Corte IDH supervisionar o cumprimento dessa medida e, se for o caso de inalterabilidade da situação, recomendar medidas adicionais (CORTE IDH, 2017, p. 78); em vista disso, se faz essencial analisar os índices de letalidade policial anteriores e posteriores à decisão da Corte IDH, no intuito de mensurar os reais impactos das medidas em andamento.

Atualmente, no Brasil, os dados acerca do número de mortes ocorridas em intervenções policiais são monitorados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, que atua desde o ano de 2013. Neste pe-

ríodo, entre 2013 e 2022, foram contabilizadas 43.171 vítimas de ações policiais, conforme dados constantes no Anuário de Segurança Pública de 2022, número que aumentou com o passar dos anos, chegando a registrar 6.412 mortes apenas no ano de 2020. (INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022)

No ano de 2019, foram registradas 1.814 mortes em decorrência de intervenção de agente do Estado no Rio de Janeiro, o maior número desde 2003, conforme o indicador Segurança em Números referente ao ano de 2022. Apesar de o número de mortes ter registrado baixa de -1,9% no ano de 2022 (1.330 vítimas), o número ainda é expressivo. (INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022)

Dessa forma, comparando os índices de letalidade policial antes e depois da sentença da Corte IDH, é possível depreender que, de 2017 até 2022, os números tiveram aumento significativo, pois, em 2017, foram registradas 1.117 mortes por intervenção de agente do Estado no Rio de Janeiro, alcançando a marca de 1.330 vítimas no ano de 2022. Comparando também o número de mortes em incursões policiais nos anos anteriores à sentença e depois das medidas implantadas pelo Estado brasileiro, percebe-se novamente que os números aumentaram, sendo que, de 2004 para 2019, os números praticamente dobraram, partindo de 983 para 1.814 vítimas, respectivamente. (INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022)

Assim demonstra-se, através dos dados comparativos analisados, a existência de uma não efetividade da condenação, uma vez que não houve redução das mortes em abordagens policiais, pelo contrário, os números mostram que as vítimas fatais aumentaram nos últimos anos em relação aos anos anteriores à sentença que condenou o Brasil. Isso reflete a falta de articulação do Brasil, em especial do Estado do Rio de Janeiro, em realizar ações que cumpram com as medidas impostas pela Corte IDH, principalmente no que diz respeito às medidas de não repetição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise desenvolvida se observa que a decisão da Corte IDH recomendou uma série de medidas de não repetição focadas na redução da violência e letalidade policial, assim como, defendeu ser cabível um aprimoramento das diretrizes que norteiam a condução diligente

das investigações dos fatos ocorridos nas incursões policiais que resultem em óbito.

A maioria dessas medidas de não repetição impostas pela Corte IDH ainda permanecem em fase de desenvolvimento no âmbito interno do Estado brasileiro, sendo seu andamento monitorado tanto na esfera interamericana, pela Corte IDH, através dos relatórios de supervisão de cumprimento de sentença, quanto em âmbito nacional, pelo constante acompanhamento e articulação do Conselho Nacional de Justiça e demais órgãos de fiscalização e controle do Poder Público.

Em relação aos índices de letalidade policial no Rio de Janeiro, é possível observar que os dados indicam, mesmo após a decisão da Corte IDH e o desenvolvimento das primeiras empreitadas do Estado rumo ao cumprimento e implementação das medidas de não repetição, que houve um crescimento no número de mortes decorrentes de operações policiais, se comparado com o período anterior à decisão da Corte IDH. Portanto, considerando os dados analisados nesse estudo, não é possível constatar uma redução dos índices de letalidade policial no estado do Rio de Janeiro após a decisão da Corte IDH, muito contrário, além de ser possível observar uma inalterabilidade da situação de violação, os registros recentes apontam um aumento expressivo nos números de mortes em incursões policiais após a condenação do Brasil na Corte IDH.

REFERÊNCIAS

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: 03 jul. 2023.

BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022*. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/05-anuario-2022-letalidade-policial-cai-mas-mortalidade-de-negros-se-acentua-em-2021.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Supervisão, no âmbito do Poder Judiciário, de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*: sumário executivo. Brasília: CNJ, 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*: sentença de 16 de fevereiro de 2017 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), San Jose da Costa Rica, 2017. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf> . Acesso em: 03 jul. 2023.

INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Segurança em Números 2022*. Disponível em: <http://arquivo.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/Uploads/SN-2022rev.html#content>. Acesso em: 11 jul. 2023.

MARTINS, Urá Lobato; BAPTISTA, Vinícius Ferreira. Políticas públicas de enfrentamento à violência policial: análise da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o Caso Favela Nova Brasília versus Brasil. *Rev. de Direito Sociais e Políticas Públicas*, v. 6, n. 1, p. 1-24, 2020.

DESENHO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

Brazilian constitutional design and coalition presidentialism

Vanessa Thomas Becker¹

Rogério Gesta Leal²

INTRODUÇÃO

O presente resumo aborda a temática sobre a relação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo a partir da Constituição Federal de 1988, que culmina no que ficou conhecido como presidencialismo de coalizão. Nesse contexto, levanta-se o questionamento acerca de quais são os as previsões constitucionais que justificam o desenvolvimento do presidencialismo de coalizão. O escopo foi analisar como os elementos da Constituição Federal de 1988 dão ensejo a este comportamento institucional. Utilizou-se, para o desenvolvimento, o método de abordagem

1 Vanessa Thomas Becker, Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Bolsista CAPES, modalidade II; Integrante do grupo de pesquisa, desenvolvido na UNISC, “Controle interno da administração pública no enfrentamento da corrupção: ações preventivas e curativas; intersecções com o compliance; estudo de casos”. E-mail: vanessa.tbecker@hotmail.com.

2 Rogério Gesta Leal, Doutor em Direito pela Universidade de Santa Catarina (USFC), com pós-doutorado em Direito pela Universidade de Coruña, Espanha. Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Coordenador do grupo de pesquisa, desenvolvido na UNISC, “Controle interno da administração pública no enfrentamento da corrupção: ações preventivas e curativas; intersecções com o compliance; estudo de casos”. E-mail: gestaleal@gmail.com.

dedutivo e o método de procedimento analítico, a partir da técnica de pesquisa bibliográfica.

DESENVOLVIMENTO

O sistema de governo presidencialista brasileiro possui uma definição especializada quanto ao seu modo de comportamento, visto que há uma relação de dependência entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo no país no que toca a condução do espectro político, denominada por Abranches (1988, p. 21-22) como “presidencialismo de coalizão”. A expressão expõe a necessidade que o Presidente da República tem em promover negociações, buscando firmar acordos com os partidos políticos com maior representatividade no Congresso Nacional, para obter apoio parlamentar a fim de implementar suas políticas de governo.

Para Abranches (1988), esse cenário decorre em razão das características institucionais da democracia brasileira, definidas no texto da Constituição Federal de 1988. Schier (2017, p. 92) descreveu que os elementos institucionais que conduzem ao presidencialismo de coalizão são “(i) a adoção de um modelo de presidencialismo imperial, (ii) o sistema eleitoral proporcional com lista aberta para o parlamento, (iii) o multipartidarismo e (iv) o federalismo”.

No que diz respeito à primeira característica institucional indicada, quanto um modelo de presidencialismo imperial, tal afirmação decorre do fato de a Carta Política concentra no Poder Executivo uma gama de poderes, especialmente no que tange a definição da agenda política e nomeação de cargos políticos. Essa situação pode ser identificada a partir das disposições do art. 61, § 1º, da Constituição Federal que define matérias que são de iniciativa legislativa privativa do Presidente da República, bem como do art. 62 da Carta Constitucional que atribui ao chefe do Poder Executivo federal a possibilidade de legislar por meio de medidas provisórias com força de lei, em caso de urgência e relevância. Ainda, do artigo 165 da Constituição Federal de 1988 que define ser de iniciativa do Poder Executivo as leis sobre questões orçamentárias.

Segundo Abranches (2018, p. 75), a Constituição Federal de 1988 “Incorporou elementos centralizadores oriundos do regime militar e alterou em aspectos fundamentais o equilíbrio de forças entre o Executivo e Legislativo, em favor da Presidência da República”. Nesse sentido, há um Executivo em que há uma grande concentração de po-

deres, visto que compete ao Presidente legislar sobre “as principais áreas de política: tributação, orçamento e fixação dos quadros do funcionalismo” (LIMONGI, 2006, p. 27). Caso não obtenha o apoio parlamentar de forma majoritária para levar adiante a votação do projeto legislativo, esbarra na dificuldade de garantir a sua governabilidade.

O Poder Legislativo brasileiro é bicameral, composto pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, conforme previsão do artigo 44 da Constituição Federal. A segunda característica institucional que culmina no presidencialismo de coalizão advém da previsão do artigo 45 da Carta Constitucional de 1988 e envolve a forma de eleição no que diz respeito à composição da Câmara dos Deputados, que ocorre por meio de sistema eleitoral proporcional.

O Presidente da República será eleito, conforme previsão do artigo 77, parágrafo segundo, da Constituição Federal de 1988, pelo sistema majoritário de votos, o que significa que o candidato que obtiver maioria absoluta dos votos será eleito para o cargo (SILVA, 2005). Esse sistema se aplica também para a eleição de governadores, prefeitos e senadores.

Já a eleição para deputado federal, estadual e vereador se dará pelo sistema proporcional. Segundo Bonavides (2001, p. 250), “o sistema proporcional permite de modo adequado à representação dos grupos de interesse e oferece então um quadro político mais autêntico e compatível talvez com a realidade contida no pluralismo democrático”.

No que diz respeito à eleição de representantes do Poder Legislativo em âmbito federal, Schier (2017, p. 99) descreve que se adota um sistema “duplamente proporcional”:

Em primeiro lugar, como o Brasil é uma federação, tem-se uma proporcionalidade federativa. Isso significa dizer que cada Estado-Membro elege para o Congresso Nacional um número de deputados federais proporcional ao tamanho de sua população. [...] Outro aspecto da proporcionalidade eleitoral é a partidária. Como se afirmou as eleições ocorrem simultaneamente em todo o país – e neste aspecto ela é nacional – mas a base de votação é local e o cômputo do voto também é local. Neste sítio local é que ocorre a distribuição da proporcionalidade partidária. O sistema eleitoral é o proporcional com lista aberta. Cada partido político, a partir de suas convenções define nos Estados-Membros a sua lista de candidatos. Os eleitores são livres para escolher qualquer candidato de qualquer partido. O voto, uma vez manifestado, é

computado duplamente: primeiro servirá para formar o coeficiente eleitoral dos partidos e, após, servirá para definir quais candidatos serão eleitos por cada partido político.

A intenção da adoção do referido modelo é garantir representação ao pluralismo de ideias existentes na sociedade brasileira (MEZZAROBÀ, 2004), possibilitando a eleição, também, de representantes minoritários. Assim, o Estado Democrático de Direito precisa abarcar a pluralidade de opinião que permeia uma sociedade, fornecer meios que garantam a representação de todas as instituições e suas nuances de diversidade.

Essas heterogeneidades da formação do eleitorado e dos interesses que permeiam a esfera pública encontram justificativa na última característica institucional da qual decorre o presidencialismo de coalizão, relacionando-se com a forma de Estado Federativa assumida desde 1891, na Primeira Constituição da República Brasileira (Agência Senado, 2023). A Constituição Federal de 1988 expõe em seu artigo primeiro que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”, bem como reforça em seu artigo 60, parágrafo quarto, a federação como cláusula pétrea da República brasileira, dispondo que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa do Estado.

Abranches (2018, p. 21) aponta que o federalismo se tornou um dos traços mais permanentes da história brasileira, coadunando em consequências políticas e institucionais importantes, diante da amplitude do território nacional e suas diferenciações regionais. Assim, sustenta o autor (2018, p. 21) que “somos uma sociedade heterogênea, e isso estimula a emergência do multipartidarismo. O federalismo criou as condições para a formação de grupos políticos competindo pelo controle da política estadual. Esses grupos passaram a ter poder e influência decisiva no plano nacional”. Em sentido semelhante, Schier (2017, p. 104) narrou que “a fragmentação é ainda agravada não apenas por decorrência dos aspectos sociais”, mas em razão de que o “sistema eleitoral de base federativa gera a necessidade de atendimento de demandas locais muito diversas e específicas em detrimento de interesses mais gerais ou nacionais”.

Cabe destacar que a Constituição Federal, em seu artigo 1º, elencou em suas disposições iniciais os fundamentos do Estado, dentre eles, destaca-se o fundamento do pluralismo político (art. 1º, inciso V, da Constituição Federal de 1988). Sobre este fundamento, Alexandrino

e Paulo (2019, p. 93) despontam que “nossa sociedade deve reconhecer e garantir a inclusão, nos processos de formação da vontade geral, das diversas correntes de pensamento e grupos representantes de interesses existentes no seio do corpo comunitário”.

Dessa forma, o agrupamento de afinidades ideológicas se dará, entre outras formas de organização da sociedade civil, por meio dos partidos políticos no contexto eleitoral. O fundamento do pluralismo político oportuniza a criação de tantos partidos quantos forem necessários para que o povo sinta-se representado, desde que “resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”, conforme determinou o artigo 17 da Constituição Federal. Nesse contexto, há no Brasil 30 (trinta) partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral (TSE, 2023).

Para Nicolau (2017, p. 73) “em decorrência da alta fragmentação partidária, todos os presidentes do atual ciclo democrático tiveram de fazer amplas coalizões no Legislativo para governar”. Nesse contexto, ao assumir a chefia do Poder Executivo, o Presidente da República poderá ter um impasse no momento de exercer a governabilidade, frente à representação multipartidária no Congresso Nacional (VIEIRA, 2018). Diz-se isso, pois, em que pese haja independência entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, o presidente da República “para enfrentar a sua agenda de problemas, [...] tem que governar com uma coalizão multipartidária” (ABRANCHES, 2001, p. 12).

Dessa forma, para sanar os conflitos de uma sociedade complexa e multicultural, fez-se necessário encontrar um ponto em comum entre os interesses do Presidente da República e dos Congressistas, para execução do projeto de governo presidencial, bem como dos interesses populares representados pelos parlamentares. No ponto, diante das características institucionais definidas na Constituição Federal de 1988, o presidencialismo de coalizão tornou-se a opção mais viável para o exercício do poder político no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo objetivou demonstrar que a prática do presidencialismo de coalizão decorre das disposições da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, descreveu-se como algumas características institucionais do país, notadamente quanto ao Poder Executivo dotado de

poderes imperiais, o sistema proporcional para composição da Câmara dos Deputados, o multipartidarismo e o federalismo, auxiliam no desenvolvimento deste comportamento diferenciado do sistema de governo.

No desenho institucional posto pela Constituição Federal de 1988, dificilmente um Presidente da República é eleito em um contexto que seu Partido Político represente maioria no Congresso Nacional. Assim, para governar, o Presidente da República terá que formar uma coalizão multipartidária de apoio no Congresso Nacional, a fim de que suas propostas legislativas sejam aprovadas no desenrolar do processo legislativo.

Desta necessidade de negociação posta pelo desenho institucional brasileiro, surge a prática do presidencialismo de coalizão, que corresponde a um modo de comportamento do sistema presidencial brasileiro. Não se desconhece que muitos atribuem ao presidencialismo de coalizão a crise de representatividade que assola o cenário político do país. Por outro lado, o presente estudo não objetivou promover um juízo de valor acerca da prática do presidencialismo de coalizão, limitando-se a descrever os dispositivos da Constituição Federal que justificam a necessidade de formação de coalizões entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique. A democracia Brasileira vai bem, mas requer cuidados: proposições sobre a democracia brasileira e o presidencialismo de coalizão. **XIII Fórum Nacional**, Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <https://www.inae.org.br/estudo/a-democracia-brasileira-vai-bem-mas-requer-cuidados-proposicoes-sobre-democracia-brasileira-e-o-presidencialismo-de-coalizao/>. Acesso em: 5 mar 2023.

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, p. 5-34, 1988. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4251415/mod_resource/content/1/AbranchesSergio%281988%29_PresidencialismodeCoalizao.pdf. Acesso em: 01 mar 2023.

ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2019.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 mar 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Estatísticas do eleitorado** – Eleitores filiados. TSE, 2020. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/filiados>. Acesso em: 07 jan 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Partidos políticos registrados no TSE**. TSE, 2023. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-registrados-no-tse/registrados-no-tse>. Acesso em: 5 mar 2023.

CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. **Agência Senado**, 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>. Acesso em 15 jul. 2023.

LIMONGI, Fernando. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos Estudos**, São Paulo, v. 76, p. 17-41, 2006. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002006000300002&script=sci_arttext. Acesso em: 12 jan 2023.

MEZZAROBBA, Orides. **Introdução ao Direito Partidário Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NICOLAU, Jairo. **Representantes de quem?** Os descaminhos do seu voto da urna à Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão**: contexto, formação e elementos na democracia brasileira. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ELEMENTOS CONCEITUAIS DA APOROFOBIA SEGUNDO ADELA CORTINA

CONCEPTUAL ELEMENTS OF APOROPHOBIA BY ADELA CORTINA

Elias Guilherme Trevisol¹

INTRODUÇÃO

A história de um termo como a aporofobia e suas influências filosóficas são pertinentes para a compreensão da construção desse neologismo que permite revelar uma das chagas sociais mais persistentes da sociedade latino-americana.

O questionamento que o presente artigo visa responder é: quais são os elementos conceituais imprescindíveis na construção do termo aporofobia pela filósofa Adela Cortina no ano de 1995, quando escrevia uma seção do ABC Cultural de título “Criação ética”, junto a José Antônio Marina, permitindo-a definir que a rejeição ao pobre é a mais extensa e profunda do que os demais tipos de aversão na América-latina.

Como hipótese a ser ou não confirmada, trabalha-se com a afirmação de que a aporofobia, mais que a junção de termo grego e latim, foi constituída de uma análise histórico- crítica realizada por Adela sobre os demais tipos de discriminação social: xenofobia, homofobia, racismo, ou demais discriminações a pessoas concretas por terem uma característica que as insere num determinado grupo de pessoas que se despreza ou se teme, ou as duas opções ao mesmo tempo.

1 Mestre em Direito, com área de concentração em Direitos Humanos e Sociedade, pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, pós-graduado em Direito Processual Penal e em Direito Processual Civil. Membro do Grupo de estudos NUPED/UNESC. Advogado. E-mail: egtrevisol1@gmail.com

Para perseguir um resultado empírico e imparcial, o método de pesquisa utilizado será o dedutivo, assim, se fará uso de uma cadeia de raciocínio descendente, da análise geral, teórica, para a particular, em análise ao fenômeno, até a conclusão. O método de procedimento será histórico-crítico. Ademais, o marco teórico utilizado na pesquisa será a teoria de Adela Cortina, buscando-se em suas obras e artigos a raiz e os elementos filosóficos que circundam a aporofobia.

DESENVOLVIMENTO

O neologismo Aporofobia foi criado pela filósofa Adela Cortina, termo oriundo de reflexões acerca da iluminação dos países da área mediterrânea temas que ainda são pertinentes, tais como: exclusão de imigrantes, problemas sobre o terrorismo, processos de paz e, somado a isso, a crise e o desemprego. Entendia Adela e segue entendendo, que a “base de todos esses problemas” seria uma espécie de rejeição, aversão e medo que tinha por destinatário os pobres, em que pese, até aquele momento não fosse reconhecido como um rótulo (CORTINA, 2020, p. 26-27).

As origens do aforismo “aporofobia, a aversão ao pobre” posuem bases éticas, ou seja, é necessária uma reflexão filosófica que orienta um agir mediato – e assim deve ser, sendo a tarefa ética o “acolher o mundo moral em sua especificidade e em dar reflexivamente razão dele”, com o objetivo de que os homens cresçam em saber sobre si mesmos e, por consequência, em liberdade (CORTINA, 2009b, p. 40).

O que importa para a ética é a vida feliz, contudo, a concreta percepção de que um projeto de vida feliz não é igual para todos os indivíduos, faz com que haja o deslocar da filosofia moral para o âmbito do “dever”, portanto, no que diz respeito à felicidade, só cabe ao eticista “aconselhar” determinadas condutas a partir da experiência, ou seja, não há sentido prescrever universalmente, afinal, felicidade não é um ideal de razão, mas sim, de imaginação (CORTINA, 2009b, p. 47).

A filósofa Cortina (2009b, p. 47) afirma, todavia, que ainda que o elemento da moralidade seja o da autonomia do ser em suas escolhas para alcançar a felicidade, é preciso haver um diálogo entre a felicidade e o dever, porque é errado, em seu entender, que os homens sejam capazes de chegar solitariamente à verdade e ao bem, só através do diálogo é que se pode desentranhar a nossa felicidade.

De acordo com o entendimento de Cortina, a ética mínima busca estabelecer princípios éticos fundamentais que possam ser aceitos por todos os homens, independentemente de suas convicções religiosas, filosóficas ou culturais. Nesse contexto, a felicidade é entendida como um objetivo central da vida ética, mas ela não a concebe como uma busca egoísta e individualista da satisfação pessoal.

Para Cortina, a felicidade ética envolve um componente relacional e social. Acredita-se que a felicidade verdadeira só pode ser alcançada quando as pessoas vivem em uma sociedade justa, onde são respeitadas a dignidade humana e as liberdades fundamentais de todos, inclusive, o compartilhamento de valores constitutivos dos “mínimos de justiça”, que pluralista não está disposta a renunciar. Nesse sentido, a felicidade está ligada à construção de relações justas e solidárias, à promoção do bem comum e à busca da justiça social (CORTINA, 2009a, p. 24).

Além disso, Cortina destaca a importância da ética do cuidado como um elemento central para a felicidade ética. Isso implica na consideração e no respeito aos outros seres humanos, bem como à natureza e ao meio ambiente. A felicidade ética, portanto, está relacionada a viver de forma ética e responsável em relação aos outros e ao nosso entorno.

A felicidade, de acordo com Adela Cortina, portanto, é concebida como uma busca que vai além da satisfação pessoal, envolvendo relações justas e solidárias, a promoção do bem comum, a busca da justiça social e o cuidado com os outros, dando-se concretude aos valores especificamente morais, como “a liberdade, a justiça, a solidariedade, a honestidade, a tolerância ativa, a disponibilidade ao diálogo e o respeito à humanidade das demais pessoas e a sua própria” (tradução livre do espanhol) (CORTINA, 2009a, p. 189).

A aporofobia, nesse contexto, é uma realidade presente em muitas sociedades, sendo uma expressão da falta de solidariedade e empatia em relação aos menos favorecidos materialmente. Assim, é um problema ético fundamental, pois viola os princípios de justiça e dignidade humana, portanto, a ética deve ser orientada para a superação da pobreza e da exclusão social, buscando a construção de uma sociedade mais igualitária e inclusiva (CORTINA, 2009a, p. 29-46).

Um aspecto importante na análise da aporofobia é a compreensão das estruturas sociais que perpetuam a desigualdade estrutural, destacando-se a importância de reconhecer que a pobreza involuntária não é apenas resultado de escolhas individuais, mas também de fatores estruturais, como a distribuição desigual de recursos e oportunidades.

A aporofobia, nesse sentido, é uma forma de culpabilizar os pobres pela sua condição, ignorando as injustiças estruturais que contribuem para a perpetuação da pobreza (CORTINA, 2017). A ética da aporofobia consiste em reconhecer a igualdade de dignidade de todos os seres humanos, independentemente de sua condição socioeconômica, sendo a solidariedade um princípio ético fundamental para combater a aporofobia, pois implica em reconhecer a vulnerabilidade compartilhada e agir em prol do bem-estar dos mais necessitados financeiramente (CORTINA, 2020, p. 67).

A aporofobia também está relacionada à percepção distorcida do outro, daí a importância de superar a visão estigmatizante e estereotipada dos pobres, que muitas vezes são vistos como preguiçosos, desonestos ou responsáveis pela própria condição de pobreza. Essa percepção distorcida reforça a discriminação e a exclusão dos mais vulneráveis, dificultando a construção de uma sociedade mais justa e solidária, eis que se deve considerar a responsabilidade pelo outro como estrutura constitutiva do sujeito, em busca pela alteridade (CORTINA, 2020, p. 194).

A sociedade deve se organizar de forma que consiga gerar em cada um de seus membros o sentimento que pertence a ela, de que essa sociedade se preocupa com ele e, em consequência, o sentimento de que vale a pena trabalhar por mantê-la e melhorá-la, gerando, assim, uma sintonia dos atores sociais que entram em jogo, entre a sociedade correspondente e cada um de seus membros, fazendo-se nascer e desenvolver a civilidade necessária para uma coesão social (CORTINA, 2009a, p. 22).

Para combater a aporofobia, é necessário promover a educação para a solidariedade e para a autonomia para a compaixão, além disso, a importância de uma educação que desenvolva a consciência de autonomia entendida como “liberdade moral” fundamenta-se na produção de um ser humano dotado de racionalidade moral, a qual é capaz de se “auto-obrigar” a descumprir normas do grupo para evitar reprovação, punição ou perda de reputação, primando-se pelo que Adela chama de “obrigação interna”, ou seja, a força interior dos seres que não está diretamente ligada à sobrevivência, mas ao desejo de viver bem, segundo sua própria consciência (CORTINA, 2020, p. 116).

Identificado o problema, ou seja, a discriminação contra os pobres; a formação da agenda política, como sendo a escolha de um problema a enfrentar e merecedor de intervenção pública; a formulação das alternativas, tais como promover a solidariedade, a educação para

a autonomia moral e a transformação das estruturas sociais; com a tomada efetiva da decisão em resolver o problema na busca de soluções; deve-se implementar as políticas públicas em concreto; avaliando-se, em seguida, para se confirmar a viabilidade e necessidade. Assim, conclui-se o ciclo de políticas públicas necessárias ao combate à aporofobia (SECCHI, 2012, p. 44-67).

Em suma, a aporofobia, termo cunhado pela filósofa Adela Cortina, representa uma aversão e rejeição aos pobres, revelando um problema ético fundamental que merece atenção da sociedade, sendo também um problema merecedor de políticas públicas hábeis a resolvê-lo.

A ética de Cortina busca superar essa realidade discriminatória através da promoção da solidariedade, da educação para a autonomia moral e da transformação das estruturas sociais. Para ela, a felicidade ética não é apenas uma busca pessoal, mas está intrinsecamente ligada a relações justas e solidárias, ao cuidado com os outros e à construção de uma sociedade mais igualitária.

Combater a aporofobia requer reconhecer a igualdade de dignidade de todos os seres humanos, superar estereótipos e estigmas em relação aos pobres e promover a coesão social, assim admitida pela coletividade. Por meio de políticas públicas e ações concretas, é possível avançar na construção de uma sociedade mais inclusiva, onde a dignidade e a justiça sejam valores fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aporofobia é uma forma de discriminação e exclusão que atinge os mais pobres materialmente. A ética da aporofobia, de acordo com Adela Cortina, requer o reconhecimento da igualdade de dignidade humana, mas, antes, deve o homem sustentar a ética em dois pilares: o interesse moral e a fé na missão da filosofia, descrevendo como eticista por vocação aquele que se preocupa verdadeiramente com o bem dos homens concretos e que confia no fato de a reflexão filosófica ser essencial para alcançar esse bem (CORTINA, 2009b, p. 40).

A ética de Adela Cortina reconhece as bases da aporofobia, que é a aversão ao pobre, como um problema ético fundamental. Argumenta Adela que essa aversão surge da falta de solidariedade e empatia em relação aos menos favorecidos materialmente, assim, revela-se a viola-

ção dos princípios de justiça e dignidade humana, perpetuando a exclusão e a discriminação dos mais vulneráveis.

Cortina enfatiza a importância de compreender as estruturas sociais que contribuem para a desigualdade estrutural e reconhecer que a pobreza involuntária não é meramente resultado de escolhas individuais, mas também de fatores sistêmicos da sociedade. Ela destaca a necessidade de superar a visão estigmatizante e estereotipada dos pobres, que reforça a exclusão e dificulta a construção de uma sociedade justa e solidária.

A ética de Cortina busca combater a aporofobia promovendo a solidariedade, a educação para a autonomia e a compaixão, defendendo-se uma educação que desenvolva a consciência de autonomia moral, permitindo que os indivíduos ajam de acordo com sua própria consciência em busca do bem-estar comum.

A possível superação da aporofobia requer uma sociedade organizada que promova a coesão social, valorize a dignidade de todos os membros e incentive a colaboração para a melhoria do bem-estar coletivo.

Por fim, a hipótese inicialmente formulada não se confirmou, revelando-se ser a aporofobia mais que a simples junção semântica de duas línguas, desvelando-se também, na ética de Adela Cortina, que a aporofobia é um desafio e problema ético da atualidade que merece atenção dos agentes políticos, fruto da falta de solidariedade e da perpetuação das desigualdades estruturais do ser egoísta e individualista.

Para combater esse problema, seguindo a ética de Adela, deve-se promover a solidariedade, a educação para a autonomia moral e a transformação das estruturas sociais, buscando construir uma sociedade mais feliz, menos egoísta, mais justa, inclusiva e solidária, onde a dignidade dos seres humanos, mediante adesão e participação de toda a sociedade, seja efetivamente valorizada.

Referências

CORTINA, Adela. *Aporofobia: a aversão ao pobre, um desafio para a democracia*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

CORTINA, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre: Un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós, 2017.

CORTINA, Adela. *Ciudadanos del mundo*: hacia una teoria de la ciudadanía. Madrid: Alianza Editorial, 2009a.

CORTINA, Adela. *Ética mínima*. São Paulo: Martins Martins Fontes, 2009b.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas*: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2ª Ed. São Paulo: Trilha, 2012.

ESBOÇO DE UM NOVO MODELO AOS CURRÍCULOS ESCOLARES DA EDUCAÇÃO BÁSICA NO INCREMENTO DA PARTICIPAÇÃO E DELIBERAÇÃO DO CIDADÃO NA GESTÃO PÚBLICA

Outline Of A New Model To The School Curricula Of Basic Education In The Increase Of Participation And Deliberation Of The Citizen In Public Management

Carla Luana da Silva¹

Rogério Gesta Leal²

INTRODUÇÃO

Esse resumo explana alguns tópicos principais de pesquisa realizada em tese de doutoramento, considerando estudos, debates e

1 Doutoranda e Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), (Brasil). Especialista em Direito Administrativo e Constitucional pela Escola Paulista de Direito (EPD). Advogada. Integrante do Grupo de Pesquisa “Controle interno da Administração Pública no enfrentamento da corrupção”, coordenado pelo professor Pós- Doutor Rogério Gesta Leal, e o grupo “Controle Social e Políticas Públicas”, coordenado pela Prof. Dr. Caroline Muller Bitencourt e Dr. Janriê Rodrigues Reck, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISC. E-mail: carlaluanaeschulz@hotmail.com.

2 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Prof. Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul -UNISC, e Fundação do Ministério Público-FMP. Especialista em Direito Constitucional, Mestre em Desenvolvimento Regional, Doutor em Direito do Estado, pela Universidade Federal de Santa Catarina, Doutor em Direitos Humanos pela Universidad Nacional de Buenos Aires. Coordenador do Grupo de Pesquisa “Controle interno da Administração Pública no enfrentamento da corrupção”.

contribuições dos grupos de pesquisas do programa de Pós-graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Unisc. O **TEMA** central trata da constituição de um componente curricular alinhado a um programa dentro da política pública educacional, no âmbito da educação básica, que fomente o incremento da participação e deliberação de todos os envolvidos numa gestão pública, propondo um modelo aos currículos escolares nesse sentido.

O **PROBLEMA** que envolve a pesquisa pode ser descrito da seguinte forma: *Como constituir um componente curricular alinhado a um programa dentro da política pública educacional, no âmbito da educação básica, que fomente o incremento da participação e deliberação de todos os envolvidos numa gestão pública, propondo um modelo aos currículos escolares para que persigam estes escopos?*

A **HIPÓTESE** central leva em consideração as premissas de que: (i) **é imperioso a participação e deliberação pública da cidadania em qualquer Democracia;** (ii) **para que isto ocorra revela-se fundamental mecanismos e instrumentos que possibilitem padrões mínimos de igualdade e entendimento à participação política deliberativa na vida pública;** (iii) **todos os atores - públicos e privados - precisam se engajar nesta tarefa, nomeadamente o estado enquanto articulador oficial da políticas públicas educacionais, devendo garantir que isto se dê da forma mais inclusiva possível. Assim, a proposta investigativa a ser apresentada considera possível a reformulação da Base Nacional Comum Curricular (BNCC), bem como, a formatação e gestão de projetos político-pedagógicos dos currículos escolares no âmbito da educação básica, para constituir um modelo com ações que visem a amplificar e qualificar- com processos e procedimentos qualitativos e controláveis publicamente - à interlocução e deliberação da cidadania numa gestão pública, propondo um novo componente curricular que carregue essas atribuições, alinhado a um programa de estado à política educacional nesse sentido.**

Para guiar a busca pelos resultados o **MÉTODO** de abordagem é o Hipotético-Dedutivo, sendo o método de procedimento, o método analítico, com a técnica de documentação indireta.

DESENVOLVIMENTO

Considerando o problema de *como constituir um componente curricular alinhado a um programa dentro da política pública educacional, no âmbito da educação básica, que fomente o incremento da participação e deliberação de todos os envolvidos numa gestão pública, propondo um modelo aos currículos escolares para que persigam estes escopos?* Apresenta-se como primeira premissa a alteração da Lei de Diretrizes e Bases da Educação -LDB, Lei nº 9.394/1996, lei que define e regulariza a organização da educação brasileira, **incluindo a ela o componente Participação Política Deliberativa e suas interligações como obrigatório** aos currículos escolares da Educação Básica.

Além dessa alteração à LDB, concomitantemente, aponta-se a necessidade de adequações à Base Nacional Comum Curricular-BNCC, que é hoje um documento normativo de referência obrigatória para elaboração dos currículos escolares e propostas pedagógicas. Dessa forma, é medida prática **a reformulação da BNCC com a inclusão do componente curricular Participação Política e suas interligações em área específica a cada etapa da educação básica**, cada qual considerando o nível de aprendizagem de cada faixa etária. Nesse sentido, **deve ser instituído na educação infantil o campo de conhecimento Participação, deliberação e interligações. No ensino fundamental, dentro da grande área Ciências Humanas, o componente curricular Participação Política e suas interligações. E no ensino médio, na área Ciências Humanas e Aplicadas, o componente curricular Participação Política e suas interligações**, fechando o quadro curricular de cada etapa da educação básica.

Diante das modificações nessas importantes normativas, desenvolve-se a proposta de um esboço de um programa constituidor da política pública educacional enquanto modelo aos currículos escolares, para o incremento da participação e deliberação cidadã, fomentando a articulação dos novos componentes curriculares de forma prática. Programa que segue diretrizes dispostas no Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014) objetivando a formação para a cidadania e a promoção da gestão democrática da educação pública.

Tendo em vista a pretensão de um esboço, **intituiu-se o programa como Programa de Incremento à Participação e Deliberação- PIPADE**, sendo sua proposta instituída por meio de legislação específica, que seja desencadeador de ações, projetos e programas que

alterem o ambiente escolar, bem como, o ambiente fora dele estimulando a participação política deliberativa do cidadão.

O programa tem por finalidade contribuir para o aprimoramento da participação e deliberação do cidadão na gestão pública por meio de uma série de iniciativas, em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com prestação de assistência técnica e financeira às ações necessárias à sua realização.

É premissa do programa, portanto:

- Apoio (técnico e financeiro) à delimitação do componente Participação Política Deliberativa e suas interligações nos currículos escolares;

- Fomento à continuidade do aprendizado do componente curricular Participação Política e suas interligações em toda educação básica;

- A aplicação prática nas escolas, criando espaços de participação e deliberação, por meio:

- a) do engajamento dos pais e responsáveis a partir da instituição do componente curricular Participação Política Deliberativa e suas interligações;

- b) da inserção dos discentes nos espaços de participação popular e o controle social, especialmente nos espaços que envolvam deliberação pública;

- c) da disponibilização de materiais de apoio à prática educativa do componente Participação Política e suas interligações, de forma sistemática, regular e gratuita, às escolas públicas de educação básica;

- A reformulação das ementas universitárias dos docentes de cursos superiores em Educação;

- A preparação do grupo de docentes por meio de formação continuada visando o ensino de conteúdos em torno da Participação Política Deliberativa;

- A avaliação constante da instituição do programa por órgão superior, juntamente com discentes e docentes, com um Conselho de Monitoramento e Avaliação, com atribuição de acompanhar as ações de implementação; dentre outras ações necessárias.

RESULTADOS

Como resultados apresentam-se os anexos relativos as propostas de modificações nas normativas que orientam à elaboração dos currículos escolares, bem como, a lei específica na criação do programa PIPADE:

ANEXO 1- Esboço à alteração da redação da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional).

Lei nº (...)

Altera a redação da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional).

Art. 1º O art. 26 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), passa a vigorar acrescido do seguinte § 1º-A:

Art. 26. Os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos.

§ 1º A- Os currículos a que se refere o caput devem abranger, obrigatoriamente, o estudo da Participação Política Deliberativa e suas interligações como componente curricular obrigatório, bem como, tema transversal à implementação do programa de incremento à participação e deliberação a ser instituído.

Art. 2º O art. 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), passa a vigorar acrescido do seguinte § 6º:

Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:

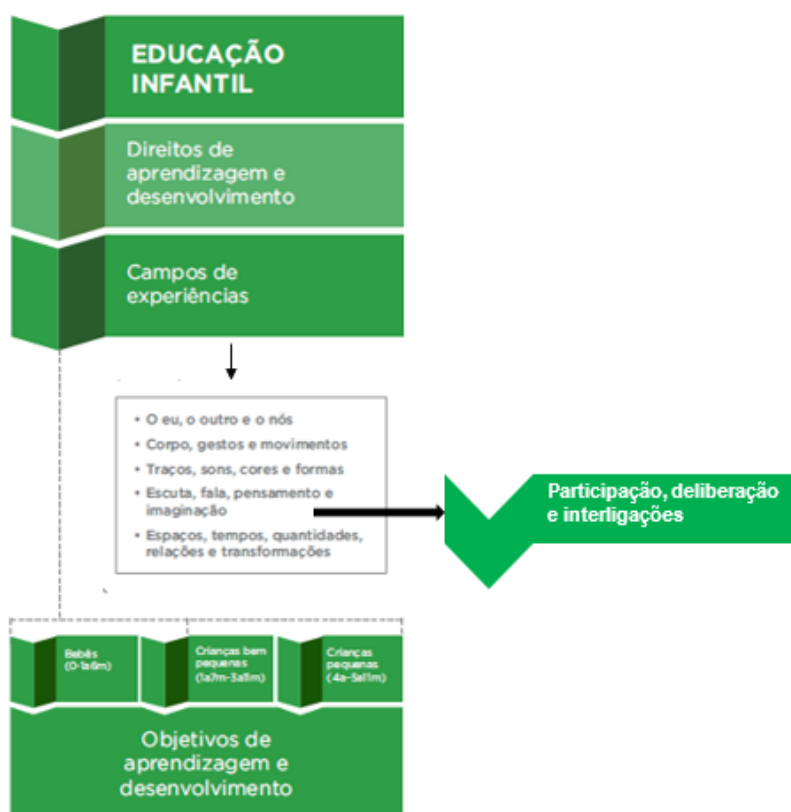
§ 6º O estudo sobre Participação Política Deliberativa e suas interligações é componente obrigatório nessa etapa da Educação.

Art. 3º O art. 35- A da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º:

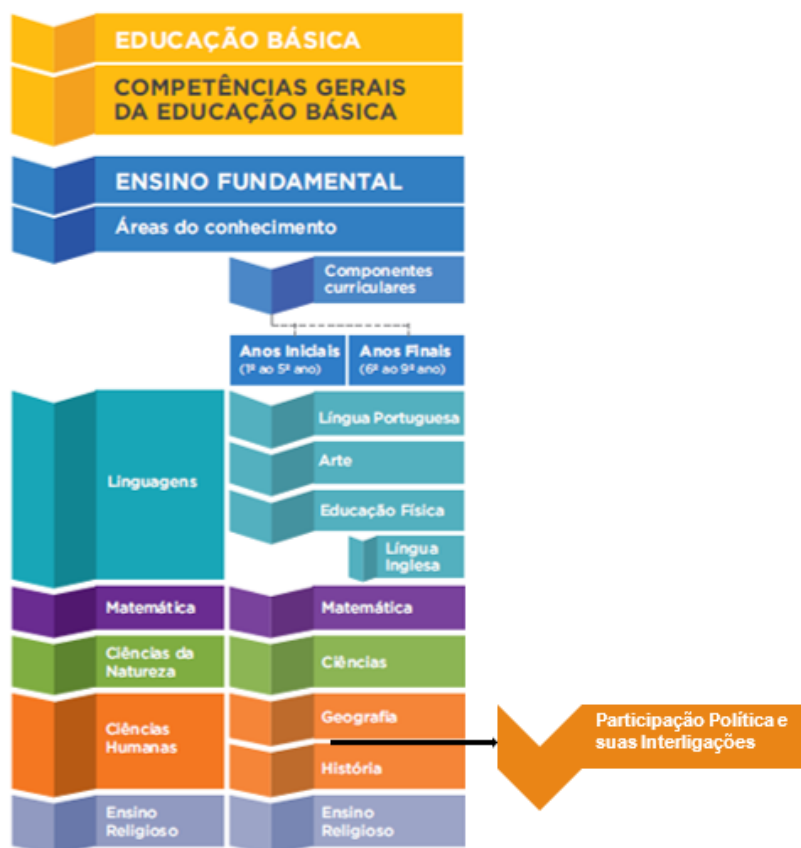
Art. 35- A. A Base Nacional Comum Curricular definirá direitos e objetivos de aprendizagem do ensino médio, conforme diretrizes do Conselho Nacional de Educação, nas seguintes áreas do conhecimento:

§ 2º A Base Nacional Comum Curricular referente ao ensino médio incluirá obrigatoriamente estudos e práticas de educação física, arte, sociologia, filosofia e participação política deliberativa.

ANEXO 2 - Esboço da estrutura dos currículos pela BNCC



Quadro da estrutura curricular da Educação Infantil com novo componente curricular. Fonte Original Ministério da Educação. Base Nacional Comum Curricular. Disponível em: < <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/abase>>. Acesso em: 04 jun. 2022.



Quadro da estrutura curricular do Ensino Fundamental com novo componente curricular. Fonte Original: Ministério da Educação. Base Nacional Comum Curricular. Disponível em: < <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/abase>>. Acesso em: 04 jun. 2022.



Quadro da estrutura curricular do Ensino Médio com novo componente curricular. Fonte Original: Ministério da Educação. Base Nacional Comum Curricular. Disponível em: < <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/abase>>. Acesso em: 04 jun. 2022.

ANEXO 3- Esboço do Programa de Incremento à Participação e Deliberação- PIPADE

CONSIDERANDO que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 205 elenca que a educação deve visar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

CONSIDERANDO que o artigo 26 § 1º A da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, determina que os currículos da Educação Básica devem abranger, obrigatoriamente, o estudo da Participação Política Deliberativa e suas interligações como componente curricular.

CONSIDERANDO que a Base Nacional Comum Curricular, por meio da Resolução CNE/CP nº 2, de 22 de dezembro de 2017, orienta a instituição na Educação Infantil do campo de conhecimento Participação, deliberação e interligações, no Ensino Fundamental dentro da grande área Ciências Humanas o componente curricular Participação Política e suas interligações e no Ensino Médio na área Ciências Humanas e Aplicadas o componente curricular Participação Política e suas interligações.

CONSIDERANDO que o Plano Nacional de Educação, Lei nº 13.005/2014, objetiva a formação para a cidadania e a promoção da gestão democrática da educação pública como meta.

CONSIDERANDO, a necessidade de instituir espaços de fomento à participação, criando e reconhecendo formas materiais e equitativas de abertura, visibilidade, controle e definição dos interesses em torno do espaço público, resolvem:

Art. 1º Instituir o Programa de Incremento à Participação e Deliberação- PIPADE, em consonância com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação- Lei nº 9.394/1996 e a Base Nacional Comum Curricular, com o objetivo de apoiar incremento da participação e deliberação do cidadão na Gestão pública por meio de sua implementação prática e teórica nos currículos escolares da Educação Básica.

Art. 2º São princípios do Programa de Incremento à Participação e Deliberação- PIPADE, não excluindo outros existentes:

I – neutralidade política, ideológica com relação às iniciativas realizadas pelo Programa;

II – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;

III – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

IV – liberdade de consciência e de crença;

V – direito do estudante à consciência dos direitos civis, políticos e sociais e a noção de cidadania expressos na Constituição de 1988;

VI – desenvolvimento de formas de participação institucionalizadas e não institucionalizadas em diversos canais;

VII- envolvimento com questões de interesse coletivo e público

Art. 3º O programa tem por objetivo contribuir para o incremento da participação e deliberação do cidadão na Gestão Pública, por meio de:

§ 1º Apoio (técnico e financeiro) à delimitação do componente Participação Política Deliberativa e suas interligações nos currículos escolares;

§ 2º Fomento à continuidade de aprendizado do componente curricular Participação Política e suas interligações em toda Educação Básica, Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio;

§ 3º O desenvolvimento da aplicação prática nas escolas dos conteúdos do componente curricular Participação Política Deliberativa e suas interligações, por meio de:

a) Criação de espaços deliberativos que coloquem em prática o aprendizado dentro do ambiente escolar;

b) Engajamento dos pais e responsáveis nos espaços deliberativos dentro ou fora do ambiente escolar;

c) Inserção dos discentes do ensino médio nos espaços de participação popular e controle social, especialmente nos espaços que envolvam deliberação pública;

d) O fornecimento de materiais didáticos embasando o Programa;

§ 4º Orientar a reformulação das ementas universitárias dos docentes de cursos superiores em Educação;

Parágrafo único: As disposições referidas no Art. 3º da Lei e seus parágrafos não exclui outras medidas necessárias às finalidades do PIPADE.

Art. 4º O Programa terá suas finalidades e objetivos desenvolvidos em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com prestação de assistência técnica e financeira aos programas necessários à sua realização.

Art. 5º O poder público tem o dever de investir na preparação do grupo de docentes por meio de formação continuada de profissionais da educação, visando o ensino de conteúdos em torno da Participação Política Deliberativa.

Art. 6º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de suas respectivas jurisdições administrativas, Conselhos de Monitoramento e Avaliação, órgãos colegiados de caráter fiscalizador, permanente, deliberativo e de assessoramento, compostos por discentes, docentes e membros das Secretarias de Educação:

§ 1º Conselhos de Monitoramento e Avaliação tem atribuição de:

I - acompanhar e fiscalizar o cumprimento dos princípios e diretrizes estabelecidas no PIPADE;

II - acompanhar e fiscalizar a aplicação dos recursos destinados;

III - zelar pelo afastamento de qualquer propaganda ideológica, política e partidária na instituição do PIPADE;

Parágrafo único. Os CMAs poderão desenvolver suas atribuições em regime de cooperação com os Conselhos de Educação estaduais e municipais e demais conselhos afins.

Art. 7º Correrão à conta das dotações orçamentárias consignadas ao ... as despesas para a execução dos encargos no Programa de Incremento à Participação e Deliberação- PIPADE.

Art. 8º Esta normativa entra em vigor ...

Brasília, mês, ano

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 13.005, de 24 de Junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Poder Legislativo, 26 jun. 2014a, p. 01, Edição Extra. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 dez. de 1996. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. Base Nacional Comum Curricular. Disponível em: < <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/abase>>. Acesso em: 13 jul. 2023.

IUS CONSTITUTIONELA COMMUNE LATINO-AMERICANO: A VINCULAÇÃO DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE SAÚDE

Ius Constitutionela Commune Latino-Americano: the binding of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights in matters of health

Anderson Carlos Bosa¹
Mônia Clarissa Hennig Leal²

-
- 1 Advogado. Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul -UNISC. Mestrando 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). Bolsista PROSUC/CAPEES. Integrante do Grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos”. E-mail: andersonn.bosa@gmail.com.
 - 2 Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Coordenadora e docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Membro do Conselho Superior da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grandedo Sul – FAPERGS (2014-2019). E-mail: moniah@unisc.br.

INTRODUÇÃO

Este estudo aborda o papel central da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) na definição de *standards* mínimos protetivos para o direito à saúde e na criação de um *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano (ICCAL) através da força vinculante de suas decisões. Partindo da premissa de que, por conta de seu efeito *erga omnes*, os Estados têm o dever de respeitar as decisões da Corte IDH, quer sejam diretamente envolvidos no caso julgado ou não, o estudo questiona como as decisões da Corte IDH em matéria de saúde possuem o viés de criar *standards* protetivos mínimos de proteção ao direito à saúde a serem respeitados pelo direito doméstico dos Estados. Para tanto, a pesquisa utiliza a análise jurisprudencial, com consulta aos cadernos de jurisprudência da Corte IDH, e revisão bibliográfica como metodologia. Ao final, conclui-se que a Corte IDH, através de suas decisões e Opiniões Consultivas, exerce um papel fundamental na proteção ao direito à saúde na América Latina. Com caráter vinculante, suas decisões criam *standards* protetivos mínimos ao direito à saúde que devem ser observados pelo direito interno dos Estados, o que fomenta a criação do ICCAL.

O Papel da Corte IDH na Construção do ICCAL e suas Implicações para a Saúde

A era da globalização instaurou uma rede complexa de relações multinacionais, em que Estados, indivíduos e grupos sociais interagem em um ambiente marcado pela internacionalização dos direitos humanos (KOTZUR, 2012). Em consequência dessa interação, surge o ICCAL, que busca construir um direito constitucional comum, moldado pelos fundamentos jurídicos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e pelas Constituições implementadas nos diferentes países durante os processos de redemocratização na América Latina. Essa dinâmica jurídica resultou na criação de um direito comum que alinha a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e outros tratados de direitos humanos, formando uma estrutura normativa que apoia o constitucionalismo transformador na realização dos compromissos constitucionais democráticos (OLSEN; KOZICKI, 2019).

O ICCAL, assim, se baseia na premissa de que os países latino-americanos compartilham problemas similares, devido à sua história comum, possibilitando a elaboração de um projeto comum para o desenvolvimento do direito constitucional. Nessa perspectiva, o ICCAL se direciona para a emergência de um novo direito público dos direitos humanos na região, um movimento caracterizado pela incorporação e aplicação de normas internacionais de direitos humanos nas constituições nacionais e na jurisprudência dos tribunais constitucionais latino-americanos (BOGDANDY, 2019). Além de fortalecer a proteção dos direitos humanos na América Latina, esse novo direito público busca superar os desafios enfrentados pelos sistemas jurídicos nacionais, fomentando a cooperação regional e a construção de um espaço jurídico compartilhado. Como resultado, o ICCAL visa a harmonização das normas constitucionais e a interpretação e aplicação dos direitos humanos de acordo com os tratados internacionais e as decisões dos órgãos regionais de direitos humanos, como a Corte IDH (BOGDANDY, 2015).

Os objetivos traçados pelo ICCAL são essencialmente fundamentados pela CADH e pela jurisprudência da Corte IDH, este interprete final daquela. Em consequência disso, a Corte IDH, por meio de sua competência consultiva e contenciosa, desempenha um papel crucial no desenvolvimento do ICCAL, estabelecendo padrões mínimos para a proteção dos direitos humanos, aqui em especial o direito à saúde. Esse processo é essencial para a transformação da democracia e o avanço dos princípios democráticos na América Latina, necessitando de estruturas internacionais qualificadas como a Corte IDH (LEAL; VARGAS, 2021).

As decisões da Corte IDH possuem uma força vinculante que se manifesta de duas maneiras: a vinculação interna, derivada das condenações do Estado-Parte, e a *ratio decidendi*, que se aplica mesmo quando o Estado-Parte não está envolvido no polo passivo da ação, conferindo aos aspectos das decisões um efeito *erga omnes*. O princípio da vinculação interna foi estabelecido com a criação do SIDH, conforme determinado pelo artigo 68.1 da CADH. A *ratio decidendi*, por outro lado, surgiu de uma visão ampliada das decisões da Corte IDH, buscando vincular todos os Estados que tenham aderido à sua jurisdição com base na fundamentação de suas decisões (MORAES; LEAL, 2021).

É a partir da teoria de ampliação relativa às decisões da Corte IDH que a *ratio decidendi* e seu efeito *erga omnes* evoluiu. Essa teoria indica que o fundamento (*ratio decidendi*) das sentenças da Corte IDH tem a capacidade de vincular todos os Estados que reconheceram sua

jurisdição, além da parte envolvida no processo. Este entendimento originou-se de casos como “Barrios Altos vs. Perú”, “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú” e “La Cantuta vs. Perú”. Nesses contextos, foi estabelecido que a obrigatoriedade das sentenças não se limita à sua parte resolutiva, mas se estende também à sua *ratio decidendi*, vinculando todas as autoridades públicas nacionais (MORAES; BRITTO, 2021).

A *ratio decidendi* se traduz pela coisa interpretada (*res interpretata*) (MORAES; BRITTO, 2021). Segundo Mac-Gregor, a *res interpretata* representa um *standard* mínimo regional, indicando que os Estados só podem divergir deste padrão através de uma interpretação que beneficie ainda mais os direitos humanos (princípio *pro personae*) (MAC- GREGOR, 2013). Isso é possibilitado pela aplicação do artigo 29.b da CADH, que proíbe qualquer interpretação do tratado que possa restringir o usufruto de direitos estabelecidos por leis nacionais ou por outras convenções das quais os Estados em consideração sejam signatários (OEA, 1969).

As sentenças da Corte IDH são, portanto, dotadas de “coisa julgada internacional” no plano interamericano, o que significa que, uma vez que as partes do processo são notificadas, a decisão tem um efeito vinculante e irrecorrível, estendendo-se a todos os Estados-Partes da CADH (MAC-GREGOR, 2013). Isso leva à criação de uma jurisprudência para os problemas da região, desencadeando uma dinâmica que promove o avanço do ICCAL e cria o que a própria Corte IDH chama de *corpus iuris* interamericano. Esta força vinculante representada pelo efeito *erga omnes* das decisões da Corte IDH são elementos fundamentais na construção do ICCAL.

Nessa conjectura, os Estados, como partes da CADH, estão vinculados ao tratado e devem considerar os precedentes e as diretrizes judiciais da Corte IDH. Mesmo nos casos em que o Estado não foi parte no processo internacional, todas as suas autoridades públicas e órgãos estão obrigados pelo tratado a respeitar e aplicar a jurisprudência estabelecida pela Corte IDH. Este entendimento, além de fortalecer a proteção aos direitos humanos, enfatiza a importância do controle de convencionalidade, que busca assegurar a compatibilidade entre as leis e decisões nacionais e a CADH. Este controle deve ser exercido por todos os poderes públicos, e não apenas pelo Poder Judiciário, como forma de reforçar o princípio democrático e assegurar a efetivação dos direitos humanos (AGUILAR CAVALLO, 2017).

O controle de convencionalidade é um mecanismo de proteção processual empreendido pela Corte IDH quando há incompatibilidade entre o direito interno dos Estados e a CADH ou outros tratados relacionados. A intenção é assegurar a predominância da CADH, permitindo alterações, revogações, anulações ou reformas de normas ou práticas internas contraditórias, em um caso específico (CANTOR, 2008). Esta tarefa, como apontado pela Corte IDH, deve ser desempenhada de ofício por todos os poderes e órgãos dos Estados, não se limitando ao Poder Judiciário (Corte IDH, 2010). A importância dessa responsabilidade é destacada em julgamentos como os casos Cabrera García e Montiel-Flores vs. México (2010) e Gomes Lund vs. Brasil (2010). Especificamente, o caso Gomes Lund vs. Brasil enfatiza a obrigação do Poder Judiciário brasileiro de efetuar o controle de convencionalidade, reforçando a responsabilidade internacional do Brasil de garantir a concordância das suas leis internas com a CADH (CORTE IDH, 2010).

Conforme a doutrina, existem dois tipos de controle de convencionalidade: o concentrado, feito pela Corte IDH (PIOVESAN, 2014), e o difuso, que é realizado por qualquer autoridade estatal dentro das suas competências (MAC-GREGOR, 2011). É imprescindível ressaltar que as diretrizes estabelecidas pelo controle concentrado de convencionalidade, em relação à *ratio decidendi*, devem ser observadas no controle difuso, pois a Corte IDH é a intérprete final da CADH (GUSSOLI, 2020). A fundamentação para a prática do controle de convencionalidade em todas as funções estatais se apoia principalmente na jurisprudência da Corte IDH.

A doutrina do controle de convencionalidade foi concretamente estabelecida pela Corte IDH em 2006, durante o julgamento do caso Almonacid Arellano vs. Chile. Posteriormente, em 2007, no caso Boyce e outros vs. Barbados, a Corte distinguiu claramente entre o controle de constitucionalidade e o de convencionalidade, reiterando que a mera conformidade de uma lei com a Constituição do Estado não elimina potenciais falhas na validade do regulamento, instaurando o dever do Estado de verificar a convencionalidade (GUSSOLI, 2020).

Além disso, a Corte IDH busca interpretar progressivamente as disposições da CADH para a proteção integral dos direitos humanos, incorporando a totalidade do *corpus iuris* interamericano. Este método favorece uma interação profunda com a vinculação de suas decisões e a conformação do ICCAL, promovendo um tipo peculiar de constitucionalismo transformador, voltado para a proteção de direitos na América

Latina. Assim, as decisões da Corte IDH contribuem significativamente para o discurso regional manifestado pelo ICCAL, favorecendo um diálogo produtivo entre a ordem constitucional e a esfera internacional (BOGDANDY, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É nesse contexto que se insere o papel crucial das decisões da Corte IDH em matéria de saúde na criação de *standards* protetivos mínimos de proteção ao direito à saúde, os quais os Estados, devido ao efeito vinculante destas decisões, devem respeitar em seu âmbito interno. Através de suas sentenças e Opiniões Consultivas, a Corte IDH vem contribuindo para a efetivação do direito à saúde, buscando influenciar as legislações e práticas internas dos Estados, tanto nos casos em que eles são partes diretamente envolvidas quanto nos demais casos. Alguns exemplos incluem os casos Poblete Vilches vs. Chile (2018), primeiro caso em que a Corte IDH reconheceu a justiciabilidade autônoma do direito à saúde; Hernández vs. Argentina (2019) e Vera Rojas e outros vs. Chile (2021), onde a Corte IDH enfatizou o direito à saúde como um direito humano, estabelecendo *standards* mínimos para a proteção do direito à saúde a serem seguidos pelos Estados.

Em conclusão, as decisões da Corte IDH, por conta de seu caráter vinculante, desempenham um papel essencial na conformação das legislações e práticas internas dos Estados frente ao *corpus iuris* do SIDH, moldando o direito à saúde na América Latina. Através do controle de convencionalidade, a Corte IDH impõe obrigações de respeitar e implementar os direitos humanos, incluindo o direito à saúde, a todos os Estados que reconhecem sua jurisdição, viabilizando o desenvolvimento do ICCAL. Essa influência da Corte IDH é fundamental para a efetivação dos direitos humanos na região, contribuindo para a consolidação do constitucionalismo transformador e a realização dos compromissos constitucionais democráticos. Dessa forma, a Corte IDH representa um ator central na proteção e promoção dos direitos humanos na América Latina, influenciando de forma determinante o desenvolvimento do direito à saúde na região.

REFERÊNCIAS

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El juez em la era del constitucionalismo de los derechos. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare (orgs). *Diálogos continentais sobre o controle de convencionalidade*. 1º ed. Curitiba: Prismas, 2017. p. 424-483.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, RJ, v. 269, [s.i.], p.13-66, maio/ago.,2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57594>. Acesso em: 09 jul. 2022.

BOGDANDY, Armin von; O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, DF, v. 09, n. 02, p. 232-252, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6126/pdf>. Acesso em: 24 jul. 2022.

CANTOR, Ernesto Rey. *Control de conveniconalidad de las leyes y derechos humanos*. México: Porruá, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*. Sentença de mérito, exceção de preliminares, reparações e custas. San José da Costa Rica, 24 de novembro de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 10 jun. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*. Sentença de mérito, exceção de preliminares, reparações e custas. San José da Costa Rica, 24 de novembro de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 10 jun. 2023.

GUSSOLI, Felipe Klein. Teoria geral do controle de convencionalidade: regime jurídico para o Estado-juiz, Estado-administração e Estado-Legislator. In: HACHEM, Daniel Wunder; LOPÉZ, Luisa Fernanda García; GUSSOLI, Felipe Klein (Coord.). *Corte Interamericana de Derechos Humanos e seus impactos na América Latina*. Curitiba: Íthala, 2020, p. 305-320.

KOTZUR, Markus. A soberania hoje. Palavras-chave para um diálogo Europeu Latino-Americano sobre um atributo do Estado Constitucional Moderno. *Revista Questio Iuris*. Rio de Janeiro, RJ, v. 05, n. 01, ISSN 1516- 0351, p. 1-20, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/9859>. Acesso em: 09 jul. 2022.

LEAL, Mônia Clarrisa Hennig; VARGAS, Eliziane Fardin de. Ius Constitutionale Commune na América Latina: a Corte Interamericana de Derechos Humanos como instrumentos de fixação de standards protetivos aos direitos dos grupos vulneráveis e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, DF, v. 09, n. 02, p. 302-363, 2019. Disponível em: <https://www.uhumanas.uniceub.br/RBPP/article/view/7783>. Acesso em: 16 jul. 2022.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata). (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay). In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (coord.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. México: Tirant lo Blanch, 2013. p. 617-671. Disponível em: <https://www.re-dalyc.org/articulo.oa?id=82029345017>. Acesso em: 10 jun. 2023.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juz mmaexicano. *Revista Estudios Constitucionales*. Talca, Chile, v.09, n.02, p. 531-622, 2011. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2022.

MORAES, Maria Valetina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Margem de apreciação nacional e diálogo institucional na perspectiva do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 1º. ed. São Paulo: Trant lo blanch, 2021.

MORAES, Patricia Almeida de; BRITTO, Marcella Oldenburg Almeida. O envolvimento de empresas em violações de direitos humanos e os impactos das decisões da Corte Interamericana. *Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília*, v. 11, n. 2. p.855-870, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7766/pdf>. Acesso em: 10 maio 2023.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, DF, v. 09, n. 02, p. 302-363, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6005>. Acesso em: 10 jul. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de maio de 1969*. Publicada pela Assembleia Geral da OEA San José da Costa Rica: Assembleia Geral da OEA [1969]. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*. [s.i], v. 03, n. 01, jan./jun., 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/16282/pdf>. Acesso em: 16 mar. 2023.

JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA CORTE IDH: A CONDUÇÃO À TRANSFORMAÇÃO PARADIGMÁTICA¹

Justiciability of Social Rights at the IDH Court: the Lead to Paradigmatic Transformation

Letícia Joana Müller²

Rosana Helena Maas³

-
- 1 Este trabalho é resultante das atividades do projeto de pesquisa “A judicialização da saúde e sua incidência na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: análise dos aspectos relacionados à vulnerabilidade na garantia do direito social à saúde nas decisões do STF e da Corte IDH”, financiado pela FAPERGS (Auxílio Recém-Doutor – ARD – Edital 10/2020 – Termo de Outorga 21/2551-0000637-4).
 - 2 Letícia Joana Müller. Mestranda no Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa de Iniciação Científica pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2019/2021). Integrante do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos” e do Grupo de Pesquisa “Espectros dos Direitos Fundamentais Sociais”. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1269647360762827>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0007-8585-3713>. E-mail: leticiajoanamuller@gmail.com.
 - 3 Rosana Helena Maas. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2009), mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2011), doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016); doutorado sanduíche pela Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts und Staatswissenschaftliche Fakultät, Alemanha (2016) e pós-doutorado pela Paris Lodron Universität Salzburg, Áustria (2018). Está realizando estágio pós-doutoral junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS, sob orientação da Profa. Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. Professora da Graduação e da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS. Integrante do grupo de estudos Jurisdição Constitucional aberta (CNPQ). Coordenadora do grupo de estudos “Espectros dos direitos fundamentais sociais”. Coordenadora do projeto de pesquisa “A judicialização da saúde e sua incidência na proteção de grupos

INTRODUÇÃO

Os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, também conhecidos como DESCAs, estão previstos no artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH (Pacto de São José da Costa Rica). O artigo prevê a progressividade dos direitos sociais, o que, em uma interpretação literal, impossibilitaria a justiciabilidade direta dos DESCAs. No entanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) possui, atualmente, entendimento diverso, já que reconheceu a justiciabilidade direta dos direitos sociais e, portanto, a violação ao artigo 26 da Convenção, a partir do caso *Lagos del Campo versus Perú*, em 2017.

Nesse sentido, objetiva-se analisar a mudança de paradigma na abordagem dos direitos sociais pela Corte IDH e em que medida essa mudança pode ser atribuída à atuação de um juiz específico. Desse modo, busca-se responder o seguinte questionamento: como ocorreu a mudança de paradigma na abordagem dos direitos sociais pela Corte IDH e em que medida essa mudança pode ser atribuída à atuação de um juiz específico?

A fim de encontrar as respostas para tal questionamento, será utilizado o método de abordagem dedutivo, partindo de uma premissa geral buscando alcançar uma conclusão particular, notadamente, em decorrência da análise da evolução jurisprudencial sobre a justiciabilidade dos direitos sociais na Corte IDH. Além disso, faz-se uso da doutrina, jurisprudência e legislação, bem como da apreciação do caso *Lagos del Campo versus Perú*. Já, como método de procedimento, adota-se o analítico e em termos de técnica da pesquisa, a bibliográfica, usufruindo-se de documentação direta (legislação internacional) e indireta (bibliografia de fontes primárias e secundárias), estas que versam sobre a temática dos direitos sociais.

Dessa forma, no primeiro tópico, estuda-se os fundamentos legislativos e históricos da justiciabilidade dos direitos sociais na Corte

em situação de vulnerabilidade: análise dos aspectos relacionados à vulnerabilidade na garantia do direito social à saúde nas decisões do STF e da Corte IDH”, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS (Auxílio Recém-Doutor ARD - Edital 10/2020) Termo de Outorga 21/2551-0000637-4). Autora de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2204113976797800>. Orcid: 0000-0002-9930-309X. E-mail: rosanamaas@unisc.br.

IDH e verifica-se os precedentes jurisprudenciais sobre o tema. No segundo tópico, perscruta-se a natureza e o alcance da mudança de paradigma na abordagem dos direitos sociais pela Corte IDH em 2017, no caso *Lagos del Campo versus. Perú*. Por fim, no terceiro tópico, investiga-se em que medida essa mudança de paradigma pode ser atribuída à atuação de um juiz específico.

Como hipótese inicial à resposta desse questionamento, tem-se que a mudança de paradigma na abordagem dos direitos sociais na Corte IDH ocorreu por meio de uma evolução jurisprudencial, liderada, especialmente, pelo juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor-Poisot. Assim, afirma-se que, inicialmente, a possibilidade da justiciabilidade direta dos DESCAs ocorreu de modo gradual, em frente aos inúmeros casos analisados pela Corte IDH sobre a temática, podendo-se dizer que esta mudança foi liderada pela atuação do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor-Poisot, como se comprovará no prosseguimento desse trabalho.

DESENVOLVIMENTO

1. A justiciabilidade direta dos direitos sociais na Corte IDH: histórico e precedentes

Os direitos sociais estão previstos no artigo 26 da CADH, de 22 de novembro de 1969, o qual prevê que os Estados que a aderem obrigam-se “[...] a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura [...]” previstos na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na proporção das possibilidades que cada ente estatal tem à disposição (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm).

Nota-se que por uma interpretação literal do artigo 26 da CADH, os DESCAs não seriam, portanto, passíveis de justiciabilidade, diante da progressividade prevista no artigo. Contudo, a Corte IDH tem interpretado de modo diferente o dispositivo, possibilitando uma proteção mais extensiva dos direitos humanos. Em outras palavras, a Corte IDH

atualmente reconhece a possibilidade da justiciabilidade e exigibilidade direta dos direitos sociais (BOSA; MAAS, 2021, p. 260).

Porém, nem sempre foi assim, tendo em vista que antes de 2017, a Corte IDH raramente perscrutou de modo expresso a abrangência do artigo 26 da CADH, restringindo-se normalmente a analisar apenas partes do artigo no que diz respeito aos DESCAs. A título de exemplo, pode-se citar os seguintes casos da Corte IDH em que houve a análise parcial do artigo 26 da CADH: Caso “*Cinco Pensionistas*” *versus Perú*, sentença de 28 de fevereiro de 2003; Caso *da Comunidad Indígena Yaky Axa versus Paraguai*, sentença de 17 de junho de 2005; Caso *de las Niñas Yean y Bosico versus República Dominicana*, sentença de 23 de novembro de 2006; e Caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) versus Perú*, sentença de 01 de julho de 2009 (CARBONELL; MAC-GREGOR, 2014, p. 66-67).

No entanto, em nenhum desses casos houve o reconhecimento da possibilidade de justiciabilidade direta dos DESCAs. Em outras palavras, não houve a condenação de um Estado pela violação direta e autônoma ao artigo 26 da CADH. Porém, isto não significa que a Corte IDH deixava de proteger os direitos sociais, mas o fazia de modo indireto, conectando os DESCAs com outros direitos civis e políticos, condenando os Estados signatários pela violação apenas dos últimos. Assim, “[...] la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...] ha dado respuesta a los reclamos relativos a los derechos económicos, sociales y culturales, la mayoría de las veces lo ha hecho de manera indirecta bajo el ropaje de los derechos civiles y políticos.” (CARBONELL; MAC-GREGOR, 2014, p. 57).

Um desses exemplos, seria o caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) versus Perú*, de 1 de julho de 2009, citado como procedente no caso *Lagos del Campos versus Perú*, em que a Corte IDH manifesta-se, expressamente, sobre a violação ao artigo 26 da CADH. Nessa lógica, a Corte IDH entendeu que pode decidir sobre todos os direitos reconhecidos na CADH, inclusive os direitos sociais (CORTE IDH, 2009, p. 08-31). Isto é, afirma a competência da Corte IDH para resolver casos sobre os DESCAs, ressaltando que

17. Adicionalmente, puesto que el Perú es Estado Parte de la Convención Americana y ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte, ésta es competente para decidir si el Estado ha incurrido en una violación o incumplimiento de alguno de los

derechos reconocidos en la Convención, inclusive en lo concerniente al artículo 26 de la misma. Por lo tanto, el análisis de esta controversia, es decir, la determinación de si el Estado es responsable por el incumplimiento del artículo 26 de la Convención, se realizará en el capítulo de fondo de la presente Sentencia (*infra* párrs. 92 a 107). (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2009, p. 08, grifo do autor).

Entretanto, a Corte IDH não condenou o Estado do Peru pela transgressão ao artigo 26 da CADH, decidindo apenas pela condenação em virtude de outros direitos previstos no Pacto, como pela violação ao direito à proteção judicial do artigo 25 e ao direito à propriedade privada do 21 (CORTE IDH, 2009, p. 50-51). Logo, pode-se dizer, neste caso, que os DESCAs foram protegidos, mas de um modo indireto por meio do direito à proteção judicial e à propriedade privada – sendo essa a forma original e clássica dos direitos sociais, em um contexto não só do Tribunal Interamericano como internacional, podendo-se citar a Alemanha⁴.

Na sequência, na sentença proferida no caso *Suárez Peralta versus Ecuador*, datada de 21 de maio de 2013, o juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot em seu voto concordante, defendeu a justiciabilidade do direito à saúde de modo direto e autônomo, assim como a justiciabilidade dos DESCAs, em sua universidade, de modo direto e autônomo (CORTE IDH, 2013, p. 60-107). Esse voto torna-se marcante por ter reaberto a discussão sobre a justiciabilidade direta dos DESCAs ao reunir a doutrina mais relevante sobre o artigo 26 da CADH que entende pela exigibilidade direta dos direitos sociais, revitalizando a discussão que ficou suspensa desde 2009 com o caso *Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”) *versus Perú* (VERA, 2018, p. 182-183). Porém, novamente, o Estado foi condenado apenas pela violação ao direito às garantias judiciais e à proteção judicial, bem como ao direito à integridade pessoal, sem adentrar nos pontos resolutivos sobre o artigo 26 CADH (CORTE IDH, 2013, p. 60-107), ou seja, os direitos sociais foram protegidos de forma indireta.

A situação apenas alterou-se em 2017, no caso *Lagos del Campo versus Perú*, quando a Corte IDH decidiu, de forma originária, pela pos-

4 Na Alemanha, os direitos fundamentais sociais são exigíveis judicialmente (subjetivados) em caso de violação por meio de outros direitos fundamentais, como direito à vida, dignidade da pessoa humana, mínimo existencial, igualdade, entre outros. Isto é, há uma proteção indireta dos direitos sociais (LEAL; MAAS; KIRSTE, 2021, p. 91).

sibilidade da justiciabilidade direta dos DESCAs, condenando o Estado do Peru à violação do artigo 26 da CADH, como será visto no próximo tópico. Cabe enfatizar que o caso *Suárez Peralta versus Ecuador*, datado de 21 de maio de 2013, em particular o voto concordante do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, torna-se simbólico por ter sido proferido no mesmo ano que em que ele começou a atuar como magistrado na Corte IDH e mais de quatro anos antes da transformação paradigmática que ocorreu com o caso *Lagos del Campo versus Perú* (RIVAS, 2020, p. 60-62). De modo consequente, “Eduardo Ferrer Mac-Gregor, juez de la Corte Interamericana desde 2013 y su actual presidente, destaca como el gran promotor de la justiciabilidad plena del artículo 26 de la Convención.” (RIVAS, 2020, p. 60).

Observa-se que o entendimento da Corte IDH sobre o artigo 26 da CADH e, consequentemente, sobre a justiciabilidade dos DESCAs pode ser dividido em três fases diversas, quais sejam: (i) 2003 a 2009, em que os DESCAs não foram considerados direitos autônomos, sendo geralmente protegidos de modo indireto, conectando-os aos direitos civis e políticos; (ii) 2009 a 2017, em que há o reconhecimento do artigo 26 da Convenção como consagrador de imposições jurídicas em relação aos direitos sociais na fundamentação das sentenças, mas na conclusão volta-se a relacionar os DESCAs a existência de direitos civis e políticos, protegendo-os de forma indireta (iii) 2017 até na época atual, em que os DESCAs foram legitimados como direitos autônomos e exigíveis, sendo a República do Peru condenada pela violação ao artigo 26 da Convenção no caso *Lagos del Campo versus Perú* (TEBAR; ALVES, 2021, p. 527-529).

Desse modo, a justiciabilidade dos direitos sociais na Corte IDH passou por fases equivalentes às acontecidas nos Estados latino-americanos em seu constitucionalismo no âmbito interno. Esse caminho semelhante perdurou até os direitos sociais serem assentidos como titulares de eficácia e exigibilidade imediata (TEBAR; ALVES, 2021, p. 539). Isto posto, no primeiro tópico, buscou-se estudar os fundamentos legislativos e históricos da justiciabilidade dos direitos sociais na Corte IDH e analisar os seus precedentes jurisprudenciais. Na sequência, no segundo tópico, perscruta-se a natureza e o alcance da mudança de paradigma na abordagem dos direitos sociais pela Corte IDH em 2017, no caso *Lagos del Campo versus Perú*.

2. Caso *Lagos del Campo versus Perú* (2017): a mudança

A justiciabilidade direta dos DESCAs “[...] representa también una obligación de la Corte IDH, como órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano, en avanzar hacia la dirección de la efectividad de la justicia social, al tener competencia sobre *todas las disposiciones* del Pacto de San José.” (MAC-GREGOR, 2017, p. 230, grifo do autor). No caso *Lagos del Campo versus Perú*, em que a sentença foi proferida no dia 31 de agosto de 2017, pela Corte IDH, decidiu-se, pela primeira vez, quanto à possibilidade da justiciabilidade direta dos direitos sociais (CORTE IDH, 2017, p. 01-26).

A sentença responsabiliza a República do Peru pelas violações de direitos perpetradas contra Alfredo Lagos del Campo, visto que a empresa Ceper-Pirelli despediu o trabalhador Lagos del Campo por uma entrevista concedida a revista *La Razón*, por considerar a conduta como falta grave. Na entrevista, o trabalhador, que também era Presidente eleito pela Assembleia Geral do Comitê Eleitoral da Comunidade Industrial da empresa, acusou a companhia de ter coagido os trabalhadores durante a realização das eleições (CORTE IDH, 2017, p. 01-26).

O trabalhador Lagos del Campo ajuizou uma ação judicial buscando que sua demissão seja considerada ilícita e injustificada. Porém, o poder judiciário peruano pronunciou-se em última instância julgando a demissão como justificada e lícita, o que obstruiu o acesso do trabalhador aos benefícios da seguridade social. Neste caso, na Corte IDH, o Estado do Peru foi condenado de maneira inédita pela violação ao artigo 26 da CADH, na compreensão que houve a transgressão ao direito à estabilidade laboral (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, p. 01-70).

A própria sentença do caso deixa claro a alteração do entendimento da Corte IDH acerca dos DESCAs:

6. Pero sobretodo, estimo que resulta de gran relevancia hacer hincapié en la decisión histórica tomada por la Corte, al declarar la justiciabilidad de los DESCAs de conformidad con el artículo 26 en relación con las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Cómo bien fue mencionado en el párrafo 154 de la Sentencia, con este precedente se concreta y desarrolla el primer precedente en la materia y con ellos se abre la puerta a la interpretación de otros derechos derivados del artículo 26 de la Convención. Si bien la Convención Americana que

nos compete interpretar es de 1969, la posibilidad que esbozó en su texto para ser interpretada de manera evolutiva respecto de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia, cultura y medio ambiente, contenidas en la Carta de la OEA a la luz del artículo 29 convencional, fue de gran relevancia para que hoy en día podamos estar dando finalmente un paso más en la consolidación de la interdependencia e integralidad de los derechos humanos. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017, p. 73).

Dessa forma, infere-se que a condenação de um Estado aderente a Corte IDH pela violação direta dos direitos sociais, representa o fim de um ciclo que começou em 2003, quando os direitos sociais não eram reconhecidos como direitos autônomos e encerrou com os DESCAs sendo legitimados como direitos justiciáveis de modo direto e exigíveis em 2017.

Nesse sentido, “o novo posicionamento adotado configura-se, portanto, numa importante mudança na interpretação do artigo 26 da Convenção Americana [...], reconhecendo a justiciabilidade direta dos DESCAs e alterando a jurisprudência sobre o tema.” (MORAES; LEAL, 2022, p. 420).

À vista disso, neste segundo tópico, procurou-se perscrutar a natureza e o alcance da mudança de paradigma na abordagem dos direitos sociais pela Corte IDH em 2017, no caso *Lagos del Campo versus Perú*. Por fim, no terceiro tópico, investiga-se em que medida essa mudança de paradigma pode ser atribuída à atuação de um juiz específico.

3. A mudança de paradigma e uma nova ordem aos DESCAs

A Corte IDH era composta por sete juízes quando proferiu a sentença do caso *Lagos del Campo versus Perú* em 2017, quais sejam: Roberto de Figueiredo Caldas (Presidente), Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (Vice-presidente), Eduardo Vio Grossi (Juiz), Humberto Antonio Sierra Porto (Juiz), Elizabeth Odio Benito (Juíza), Eugenio Raúl Zaffaroni (Juiz) e Patricio Pazmiño Freire (Juiz). Destes juízes, observa-se que apenas dois (juízes Eduardo Vio Grossi e Humberto Antonio Sierra Port) votaram contra a justiciabilidade direta dos DESCAs (CORTE IDH, 2017, p. 01-69).

Ademais, salienta-se que a posição adotada pela Corte IDH no caso *Lagos del Campo versus Perú*, em 2017, é o mesmo entendimento adotado pelo juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot em seu voto concordante, no caso *Suárez Peralta versus Ecuador*, datado de 21 de maio de 2013:

108. En conclusión, a más de veinticinco años de continua evolución de la jurisprudencia interamericana resulta legítimo —y razonable por el camino de la hermenéutica y la argumentación convencional— otorgar pleno contenido normativo al artículo 26 del Pacto de San José, en consonancia y congruencia con el *corpus juris* interamericano en su integralidad. **Este sendero permitiría interpretaciones dinámicas a la altura de nuestro tiempo, que podrían conducir hacia una efectividad plena, real, directa y transparente de todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sin jerarquía y categorizaciones que menoscaben su realización, como se desprende del Preámbulo de la Convención Americana, cuyo espíritu e ideal permea al Sistema Interamericano en su conjunto.** (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013, p. 106, grifo nosso).

Portanto, depreende-se que existem sete responsáveis potenciais aos quais pode ser atribuída a mudança de paradigma acerca dos DESCA, quais sejam: os juízes que faziam parte da composição da Corte quando foi proferido a sentença do caso *Lagos del Campo versus Perú*. É possível concluir ainda que os juízes Eduardo Vio Grossi e Humberto Antonio Sierra Port não foram os ocasionadores da mudança paradigmática, diante de seus votos contra a justiciabilidade dos direitos sociais no caso *Lagos del Campo versus Perú*, inclusive reiterando a posição contrária em outros casos analisados pela Corte IDH após 2017, como no caso *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares versus Brasil* (CORTE IDH, 2020, p. 108-180).

Logo, considerando a posição adotada pelo juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor desde o caso *Suárez Peralta versus Ecuador*, datado de 21 de maio de 2013, mais de quatro anos antes da transformação paradigmática que ocorreu com o caso *Lagos del Campo versus Perú*, é possível concluir que a transformação paradigmática da Corte IDH pode ser atribuída a atuação, em seu princípio, ao juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que houve uma mudança de entendimento da Corte IDH com o caso *Lagos del Campo versus Perú*, em 2017. Porém, essa mudança não ocorreu de modo inesperado, já que pode ser observado uma evolução gradual em relação à justiciabilidade dos DESCAs. Por outro lado, ressalta-se que existem sete responsáveis possíveis pela mudança, que são os juízes que faziam parte da composição da Corte quando foi proferido a sentença do caso *Lagos del Campo versus Perú*, exceto os juízes Eduardo Vio Grossi e Humberto Antonio Sierra Port, diante de seus votos contra a justiciabilidade dos direitos sociais.

Não obstante, apenas um desses juízes destaca-se por ser um importante promotor da justiciabilidade direta dos DESCAs, atuando desde o primeiro ano em que foi empossado como juiz na Corte IDH, em 2013, promovendo a discussão sobre a temática, como pode-se ver no caso *Suárez Peralta versus Ecuador*. Desse modo, pode-se responder ao problema proposto no presente trabalho, pois a mudança de paradigma na abordagem dos direitos sociais pela Corte IDH ocorreu de modo gradual, culminando, por fim, na justiciabilidade direta dos direitos sociais e essa mudança pode ser atribuída à atuação específica do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

Ademais, nota-se que a hipótese apresentada restou confirmada, no sentido de que a mudança de paradigma na abordagem dos direitos sociais na Corte IDH ocorreu por meio de uma evolução jurisprudencial gradual, em frente aos inúmeros casos analisados pelo Tribunal Interamericano sobre a temática. E, essa alteração foi liderada, especialmente, pelo juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, diante da posição defendida por ele desde o caso *Suárez Peralta versus Ecuador*, datado de 21 de maio de 2013, mais de quatro anos antes da transformação paradigmática que ocorreu com o caso *Lagos del Campo versus Perú*.

REFERÊNCIAS

BOSA, Anderson Carlos; MAAS, Rosana Helena. A justiciabilidade do direito à saúde na Corte Interamericana de Derechos Humanos: uma análise do caso Poblete Vilches vs. Chile. *Revista Científica do UniRios*, v. 15, p. 258-278, 2021.

CARBONELL, Miguel; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*. México: Flores, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentencia Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la Contraloría”) versus Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*: sentencia de 1 de julio de 2009. San José da Costa Rica, 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf. Acesso em: 05 de jun. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares versus Brasil (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)*: sentença de 15 de julho de 2020. San José da Costa Rica, 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf. Acesso em: 05 de jun. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentencia Caso Lagos Del Campo versus Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*: sentencia de 31 de agosto de 2017. San José da Costa Rica, 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Acesso em: 05 de jun. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentencia Caso Suárez Peralta versus Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*: sentencia de 21 de maio de 2013. San José da Costa Rica, 2013. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf. Acesso em: 05 de jun. 2023.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS; Rosana Helena; KIRSTE Stephan. *Di-reitos (fundamentais) sociais e sua justiciabilidade*: Brasil, Alemanha e Áustria. Curitiba: Íthala, 2021.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017.

MAAS, Rosana Helena; DAROIT, Ana Paula. A proteção interamericana do direito humano e social à saúde. *Revista de Direito Sanitário*, v. 20, p. 13-31, 2019.

MORAES, Maria Valentina De; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Casos Lagos del Campo X Acevedo Buendía: nova interpretação de Corte Interamericana de Derechos Humanos quanto à justiciabilidade dos direitos sociais?. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 19, n. 104, p. 399-425, 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Derechos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. São José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 29 de maio de 2023.

RIVAS, Juana María Ibáñez. La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Génesis de la innovadora jurisprudencia interamericana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; RONCONI, Liliana; CLÉRICO, Laura (coord.). *Interamericanización de los DESCA: El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2020. p. 51-94.

ROSSI, Julieta; ABRAMOVICH, Víctor. La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, v. 9, p. 34-53, 2007.

TEBAR, Wellington BoiguesCorbalan; ALVES, Fernando de Brito. Justiciabilidade direta dos direitos sociais na corte interamericana de direitos humanos: mais uma peça no quebra-cabeça do iusconstitutionale commune latino-americano?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 11, n. 2. p. 518-542, 2021.

VERA, Óscar Parra. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la Luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PANTOJA, Rogelio Flores (coord.). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. p. 181-234.

LIMITES E POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DA COSMOVISÃO INDÍGENA PARA A CONSTRUÇÃO DE CIDADES AMBIENTALMENTE SUSTENTÁVEIS

Limits and Possibilities of Application of the Indigenous Cosmovision for the Construction of Environmentally Sustainable Cities

Márcio Teza de Bona¹

Daniel Ribeiro Preve²

INTRODUÇÃO

Em recente estudo conduzido por uma equipe de cientistas dos EUA, da França e da Arábia Saudita, que analisou os 1.973 maiores lagos e reservatórios do planeta, usando imagens de satélite entre 1992 e 2020, identificou-se uma perda de 22 milhões de toneladas de água por ano (METADE..., 2023).

Esse estudo se soma a tantos outros que revelam o nível de saturação e esgotamento dos recursos naturais do planeta. São comumente

1 Bacharel em Direito. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito à Cidade e Políticas de Sustentabilidade Urbana e Ambiental (GPDUC/UNESC). Advogado. E-mail: tezadebona@hotmail.com.

2 Doutor em Direito. Professor e Pesquisador Permanente do Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. Líder e pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito à Cidade e Políticas de Sustentabilidade Urbana e Ambiental (GPDUC/UNESC). Advogado. E-mail: drp@unesc.net.

publicações que denunciam os efeitos deletérios do aquecimento global, do derretimento das calotas polares, da escassez de água potável, da formação de “ilhas oceânicas de plástico”, do avanço dos processos de desertificação, da poluição dos rios e demais cursos d’água, enfim, vários cenários ambientalmente desfavoráveis e extremamente preocupantes.

Efeitos ambientalmente adversos também impactam as cidades, já que os problemas ambientais na área urbana acabam sendo consequência de um conjunto de fenômenos climáticos potencializados pela intervenção humana, por meio das atividades produtivas. Além disso, a ocupação desordenada do solo urbano também contribui para o agravamento do problema, especialmente em áreas de encostas, nos morros e nas partes mais baixas das cidades.

Nesse contexto, é crível admitir que o modelo atual não deu conta de garantir um padrão aceitável de sustentabilidade ambiental. Por consequência, o momento urge que o planejamento das cidades seja (re)pensado sob um novo paradigma.

Assim, o objeto da presente pesquisa é verificar se (e em que medida) a cosmologia indígena pode auxiliar na estrutura de um novo projeto de desenvolvimento (ambientalmente sustentável) da estrutura das cidades.

Diante disso, a problemática que entrelaça essa pesquisa diz respeito a quais são os limites e possibilidades de aplicação da cosmologia indígena para a construção de cidades ambientalmente sustentáveis.

É fato que, segundo dados levantados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2015 (PNAD), 85% da população brasileira vive em área urbana (IBGE, 2015). Sendo assim, a qualidade do ambiente urbano acaba interferindo diretamente na vida de todos e todas. Então, a depender do nível de (in)sustentabilidade ambiental, os efeitos das adversidades climáticas podem ser mais ou menos sentidos. Dessa forma, a pesquisa se justifica na medida em que reconhece a falência do modelo (capitalista hegemônico) de pensar e produzir, e propõe um novo modo de conceber e gerir o desenvolvimento urbano, calcado na perspectiva da cosmovisão indígena.

A metodologia a ser empregada na presente pesquisa será a do método dedutivo, porquanto se partirá da análise de bibliografia especializada, para se deduzir uma conclusão plausível; quanto aos meios, será bibliográfica; quanto aos fins, será qualitativa.

DESENVOLVIMENTO

As diretrizes que serviram de molde à planificação dos espaços urbanos revelam que as cidades foram pensadas para atender primordialmente aos interesses do capital econômico, relegando a segundo plano as demandas socioambientais. Tanto que a humanidade se apropria do meio e o transforma, criando as condições adequadas para o exercício da atividade produtiva e lucrativa, mesmo que à custa do infortúnio alheio.

Na visão antropocêntrica europeia o homem não faz parte da Natureza, e por isso se julga detentor do direito de explorá-la; ao mesmo tempo, se considera o único sujeito de direitos sobre a Terra. É uma paisagem totalmente colonialista, etno e eurocêntrica, unívoca, marcada pelo encobrimento do “Outro”, na expressão cunhada por Enrique Dussel (MACHADO, 2021, p. 1).

Krenak trabalha muito bem com essa ideia de paisagens, valendo a pena conhecer seu pensamento:

Nós podemos fazer paisagens, desmontar paisagens, tirar uma montanha daqui, levar para lá. Ora, essa técnica, essa eleição da técnica como um deus do pensamento do branco, foi tão radical que está imprimindo neste lugar que nós compartilhamos, a Terra, uma marca tão profunda que pode inviabilizar a nossa experiência de continuar vivendo aqui, pelo menos de forma que os antigos humanos a conheceram... Essa coisa de a Terra nos acolher, embalar os nossos sonhos, suprir as nossas necessidades de alimentação, de ter ar para respirar, de ter paisagens que comovem, entendeu? Vamos passar a ser uma única paisagem. Ora, se virar única, então não é paisagem. A natureza da paisagem é a pluralidade, a diversidade, é a sucessão. As paisagens se sucedem, ou então não são paisagens. Quando nós acabamos com todas as paisagens da Terra, nós entramos em coma (KRENAK, 2016, ps. 66-67).

Ele ainda acrescenta que para os povos da floresta, há uma percepção de mundo marcada por inúmeras conexões e interações entre todos os seres animados e inanimados:

Quando eu vou a um riacho, a uma fonte naquela nascente, eu estabeleço uma relação com ela, converso com ela, eu me lavo

nela, bebo aquela água e crio uma comunicação com aquela entidade água que, para mim, é uma dádiva maravilhosa, que me conecta com outras possibilidades de relação, com as pedras, com as montanhas, com as florestas. [...] As relações não são percebidas como potência que ocorre só entre pessoas, no sentido comum em que nós entendemos as pessoas, as relações humanas, as relações sociais. Elas são alianças com muitas outras potências que estão dadas, que são possíveis. O raio, a chuva, o vento, o sol, a brisa, as paisagens. Aliança é troca com todas as possibilidades, sem nenhuma limitação (KRENAK, 2016, ps. 63-64).

Finalmente, Krenak alerta que não é apenas “o mundo das mercadorias, que vai entrar assim numa espécie de erosão, ou de implosão de sua própria dinâmica”, mas também os vários mundos possíveis, que serão levados junto com consigo (KRENAK, 2017, p. 25).

De fato, na perspectiva eurocêntrica, a Natureza é entendida como objeto de apropriação pelo homem, que se coloca fora dela. Nesse sentido, com mais propriedade, Wolkmer e Ferrazzo:

O homem não pode mais integrar a natureza, pelo que, na modernidade capitalista eurocêntrica, a natureza vai assumir também este local rudimentar, referência de atraso e subdesenvolvimento, uma condição que precisa ser rechaçada pelo bem do progresso e avanço dos povos. Desta forma, pode-se entender a tradição, na Modernidade ocidental, onde se consolida a existência do dualismo homem e natureza, a relação em que a natureza acaba sendo reduzida e submetida ao interesse humano, e sua destruição não é percebida como violação da vida, mas sim como marcha rumo à civilização (WOLKMER; FERRAZZO, 2015, p. 22).

E continuam:

Nos diversos momentos da história da modernidade (Renascimento, Iluminismo, Industrialização, Evolucionismo), a natureza foi submetida à lógica racional e à economia e suas formas de apropriação e transformação a serviço do desenvolvimento humano. E aspirando ao desenvolvimento e civilidade, diversos povos periféricos, graças ao processo monocultural e antropocêntrico de colonização, reproduziram esta dinâmica de exploração de recursos e bens comuns da natureza. Também é certo

que algumas cosmovisões, especialmente transmitidas pelas comunidades andinas, opuseram resistência a tal perspectiva, entretanto, conforme assinala Garcés V., o Estado-nação e todos os seus aparatos, rechaçam a autonomia dos povos, seus territórios e recursos naturais e tal processo esteve profundamente ligado à imposição de um sistema jurídico uniforme, e a modelos de governo alheios ao povo e vinculados às leis de mercado (WOLKMER; FERRAZZO, 2015, p. 22).

Neste trilhar, “a humanidade se relacionou com a natureza de modo completamente inconsciente. Alterou o meio através de suas mediações e tecnologias, produzindo efeitos não possíveis de reversão pelos próximos milhares de anos” (WOLKMER; FERRAZZO, 2015, p. 22).

Seja como for, diante da finitude dos recursos naturais e da incapacidade de sua completa regeneração, é chegado o momento de uma guinada. E a ocasião para invocar a cosmovisão indígena não seria tão oportuna quanto agora, tendo em vista o colapso ambiental atual.

Conforme Daniel Ribeiro Preve, “A cosmovisão dos povos indígenas, mesmo que na atualidade, estão relacionadas intrinsecamente com seu passado milenar, no continente latino-americano” (PREVE, 2019, p. 115).

Aliás, a cosmovisão indígena pode ser compreendida a partir da forma como os povos originários se manifestam, como percebem o mundo, como o grupo interage, o jeito que se comunicam, se vestem e também com o que se alimentam, bem como suas crenças, costumes, tradições, cultos, rituais e valores. É, em essência, uma maneira harmônica de estar e ser Natureza, de tratá-la com respeito, de usar dos seus recursos de forma sustentável.

Na dimensão indígena, a sustentabilidade se eleva a partir de uma conexão mais profunda e espiritual com a Terra, com seus elementos e ciclos, com uma vida calcada no equilíbrio de um conhecimento transcendental, que atravessou os séculos, praticamente inatingível pelas técnicas comuns, profundo e enraizado na (e com a) Natureza.

Diferentemente de outros países latino-americanos (a exemplo de Bolívia e Equador), o regime constitucional brasileiro não adotou expressamente o pluralismo jurídico dos povos originários. Todavia, isso não quer dizer que o poder constituinte os tenha deixado à margem de qualquer proteção. Basta compulsar o artigo 231 da Carta Magna (BRASIL, 1988) para se constatar que esse dispositivo foi prodigioso ao

conferir reconhecimento à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições desses povos.

A propósito, nessa perspectiva, Souza e Ribeiro ressaltam que a Constituição Federal abriu espaço para o pluralismo jurídico, mesmo que de “forma incipiente e reservado a aspectos específicos da legislação” (SOUZA; RIBEIRO, 2021, ps. 42-43). Em seguida, as autoras complementam:

Nos diversos momentos da história da modernidade (Renascimento, Iluminismo, Especificamente em relação aos povos indígenas, o art. 231, *caput* trouxe uma norma constitucional de garantia, reforçando a diversidade étnica e cultural do Brasil, ao reconhecer os costumes e tradições dos povos indígenas, além do direito à sua organização social, línguas e crenças. Não obstante tenha assegurado aos povos indígenas o direito ao reconhecimento cultural por meio do pluralismo político, a norma de 1988 não trouxe o reconhecimento expreso do pluralismo jurídico, com um ordenamento próprio das comunidades indígenas (SOUZA; RIBEIRO, 2021, p. 52).

Interessante para o tema é a tomada de postura do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que editou a Resolução n. 287, de 25 de junho de 2019 (CONSELHO..., 2019), a qual estabeleceu os procedimentos relativos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade. Dentre as novas previsões, destaca-se o art. 7º, que estatui que a responsabilização de indígenas deve observar os mecanismos e costumes da comunidade da qual fazem parte. Por sua vez, o parágrafo único desse mesmo artigo permitiu à autoridade judicial adotar ou homologar as práticas de resolução de conflitos ou de conciliação da própria comunidade.

De qualquer modo, o constituinte originário do texto da Constituição Federal partiu do pressuposto de que o Estado brasileiro foi fundado sobre bases multiculturais, tanto que essa percepção refletiu na proteção conferida ao direito à identidade cultural e também na previsão de novos direitos indígenas. Para além disso o texto é abundante de princípios e valores que sugerem uma atividade interpretativa inclusiva.

Então, se se admite como pressuposto um direito constitucional que protege os povos indígenas e suas tradições, e se a prática quotidiana desses povos revela uma sintonia fina e equilibrada com o meio em

que habitam, parece razoável pensar em que medida esse conhecimento poderia ajudar a “adiar o fim do mundo” (KRENAK, 2019).

Porém, é importante refletir sobre como se estabelece esse traslado, especialmente porque, efetivas ou não, já há políticas sustentáveis sendo aplicadas nas zonas urbanas. Nesse norte, a Fundação Getúlio Vargas conduziu estudo que apontou as premissas fundamentais para cidades sustentáveis. São elas: sustentabilidade ambiental, qualidade de vida, direitos humanos, equidade e diversidade, economia inclusiva e valorização da cultura local, além da governança e participação cidadã (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO ARAPYAU, 2017, p. 09).

No campo da cosmologia indígena, faz-se mister destacar os elementos que circundam e caracterizam o “Bem Viver”, que se compaz, em última medida, num desdobramento dela. Fala-se especificamente em “Bem Viver” a partir de sua origem, que é atribuída aos povos andinos e amazônicos, especialmente do lado equatoriano e boliviano.

Segundo Acosta, o “Bem Viver” trata-se de uma “nova oportunidade de construir coletivamente uma nova forma de vida”, a partir do pluralismo jurídico (ACOSTA, 2016, p. 23). De forma que, continua o autor, esse novo pensar “nos ordena a dissolver os tradicionais conceitos de progresso, em sua derivação produtivista, e de desenvolvimento, enquanto direção única, sobretudo com sua visão mecanicista do crescimento econômico” (ACOSTA, 2016, p. 90). Por fim, destaca que cada realidade deveria ser avaliada em seus avanços e retrocessos a partir de indicadores diversos e apropriados (ACOSTA, 2016, p. 90).

Ermínia Maricato oferece alguns pressupostos que poderiam ser adotados para promover sustentabilidade ambiental urbana. Além disso, a autora também agrega elementos que fomentariam o lado social das cidades. Segundo ela, poderia se elaborar “um programa especial para regiões metropolitanas”; utilizar da “bacia hidrográfica como referência para o planejamento e gestão”; também a “formulação de políticas de curtíssimo, médio e longo prazo” (MARICATO, 2001, ps. 70-81).

Assim, na perspectiva da construção de práticas e políticas públicas, parece razoável que a filosofia do “Bem Viver”, como vertente de uma das dimensões da cosmovisão dos povos originários, seja adotada como mais um recurso estratégico na busca da proteção, promoção e recuperação do meio ambiente das cidades.

Até por que, conforme já alertou Jorge Gálvan, citado por Daniel Ribeiro Preve, “Las fuerzas que mue vendichos elementos de la natura-

leza pueden ser benéficos o destructivos”, e “la misión del hombre sobre la Tierra es no alterar este equilibrio inestable” (PREVE, 2019, p. 115).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fora de dúvida que a degradação do meio ambiente alcançou níveis extremamente graves, o que inclusive tem contribuído significativamente para a eclosão de fenômenos climáticos extremamente adversos.

As cidades brasileiras têm sofrido os reflexos da alteração do meio natural, tanto que deslizamentos e alagamentos estão acontecendo com mais frequência, gerando danos de toda sorte, especialmente para as vidas humanas.

A sustentabilidade ambiental está nas pautas mais avançadas do momento. Pensar em alternativas para gerir e construir cidades de forma racional é tarefa que exige não apenas vontade política, mas também conhecimento para traçar a melhor estratégia.

Nessa perspectiva, emerge a cosmovisão indígena, na dimensão do “Bem Viver”, como uma alternativa a ser considerada na elaboração de políticas públicas urbanas.

É que, ao longo da história, os povos originários deram mostras de que a forma como se relaciona com a natureza à sua volta, sem causar impactos comprometedores dos ecossistemas, poderia ser aproveitada, de algum modo, na construção de diretrizes que sirvam de caminho para a implantação da sustentabilidade ambiental urbana.

Assim, foi na perspectiva de investigar a validade da cosmovisão indígena como baliza na construção de arranjos sustentáveis para as cidades, que essa pesquisa se desenrolou.

Ao final, conclui-se que a cosmovisão indígena pode oferecer um rico conhecimento ao planejamento e gestão de políticas voltadas à sustentabilidade das cidades.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. *O Bem Viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos*. Trad. Tadeu Bredo. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016 BRASIL. Cons-

tituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 jun. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 287, de 25 de junho de 2019*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2959>>. Acesso em: 2 jun. 2023.

FAGUNDES, Lucas Machado. *Crítica jurídica nustramericana desde a Filosofia da Libertação Dusseliana*: introdução. **Revista Jurídica (FURB)**, [S.l.], v. 24, n. 55 (2020), p. e9563, jan. 2021. ISSN 1982-4858. Disponível em: <<https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/9563>>. Acesso em: 2 jun. 2023.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO ARAPYÁÚ. *Construindo a participação em agendas para cidades sustentáveis*: análise de quatro experiências no Brasil. 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30491/2017_participacao-cidades-s-ustentaveis-final-correcao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 3 jun. 2023.

IBGE. *Porcentagem da população que vive em área urbana*. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/%20jovens/conheca-o-brasil/populacao/18313-populacao-rural-e-urbana.html>>. Acesso em: 20 jun. 2023.

KRENAK, Ailton. *Alianças vivas*. Entrevista realizada por Pedro Cesarino. In: Ailton Krenak. Coleção Tembetá. Cohn, Sérgio (org.). Rio de Janeiro: Azougue, 2016.

KRENAK, Ailton. *Outras narrativas*. Entrevista realizada por Sergio Cohn; Kadiwel, Idjahure (orgs). In: Ailton Krenak. Coleção Tembetá. Cohn, Sérgio (org.). Rio de Janeiro: Azougue, 2017.

KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades*: alternativas para a crise urbana. Petrópolis: Vozes, 2001.

METADE dos maiores lagos e reservatórios do mundo está secando, mostra estudo. *O Globo*, Rio de Janeiro, 18 jun. 2023. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/noticia/2023/05/metade-dos-maiores-lagos-e-reservatorios-do-mundo-estao-secando-mostra-estudo.ghtml>>. Acesso em: 20 jun. 2023.

PREVE, Daniel Ribeiro. *Pluralismo Jurídico e Interculturalidade*: os sistemas jurídicos indígenas latino-americanos e as formas alternativas na resolução de conflitos. Tese (Doutorado em Direito). UFSC, 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos; FERRAZZO, Debora. *Interculturalidade, Meio ambiente e Constitucionalismo*: novas perspectivas sociais. In: SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro; ERVI, Jackson R. (Eds.). *Multiculturalismo, Tecnologia e Meioambiente*. Sevilla: Punto Rojo, 2015.

MATERNIDADE ENCLAUSURADA: DIFICULDADES E DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DO *HABEAS CORPUS* 143.641 NAS PRISÕES BRASILEIRAS

Closed motherhood: difficulties and challenges in the implementation of habeas corpus 143,641 in brazilian prisons

Marli M. Moraes da Costa¹
Georgea Bernhard²

INTRODUÇÃO

A reclusão feminina, mesmo antes do advento das penitenciárias, era exercida como forma de controle social, sob a égide de princípios que versavam sobre a castidade e obediência da mulher. Não obstante, nos casos em que se identificava um comportamento desviante desse “padrão”, calcado pelos valores morais e religiosos, as mulheres eram submetidas à um sistema de “correção” vinculado ao isolamento social, podendo estar reclusas em seus lares ou em conventos, como método de punição. Por óbvio, a reclusão nas prisões, conventos ou lares

-
- 1 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, com Pós Doutorado em Direitos Sociais pela Universidade de Burgos-Espanha, com Bolsa Capes. Professora da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul-RS- UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas. E-mail: marlim@unisc.br
 - 2 Mestranda em Direito pelo Programa da Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/ CAPES, modalidade II. Graduada em Direito pela mesma universidade. Integrante do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas da UNISC, vinculado ao PPGD da UNISC. Endereço eletrônico: georgeabernhard@hotmail.com.

se trata de institutos diferentes, mas, a lógica existente por trás deles é a mesma: encarcerar aquela que pratica uma conduta “indesejável” e de reprovação social. (MENDES, 2012, p. 166)

Atualmente, se observa um expressivo aumento da taxa encarceramento feminino e com o maior número de ingresso de mulheres no sistema prisional, surgem outros problemas que não afetam apenas as presas, mas todos aqueles que dependem delas, principalmente os filhos pequenos, visto que muitos, são submetidos aos efeitos do cárcere durante o cumprimento de pena da mãe. Com a intenção de minimizar os impactos dessa circunstância que interfere no desenvolvimento da criança, bem como a manutenção do vínculo afetivo entre mãe e filho, surge o benefício da prisão domiciliar para garantir a eficácia dos direitos fundamentais. Para tanto, se apresenta esta temática, com o propósito de discutir sobre a condição da mulher encarcerada, suas especificidades e a implicação dessas circunstâncias no (in)acesso ao benefício da prisão domiciliar, sob o seguinte questionamento: de que forma a (in)aplicabilidade do HC 143641/SP julgado pelo Supremo Tribunal Federal corrobora para a as violações de direitos de cidadania no cárcere feminino brasileiro?

A hipótese aqui traçada é de que, apesar das previsões legais que garantem o direito à prisão domiciliar e posteriormente, o julgamento do *Habeas Corpus* pelo Supremo Tribunal Federal que determina a substituição da pena, tal benefício não vem sendo concedido para muitas mulheres que cumprem com todos os requisitos para tal progressão, revelando que o referido direito vem sendo aplicado de forma tímida pelos tribunais e assim, caracterizando uma séria violação ao direito das presas e seus filhos. O método de abordagem utilizado será o hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa a bibliográfica e documental.

DESENVOLVIMENTO

A taxa expressiva de mulheres cumprindo pena no sistema prisional traz preocupações relevantes no âmbito das condições que elas são submetidas ao ingressar no sistema penal, uma vez que o modelo carcerário foi pensado e construído para atender as demandas masculinas. Porém, a conjuntura carcerária se agrava ao verificar a presença de uma população invisível aos olhos do Estado: os filhos das mulheres encarceradas. A maternidade exercida por elas, que apesar de estarem

privadas de sua liberdade continuam sendo mães que amam e sofrem pelos seus filhos. A condição materna é para sempre, e neste contexto de encarceramento a mulher sofre um processo de rejeição social, visto que essa transgressão viola os parâmetros da “natureza feminina”, surgindo então, um cenário de vulnerabilidade para as mães e seus filhos. (MAT-TAR; DINIZ, 2012, apud BRASIL, 2015)

No atual cenário brasileiro, 74% das mulheres que estão cumprindo pena nas prisões são mães, sendo que deste total, 37% possuem entre 2 e 3 filhos. Em contrapartida, dos homens que cumprem pena nas prisões, apenas 53% declararam ter filhos, conforme dados apontados pelo mesmo relatório. Apesar da expressiva taxa de mães aprisionadas que cumprem pena, se observa a falta de preparo do Estado para lidar com as especificidades das presas, uma vez que apenas 14% das unidades femininas ou mistas apresentam infraestrutura adequada para o período de amamentação e cuidados com os filhos, através de berçários ou centros de referência materno infantil, que são locais destinados para bebês e crianças de até 2 anos. Na perspectiva das crianças acima de 2 anos, o ambiente adequado para recebê-las seriam as creches, todavia, há espaço disponibilizado para essa finalidade em apenas 3% das unidades prisionais do Brasil. (INFOPEN, 2018)

Pesquisas apontam que há mais de 500 crianças crescendo nas prisões brasileiras com suas mães que cumprem penas privativas de liberdade. Assim sendo, para oportunizar os meios necessários à uma infância digna, alguns países adotaram a conversão do cumprimento de pena para prisão domiciliar, caso a natureza penal não seja de alta periculosidade, a fim de proteger os interesses da criança na primeira infância. Conforme menciona Stella (2016, p. 46) “os presídios femininos [...] não foram desenvolvidos para propiciar o vínculo familiar, especialmente entre mães e filhos, muito menos promover um ambiente adequado para o desenvolvimento infantil”. Portanto, o desenvolvimento da criança deve ser proporcionado em um ambiente adequado para atender suas demandas, preferencialmente longe das grades das prisões femininas.

O cenário carcerário brasileiro se contrapõe às necessidades no período da primeira infância ao não garantir um local seguro e adequado para a permanência das mulheres e seus filhos. Os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (2018) confirmam essa afirmação, demonstrando que “mais de 75% dos estabelecimentos apresentaram condições gerais de conservação inadequadas (26 esta-

belecimentos - 76,47%)”, (CNJ, 2018, p. 10), colocando em risco o próprio desenvolvimento da criança, cujos reflexos podem ser irreversíveis no futuro.

A fim de reverter esse contexto, a prisão domiciliar surge como uma possibilidade eficaz para “amenizar” os efeitos do cárcere na vida das mulheres e seus filhos, submetidos a penas privativas de liberdade. Cumpre mencionar que, a prisão domiciliar está prevista expressamente no artigo 318 do Código de Processo Penal, o qual faculta ao juiz a sua aplicação, entre tantos pontos, a gestante e mulher com filhos de até doze anos. Em decorrência da crise humanitária no sistema prisional, frente à invisibilização da maternidade por detrás das grades, foi impetrado o HC 143.641/SP, que visa assegurar que todas as presas provisórias, na condição de mães de crianças menores de doze anos, gestantes ou com deficiência gozem do direito de ter a conversão da pena restritiva de liberdade para prisão domiciliar, observando algumas exceções expressas em lei.

Sendo assim, a Suprema Corte acolheu o *habeas corpus*, sob o argumento da proteção à criança, a fim de possibilitar o seu pleno desenvolvimento ao lado da mãe. Portanto, os magistrados devem observar as previsões elencadas no Marco Legal da Primeira Infância, especificadamente na nova redação dada ao artigo 318, incisos IV e V do Código de Processo Penal (CPP) a fim de substituir a pena preventiva pela domiciliar. Ainda assim, a concessão da progressão de regime deve ser realizada sem prejuízo das previsões alternativas elencadas no artigo 319 do CPP, para então, superar a arbitrariedade judicial e a sistemática violação de direitos das mulheres presas e seus filhos. (BRASIL, 2018, p. 55)

A hipótese aqui traçada é de que, apesar das previsões legais que garantem o direito à prisão domiciliar e posteriormente, o julgamento do *Habeas Corpus* pelo Supremo Tribunal Federal que determina a substituição da pena, tal benefício não vem sendo concedido para muitas mulheres que cumprem com todos os requisitos para tal progressão, revelando que o referido direito vem sendo aplicado de forma tímida pelos tribunais e assim, caracterizando uma séria violação ao direito das presas e seus filhos.

Não obstante, estudos evidenciam a não concessão da prisão domiciliar através de uma amostra significativa, à nível nacional, que representam mais de 2/3 da população carcerária feminina no Brasil. A amostra dos estados que disponibilizaram informações acerca das mulheres em cumprimento de pena que poderiam exercer o direito à

progressão de regime para prisão domiciliar totalizou 19.200 mulheres presas. Isso significa dizer que a amostra corresponde a 51,99% da população prisional carcerária feminina do Brasil, que no período em questão (dezembro de 2019), totalizava 36.932 mulheres, de acordo com dados do Infopen 2019. Esse número, portanto, representa mais da metade da população carcerária feminina do período no Brasil. Portanto, ao realizar uma avaliação dessa amostra constatou-se que 2.493 detentas possuíam o direito à progressão de regime, das quais, apenas 1.402 obtiveram o benefício à prisão domiciliar, representando 56,24% do total. Por outro lado, 43,76% das mulheres encarceradas não obtiveram a concessão desse direito, mesmo preenchendo os requisitos legais para usufruir do mesmo, permanecendo nas prisões. (ITCC, 2021)

Quanto às 13.142 mulheres da amostra que se encontravam em prisão preventiva e portanto, poderiam usufruir do benefício, 6.341 eram mães, gestantes ou responsáveis por pessoas com deficiência, representando 48,25% da população carcerária que poderia ser beneficiada com a prisão domiciliar. Dessa porcentagem (48,25%), o total de 1.904 mulheres permaneceram presas, isso significa dizer que 30% das detentas tiveram o direito à progressão negado pela justiça, enquanto 70% foram beneficiadas. (ITCC, 2021)

Os dados revelam falhas na concessão da prisão domiciliar, visto que muitas mulheres encarceradas que se enquadram nos requisitos para a sua concessão, tem o referido benefício negado pela justiça. Logo, tal circunstância evidencia que o modo de atuação do judiciário contribui para a manutenção do cenário atual das prisões femininas no Brasil e consequentemente, à violação dos direitos dessas mulheres e seus filhos, ao passo que as garantias instituídas pelo Supremo Tribunal Federal não são observadas e aplicadas para todas que detêm o direito de usufruir deste benefício.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dados e pesquisas atestam a falta de preparo do Estado para lidar com as questões relativas ao aprisionamento feminino. A ausência de infraestrutura adequada, omissão diante das demandas especificadamente femininas, situações que por si só, já agravam (e muito) os sentimentos gerados pelo cárcere, etc. Todavia, tais circunstâncias nos levam a alguns questionamentos: como uma criança pequena vive

a experiência da referência materna submetida à tutela do Estado? Apesar da Lei de Execução Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente representarem enormes avanços, na prática, os dois instrumentos jurídicos parecem inconciliáveis: o direito ao convívio e vínculo da criança com a mãe tutelada pelo sistema carcerário cujas regras de condutas igualam o tratamento dispensado aos adultos, pode ser considerado como maus tratos.

Os reflexos da omissão estatal acabam transcendendo da mulher apenas para os seus filhos pequenos, à medida que são submetidos ao cárcere para que seja garantido o direito à amamentação e cuidados nos primeiros meses de vida da criança.

A fim de assegurar o pleno desenvolvimento do bebê e proporcionar a manutenção do materno, foi instituído legalmente o benefício da prisão domiciliar e posteriormente, assegurado também em decisão inédita pelo Supremo Tribunal Federal, através do HC 143641/SP, para reforçar a importância da concessão deste benefício à todas as mulheres presas que se enquadrassem nos requisitos para a sua obtenção.

Contudo, apesar da previsão legal e do *Habeas Corpus*, a realidade demonstra que muitas mulheres tiveram o direito à progressão negado, mesmo preenchendo todos os requisitos para a sua concessão. Tal fato revela que o próprio Poder Judiciário se encontra despreparado para lidar com questões que envolvem gênero no cárcere brasileiro e o reflexo dessas decisões na vida das presas e seus filhos.

Resta evidente que o sistema prisional brasileiro tem sido, nos últimos séculos, a esperança das estruturas formais do direito para combater a criminalidade, mas a degradação do referido sistema a níveis intoleráveis vem sendo a comprovação de que o sistema faliu, tornando-se verdadeiro depósito de pessoas “enjauladas” não oferecendo jamais as desejáveis e legais soluções esperadas pelo Estado e pela sociedade. Como acreditar que uma criança possa desenvolver-se de forma sadia em um ambiente hostil como o sistema carcerário? Porque não aplicar a prisão domiciliar conforme determinado pelo Supremo Tribunal Federal, através do HC 143641/SP, ratificando a importância da concessão deste benefício à todas as mulheres presas que se enquadrassem nos requisitos para a sua obtenção.

REFERÊNCIAS

BERNHARD, Georgea.; COSTA, Marli. M. Moraes. (Sobre)vivendo nas prisões: uma análise sobre as violações aos Direitos Humanos das mulheres presas no Brasil. **Revista da AGU**, v. 22, p. 47-66, 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Brasília, 2015. Disponível em:http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf Acesso em: 02 fev 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, Infopen Mulheres**. Brasília: MJSP, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras** (Regras de Bangkok). Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos, Brasília, 2016. Disponível em:<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/09/cd8bc11ffdcbc397c32eecdc40afbb74.pdf>. Acesso em: 22 fev 2023

ITTC. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania: **Implementação da prisão domiciliar para mulheres no Brasil à luz da Lei de Acesso à Informação**. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. – São Paulo: ITTC, 2021

MENDES, Soraia da Rosa. **(Re)pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista**. Tese apresentada ao Programa de Pós graduação em Direito da Universidade de Brasília, PPG/FD/UnB. Brasília, 2012. Disponível em:https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11867/1/2012_SoraiadaRosaMendes.pdf Acesso em: 24 jan 2023.

STELLA, Claudia. **Filhos de mulheres presas: soluções e impasses para seus desenvolvimentos**. São Paulo: LCTE editora, 2006.

O ACESSO À JUSTIÇA E O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA DIGITAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Access to Justice and the exercise of digital democracy: an analysis based on the principles of speed and reasonable duration of the process

Francine Carminati¹
Reginaldo de Souza Vieira²
Juliana Paganini³

-
- 1 Mestranda em Direito pelo PPGD/UNESC; pesquisadora do NUPED/UNESC; advogada. Email: carminatifrancine@gmail.com.
 - 2 Doutor (2013) e Mestre (2002) em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da Universidade Federal de Santa Catarina. Professor, pesquisador e Coordenador Adjunto do Programa de Pós- Graduação em Direito (PPGD/UNESC). Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico (PPGDS/UNESC). Professor titular da Universidade do Extremo Sul Catarinense. Coordenador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC) e do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/UNESC). Membro da Rede Ibero-americana de Direito Sanitário. Membro e Coordenador da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-6733-5321>. E-mail: prof.reginaldovieira@gmail.com.
 - 3 Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Bolsista PROEX/CAPES. Professora da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Estado, Política em Direito (NUPED/UNESC) e do Grupo Cibertransparência (UNISINOS). Email: julianaapaganini@hotmail.com.

INTRODUÇÃO – DIAGNÓSTICO

O presente trabalho visa abordar o acesso à justiça e o exercício da democracia digital, tendo como pressuposto o respeito aos princípios da celeridade e duração razoável do processo. Inicialmente, faz-se uma análise do acesso à justiça e da importância do exercício da democracia digital, a fim de se efetivar os princípios da celeridade processual e duração razoável do processo, perpassando a ideia de que a efetiva entrega da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário, pode significar um avanço em termos de direitos.

O trabalho será desenvolvido por meio do método de abordagem dedutivo e de procedimento monográfico, com técnica de pesquisa bibliográfica. Os resultados obtidos constatarem que a democracia digital pode auxiliar o alcance do acesso à justiça e consequentemente respeitar os princípios da celeridade e duração razoável do processo, no entanto, muitos desafios ainda precisam ser encarados de maneira séria e comprometida por toda a sociedade, estando dentre eles as dificuldades de acesso às tecnologias.

DESENVOLVIMENTO

1. O Acesso à Justiça e o exercício da democracia digital

A definição de acesso à justiça é muito mais abrangente do que uma mera interpretação literal. Em suma, abrange duas finalidades essenciais, entre as quais a de ser um meio que permita um acesso paritário e de resultados justos no âmbito social, sendo uma condição a garantia dos direitos humanos, que assegure e não apenas proclame o direito à coletividade (CAPELLETTI, 1988, p. 8-12).

Garantir o acesso à justiça pressupõe a observância de algumas regras vigentes, conforme se extrai das lições de Dimoulis e Lunardi (2016, p. 35):

Os processos devem seguir regras vigentes que objetivam atingir certas finalidades, entre as quais se encontram a publicidade do processo, a solução pacífica dos conflitos, o exercício da ampla defesa, a aceitação da decisão pelas partes, a celeridade e a previsibilidade. Essas regras vinculam, mas autoridades estatais e os

particulares e objetivam garantir o *devido processo legal*. Via de regra, o processo tem natureza dialética, sendo facultados aos interessados apresentar fundamentar suas pretensões e opiniões.

Esse conceito, inclui a necessidade da eliminação de obstáculos de ordem econômica e social, possibilitando que todos, independentemente de condição monetária ou outras condições impeditivas, tenham por parte do Estado uma tutela efetiva de seus direitos, podendo ser verificado em institutos como a Justiça Gratuita, com a isenção de honorários advocatícios, de custas processuais, além da produção de provas sem custos (MARINONI; ARENHART, MIITIDIERO, 2016, p. 353).

O Conselho Nacional de Justiça, que possui como premissa a democratização do acesso à justiça, promove, visando esse fim, ações de inclusão social, conscientização de direitos e deveres do cidadão, além da execução das decisões, contando com indiciadores, que medem o índice de alcance da justiça nos municípios, seja por meio do processo físico, eletrônico, estruturas itinerantes ou permanentes, evidenciando o conceito amplo que compreende a terminologia, desde os institutos da arbitragem e conciliação, considerados instrumentos alternativos para a satisfação de pretensões e com isso, encerrar conflitos sociais, incluindo os enfrentamento de impedimentos (CNJ, 2023).

Nota-se assim uma tendência de agilizar os provimentos judiciais, tornando o exercício da função judiciária mais eficiente, isso se evidencia, por exemplo, no índice de atendimento à demanda, um dos itens avaliados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), medindo a relação entre o número de processos arquivados e novas ações judiciais propostas no mesmo período sendo separados por grau e inclusive, que o termo não engloba tão somente o Poder Judiciário em si, mas toda forma de uma solução de um conflito por meio do Estado (CNJ, 2023).

Contudo, o acesso à justiça não se restringe ao direito de ação, mas deve ser percebido sob um viés abrangente, que significa o direito a uma resposta eficiente e justa por parte do Estado.

Ressalta-se que o direito a obter por meio do Poder Judiciário uma solução para litígio, é também uma faculdade, tendo em vista o princípio da demanda, relacionado com a liberdade que o jurisdicionado possui para recorrer ou não aos remédios institucionais que dispõe o Poder Judiciário, utilizando-se inclusive dos meios de auto-composição da lide, como a transação, a conciliação, a arbitragem ou ainda, renunciar o direito. Em resumo, a tutela jurisdicional não pode

ser negada pelo Estado, assim como não pode obrigar um indivíduo a utilizá-lo, sendo, pois, uma derivação do princípio do dispositivo (THEODORO, 2017, p. 72-73).

Entretanto, embora dentro do processo exista princípios dentre os quais se pode citar o contraditório, ampla defesa, devido processo legal, publicidade e boa-fé, o acesso à justiça é ainda um direito muito mitigado, sendo um dos fatores que fortalecem essa restrição é a morosidade da decisão judicial.

Para Abreu (2011), este aspecto dialogal do princípio do contraditório é fundamental para se pensar a democratização do processo, pois através do rompimento de ritos e formas que se autojustificam, é possível se partir para um cenário que se encontra em constante movimento.

Portanto, a democracia digital no âmbito do processo poderia possibilitar o acesso à justiça desde que a sociedade utilizasse a seu favor ferramentas digitais para se informar acerca de seus direitos, reivindicar pela efetivação deles, atuar junto ao Estado na proposição e elaboração de políticas públicas, dentre tantas outras formas de atuação (GOMES, 2011).

Os próprios Tribunais, concentram grande quantidade de dados dispersos, onde não conseguem armazenar, ou tratá-los de modo produtivo, com isso, os sistemas desenvolvidos sob a ótica tecnológica, conseguem atingir resultados propostos com objetividade e rapidez, o que confere elevado grau de segurança e certeza as soluções (CURY, 2023).

Além disso, o chamado Big Data pode ajudar e muito no setor jurídico que, com sua rapidez em processamento, possibilita a análise do processo de modo mais completo e complexo, pois o grande volume que é gerado de informações agiliza o trabalho da utilização de Inteligência Artificial (IA) em plataformas de jurimetria, que é a aplicação de métodos quantitativos e qualitativos, específicos no direito (GALVÃO, 2023).

Outra ferramenta digital que fundada em 2011, em benefício do Sistema Judiciário, para solução de conflitos, é a Justto, que é especializada em serviços eletrônicos para arbitragem e conciliação extrajudicial, assim, sem a existência de Tribunais, o processo é conduzido por meio da internet (SPERANDIO, 2023).

De acordo com Filho e Junquillo (2023), o STF, em parceria com a Universidade de Brasília (UnB), também desenvolveu um projeto denominado Victor, o qual homenageia o ex-ministro Victor Nunes Leal, o projeto é utilizado o modelo aprendizado de máquina

(Machine Learning), aprendizado computacional através da Inteligência Artificial (IA).

Desse moto, as ferramentas digitais no âmbito do processo seriam capazes de democratizar o acesso à justiça. Visto que, por um lado resgata a democracia participativa e o protagonismo social, contribuindo para a informação da sociedade acerca de seus direitos, oportunizando por isso sua participação, e por outro lado, por meio da Inteligência Artificial (IA) oferece aos operadores do direito mecanismos céleres, capazes de auxiliar no desenvolvimento de tarefas extensas, contribuindo para o acesso à justiça.

2. Os princípios da celeridade processual e duração razoável do processo

Tendo em vista o que foi estudado, seria possível afirmar que as ferramentas digitais no âmbito do processo, oportunizando o acesso à justiça, também poderia alcançar a efetivação dos princípios da celeridade processual e da duração razoável do processo?

Para responder esta pergunta é preciso antes de mais nada, estudar ambos os princípios inseridos no artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e no artigo 4º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2017). Dentre as premissas da duração razoável do processo está a entrega de uma tutela jurisdicional justa e em consonância com princípios constitucionais, especialmente o da dignidade humana, conferindo como já visto, a ampla defesa e o contraditório, baseando-se sempre em instrumentos adequados.

Isso porque o processo é compreendido como um instrumento que tem como uma de suas premissas apaziguar as relações sociais, e para ser efetiva, deve ser obtida em tempo razoável, incluindo-se nesse parâmetro desde o processo de conhecimento até o momento da execução, obtendo notoriedade com a produção de resultados justos almejados, o qual requer a ausência de dilações indevidas e retardatárias (CÂMARA, 2017, p. 8).

Por outro lado, o princípio da celeridade processual é “uma aspiração a que o processo deve corresponder para, mais rapidamente, realizar o seu fim precípua, que é o de garantir a estabilidade das relações jurídicas” (MEDINA, 2011).

Entretanto, é cediço que a legalidade dispõe de íntima ligação com o processo, já que estabelece o percurso, a sequência de atos e o

procedimento lhe resguarda durante o exercício do poder pelo Estado, no sentido de asseverar a todos, sem distinção a previsibilidade das formas, de ter conhecimento prévio dos instrumentos de que o Judiciário irá utiliza-se para tutelar os seus interesses em conflito, legitimando a função designada ao Estado e a participação, dos sujeitos relacionados, tendo em vista o sistema político democrático (DINAMARCO; LOPES, 2017, p. 123).

Além disso, não basta que o Estado somente aplique a lei no caso objeto de julgamento, mas confira a efetividade à tutela dos direitos, pois lhe cabe, por meio do Poder Judiciário, instituir procedimentos e técnicas capazes de realizar a tutela prometida pelo direito material, visualizadas pela distribuição do ônus da prova, o qual permite a sua inversão em determinadas situações, além dos modos diversos de execução, para garantir a sua efetividade (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 127-128).

Portanto, seria possível afirmar que as ferramentas digitais no âmbito do processo, além de possibilitar a garantia do acesso à justiça, também alcançaria os princípios da celeridade processual e duração razoável do processo, ainda que no Brasil haja o obstáculo da falta de acesso às tecnologias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça não está relacionado apenas ao ingresso no Poder Judiciário, mas também nas formas que a sociedade manifesta seu direito, no conhecimento acerca deles e consequentemente nas opções disponíveis para seu exercício.

Para que haja este acesso à justiça, é possível se contar com uma série de instrumentos digitais que podem fortalecer a democracia e oportunizar a participação das pessoas nas diversas áreas do direito.

Assim, ainda que haja a falta de acesso às tecnologias no Brasil por grande parte da sociedade, estes instrumentos digitais contribuem inclusive para o respeito ao princípio da celeridade processual e da duração razoável do processo.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. Processo e Democracia: O Processo jurisdicional como um lócus de democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito-vol.3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 jul. 2023. BRASIL. Novo Código de Processo Civil Anotado. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo Código de Processo Civil brasileiro. 3ed. rev. e atual. São Paulo:Atlas, 2017.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 30 jul. 2023.

CURY, César. Direito e tecnologia: aspectos teóricos da solução de conflitos por sistemas inteligentes. Rio de Janeiro: Diálogos sobre Tecnologia e Direito, 2020. Disponível em: https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2020/08/LIVRO_DIALOGOS SOBRE TECNOLOGIA E DIREITO.pdf. Acesso em 30 jul. 2023.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Novo Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2017.

FILHO, Mamede Said Maia; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Projeto Victor: Perspectiva da Inteligência Artificial ao Direito. Vitória: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, 2018. Disponível em: [file:///C:/Users/Acer/Downloads/1587-Texto%20do%20artigo-4937-1-10-20190211%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Acer/Downloads/1587-Texto%20do%20artigo-4937-1-10-20190211%20(1).pdf). Acesso em 30 jul. 2023.

GALVÃO, Everaldo. Advocacia, Tecnologia e Sociedade. Rio de Janeiro, Diálogos sobre Direito e Tecnologia, 2020. Disponível em: https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2020/08/LIVRO_DIALOGOS_SOBRE_TECNOLOGIA_E_DIREITO.pdf. Acesso em 30 jul. 2023.

GOMES, Wilson. Participação política online: questões e hipóteses de trabalho. In: MAIA, Rousiley Celi Moreira; GOMES, Wilson; MARQUES, Francisco Paulo Almeida (Orgs.). Internet e participação política no Brasil. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de processo civil: teoria do processo civil. vol.1. 2.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Os valores celeridade processual e segurança jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011.

SPERANDIO, Henrique Raimundo do Carmo. Desafios da Inteligência Artificial para a Profissão Jurídica. São Paulo: Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo (FGV Direito SP), 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23977/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20Henrique%20Sperandio%20%20May%202018.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em 30 jul. 2023.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 58.ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

APLICATIVO *BE MY EYES*: UMA ANÁLISE PELA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE

App be my eyes: an analysis through the constitutional principle of solidarity perspective

Lisandra Inês Metz¹

Jorge Renato dos Reis²

INTRODUÇÃO

As barreiras de acessibilidade estão presentes no cotidiano das pessoas com deficiência visual, inviabilizando assim o acesso a produtos, serviços, atendimento prioritário adequado e várias outras situações da vida em sociedade. Os aplicativos de tecnologia assistiva tem sido uma ferramenta muito efetiva para garantir mais autonomia a pessoas cegas e com baixa visão, como por exemplo o *bemyeyes*, o qual possui uma

1 Lisandra Inês Metz (UNISC), Mestranda no Programa de Pós-Graduação em direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, área de concentração Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa Capes. Especialista em educação especial e inclusiva pela faculdade Dom Alberto. Integrante do grupo de estudos “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado”, coordenado pelo Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis, vinculado ao CNPq. Advogada. E-mail: lisandra_metz@hotmail.com.

2 Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Desenvolvimento Regional (UNISC). Especialista em Direito Privado (UNISC). Bacharel em Direito (FISC). Pesquisador e Coordenador do Grupo de Pesquisa “Intersecções Jurídicas Entre o Público e o Privado”, vinculado ao PPGD/UNISC. Professor. Advogado. E-mail: jreis@unisc.br

proposta solidária ao conectar pessoas sem deficiência visual com pessoas que eventualmente necessite de auxílio visual para ações rotineiras.

Nesse sentido, o objetivo desse resumo é analisar a proposta e as funcionalidades do aplicativo pela perspectiva do princípio da solidariedade, a fim de compreender se as diretrizes se coadunam. A pergunta que se busca responder é: o aplicativo *bemyeyes* está em consonância com o princípio constitucional da solidariedade?

Para responder ao problema foi utilizado método de investigação hipotético-dedutivo, ao analisar o conceito e a legislação vigente no que tange ao princípio da solidariedade

e os termos de uso e privacidade do aplicativo *bemyeyes*, a fim de construir uma base que permita verificar no terceiro item a possibilidade se o aplicativo está em consonância com as diretrizes do princípio.

Por fim, ao permitir que pessoas que enxergam possam se cadastrar e auxiliar voluntariamente pessoas cegas ou com alguma deficiência visual o aplicativo traz mais autonomia para quem necessita desse auxílio em seu cotidiano, ao passo que nutre a sensação de contribuição com a sociedade de quem presta auxílio, mas será que está em coadunação com princípio? Essa dúvida será sanada no segundo item desse trabalho.

Princípio da solidariedade: conceito e previsão legislativa

A dignidade da pessoa humana é o cerne do princípio que será conceituado nesse item e essa característica é essencial para a análise jurídica acerca de sua previsão legal, a qual servirá como norte para averiguar se o aplicativo *bemyeyes*, tema do segundo item, se coaduna com o princípio.

Primeiramente observa-se que a previsão legal do princípio constitucional da solidariedade somente ocorreu a partir da Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 3, inciso I, mas de acordo com Cardoso (2014) a solidariedade como um valor jurídico-social já possui resquícios desde a antiguidade clássica.

A positivação desse princípio está diretamente atrelada a necessidade de encontrar um ponto de equilíbrio, onde todas as pessoas possam ter seus direitos individuais e sociais garantidos e realizados, conforme Cardoso (2013), afinal, não se trata de uma norma “rígida” e sim de um novo paradigma hermenêutico.

Dessa forma, o equilíbrio que se busca nas relações tanto judiciais quanto extrajudiciais na vivência em sociedade a partir da posituação desse princípio está justamente na existência de uma linha tênue entre respeitar os direitos individuais e priorizar o bem comum, o que fica evidente o seguinte trecho de Warat:

A solidariedade é uma forma fundamental de reclamo. Ela nos coloca diante do conteúdo mais nobre de nosso compromisso com os socialmente excluídos e existencialmente desaparecidos. A solidariedade representa um estar junto dos oprimidos, participando comprometidamente em suas lutas transgressoras[...] Quando se pratica a solidariedade, está-se reconhecendo a existência do outro como diferente, está aceitando-o sem pretender narcisisticamente fusioná-lo com o modelo de homem que o imaginário instituído produz como fantasia tanática (WARAT, 2004, p. 388).

A prática da solidariedade, nesse sentido, perpassa a ideia do direito como um instrumento ético, pois também abrange a luta de minorias que muitas vezes são “invisíveis” para sociedade, ou seja, uma prática que vai além de quem vivência as desigualdades como minoria e/ou pessoas que fazem parte de seu convívio.

A percepção do “outro como diferente” citada acima por Warat (2004), contempla, outro aspecto muito importante na construção do entendimento do princípio da solidariedade: a característica do ser humano como ser social. Dessa forma, ao utilizar o princípio da solidariedade como guia para análises jurídicas, assim como nas relações em sociedade, corrobora para que a sociedade civil interaja de forma a cooperar para a evolução da humanidade serve conforme Reis e Konrad (2015), fazendo com que o direito seja cada vez mais capacitado a ponto de direcionar que ações individuais estejam alinhadas com o social difuso.

Seguindo essa linha de raciocínio, a premissa de que a vida em sociedade torna “menos custosa e sacrificante” – nas palavras de Cardoso (2014, p. 131) – e que por isso necessitamos uns dos outros é um argumento basilar na aplicação de qualquer esfera do Direito, mas ainda é algo que encontra alguns pontos conflitantes na prática, fazendo com que existam lacunas entre a legislação e a realidade fática.

A posituação do princípio constitucional da solidariedade reforça não só a ideia de que é necessário a contribuição de todos para que se conviva em sociedade, mas também traga uma força cogente

para esse valor, fazendo com que seja observado na aplicação das garantias fundamentais oriundos da Constituição e assim funcione como uma ferramenta de transformação na sociedade à medida que ultrapassa a solidariedade como um valor e se firma como um dever de todos os indivíduos.

Outra característica do princípio relevante para esse trabalho é a responsabilidade social trazida pelo princípio, a qual leva em consideração a dignidade do outro tanto em relações verticais como também em horizontais, afinal, Cardoso (2014) entende a necessidade de reformulação dos institutos de direito privado, assim como da própria hermenêutica do direito sob a sua perspectiva de que todos, sem exceção fazem parte desse contexto.

Dessa forma, Cardoso (2014) destaca que é necessário que os instrumentos do direito privado sejam redimensionados para atender as novas necessidades, o que se aplica para situações que se tornam mais efetivas com a intersecção entre o público e o privado, mas não pelo fato do Estado não estar em condições de fazer ou até mesmo por alguma eventual falta de capacidade técnica, humana ou até mesmo financeira, “mas sobretudo porque lhe falta aquele ou aqueles elementos de humanidade que só a sociedade civil e cada um dos seus membros, individual ou colectivamente, está em condições de proporcionar” de acordo com Nabais (2007, p. 140)

Portanto, observa-se que essas intersecções permitem que iniciativas privadas, como o aplicativo *bemyeyes*, o qual classifica-se como uma tecnologia assistiva de uma iniciativa privada, possa também ter um papel importante para concretização de direitos e garantias de pessoas cegas ou pessoas com baixa visão, o que será mais explorado no próximo item.

Aplicativo *bemyeyes* e o princípio da solidariedade

As tecnologias assistivas são grandes aliadas nos processos inclusivos, pois proporcionam maior autonomia as pessoas com deficiência. Nesse sentido, esse item objetiva compreender primeiramente como o aplicativo *bemyeyes*³, o qual é gratuito e tem como objetivo principal “tornar o mundo mais acessível para 285 milhões de pessoas cegas ou

3 As informações referentes ao aplicativo foram todas retiradas do site www.bemyeyes.com e as traduções livres foram realizadas pela autora.

com baixa visão” e posteriormente avaliar se está ou não está alinhado com o princípio da solidariedade (BE MY EYES, www.bemyeyes.com).

Antes de realizar uma breve contextualização acerca do aplicativo e suas funcionalidades é importante destacar o conceito de tecnologia assistiva utilizado pela Lei Brasileira de Inclusão – LBI, localizado em seu capítulo I, artigo 2º, §1º, inciso III:

tecnologia assistiva ou ajuda técnica: produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social (BRASIL, 2015);

O aplicativo foi lançado em janeiro de 2015 e desde lá vem sendo uma ferramenta mundial que conecta pessoas cegas e pessoas com baixa visão com pessoas que enxergam e se voluntariam para auxiliar em diversas situações do cotidiano através de videochamadas em tempo real (BE MY EYES, www.bemyeyes.com).

Na opção “about” que o site oferece, a seguinte frase define qual é a missão do aplicativo, a qual contempla pessoas da sociedade civil, iniciativas privadas, assim como públicas: “we seek to perfect and scale a purpose with profit business model that deploys powerful new tools to create simultaneous delight for our blind and low vision community, our volunteers, and the companies and governments utilizing our platform” (BE MY EYES, www.bemyeyes.com).

Outras funcionalidades interessantes do aplicativo são: a) interação entre pessoas cegas e com baixa visão com pessoas que enxergam; b) soluções práticas para tornar o atendimento de empresas mais acessível para entre pessoas cegas e com baixa visão. A primeira funcionalidade encontra-se na opção “comunidade” a qual é subdividida em histórias, blog, podcasts e soluções. Já a segunda funcionalidade mencionada nesse parágrafo encontra-se na opção “business” ao disponibilizar a possibilidade de empresas se tornarem parceiras do aplicativo com a finalidade de tornar o atendimento de empresas mais inclusivo ao utilizar suas soluções e assistente virtual (BE MY EYES, www.bemyeyes.com).

Observa-se que tanto a proposta como as funcionalidades do aplicativo estão em consonância com o princípio da solidariedade pois visam, através de seus recursos permitir que pessoas cegas ou com bai-

xa visão possam ter mais autonomia e acessar mais espaços, serviços e produtos através do auxílio de pessoas que enxergam, assim como de recursos oriundos de inteligência artificial.

Por outro lado, ao analisar o aplicativo através da perspectiva de pessoas voluntárias que enxergam, também está presente a solidariedade, afinal, equilíbrio quando a pessoa sem deficiência se sente parte desse contexto e uma peça-chave para trazer mais autonomia para pessoas cegas e com baixa visão predomina o sentimento de contribuição para o bem comum, pois se sentem úteis em ajudar.

Outro fato que evidencia o caráter solidário do aplicativo está presente nos “terms of use”: “esperamos que você use nossos serviços para criar uma comunidade de usuários com deficiência visual que se comuniquem, ajudem e aprendam uns com os outros de maneira positiva” (BE MY EYES, www.bemyeyes.com).

Dessa maneira, é possível perceber que o aplicativo não incentiva a caridade e sim a solidariedade, pois implica no entendimento comum de que a experiência que o aplicativo proporciona é benéfica para o coletivo, o que implica em alguns momentos abdicar de uma vontade ou até mesmo de alguma prioridade tida como individual em prol da busca por um mundo mais acessível e consequentemente mais inclusivo para pessoas com e sem deficiência.

Dentre as diversas barreiras existentes no cotidiano das pessoas com deficiência, seja comunicacional, metodológica, arquitetônica, entre outras, a menos onerosa, mas a mais rara de encontrar é a atitudinal, a qual também está presente nos termos de uso ao destacar que ao utilizar o aplicativo a pessoas está concordando em tratar uns aos outros e o *bemyeyes* com o básico de respeito (BE MY EYES, www.bemyeyes.com).

Nesse sentido, ao ser estabelecido o respeito mútuo ao concordar com os termos de uso do aplicativo traz a ideia de construção conjunta para atingir um bem comum, assim como também reforça a ideia de Cardoso (2014, p. 198) de que o princípio constitucional da solidariedade “orienta o Direito a voltar para a qualidade social de vida, sem relegar a existência de qualquer outro humano a segundo plano, pois quando se trata da construção de um sistema”.

Portanto, é possível verificar a intenção da criação de um sistema através das informações e dados fornecidos no site do aplicativo, o qual mesmo sendo oriundo de uma iniciativa privada traz mais autonomia para pessoas cegas e de baixa visão, o que consequentemente viabi-

liza o acesso a mais direitos fundamentais através de diretrizes presentes no princípio da solidariedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de acesso aos direitos fundamentais das pessoas cegas e com baixa visão seja através de serviços, produtos e situações que envolvem a vida em sociedade é inviabilizado com frequência no cotidiano. Nesse sentido as tecnologias assistivas são ferramentas que proporcionam mais autonomia, como por exemplo o aplicativo *bemyeyes* – instrumento de estudo principal desse trabalho – que visa conectar pessoas sem deficiência visual com pessoas que eventualmente necessite de auxílio visual para ações rotineiras, possuindo assim, uma vertente solidária.

Dessa forma, ao estudar no primeiro item o conceito, assim como a relevância do princípio constitucional da solidariedade. Já o segundo item, trouxe inicialmente um breve contexto sobre o aplicativo e suas funcionalidades, assim como o conceito de tecnologia assistiva conforme a LBI.

Por fim, conclui-se que o aplicativo está em consonância com o princípio da solidariedade, pois se utiliza da solidariedade horizontal como meio de garantir que pessoas cegas e de baixa visão possam não só receber auxílio para ações de seus cotidianos como também fazer parte de uma comunidade, onde pessoas com e sem deficiência se beneficiam dessa conexão proporcionando mais autonomia e contribuindo para o bem comum.

REFERÊNCIAS

BE MY EYES. See the world together. *Be my eyes* [2022?]. Disponível em: <https://www.bemyeyes.com>. Acesso em 29 jul. 2023

BRASIL. Ministério Público do Trabalho, Procuradoria Regional do Trabalho da 17ª Região, PCDLegal. *Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*: promulgada em 6 de julho de 2015. Vitória: Procuradoria Regional do Trabalho da 17ª Região, 2016.

CARDOSO, Alenilton da Silva. Hermenêutica constitucional solidária. Revista direito e humanidade. *São Caetano do Sul*, n. 24. p. 1-8, 2011. Disponível em: http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/2203. Acesso em 29 jul. 2023

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*. São Paulo: Itxtlan, 2014.

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudo sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: coimbra editora, 2007.

REIS, J. R. dos; KONRAD, L. *O direito fundamental à solidariedade: a aplicação do instituto no Direito Civil*. In: *Novos Estudos Jurídicos* no 1, 2015. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7195>. Acesso em 29 jul. 2023

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

O CIDADÃO, PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, SOB A PERSPECTIVA AMBIENTAL E O DESCARTE DE PRODUTOS.

The Citizen, after the Federal Constitution of 1988, from the
environmental perspective and the disposal of products.

Clovis Gorczewski¹

Sherydan Engler Lara²

INTRODUÇÃO

Com o advento da Revolução Industrial ocorrida no século XVIII houve a massiva inserção no mercado de consumo de produtos advindos de linhas de produção em série, acréscimo este maximizado com o desenvolvimento de amplo processo logístico de distribuição local e globalizada, entretanto o descarte inadequado desta massiva produção projetou eventos nocivos que se expandem para além da co-

1 Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Pesquisador do Grupo Direitos Humanos. Pós-doutor pela Universidad de Sevilla (CAPES, 2007) e pela Universidad de La Laguna (CAPES/Fundación Carolina 2011); doutor em Direito (Universidad de Burgos 2002). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2148742058981322>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0511-8476>. E-mail: clovisg@unisc.br.

2 Mestrando em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, área de concentração em Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa de estudos PROSUC/CAPES, modalidade I. Integrante do Grupo Direitos Humanos. Pós-Graduado em Direito Empresarial, Direito Civil e Processual Civil na Faculdade Legale. Bacharel em Direito pela Faculdade de Itapiranga – SC (FAI) com bolsa integral pelo Programa de Universidade para Todos (PROUNI, 2017). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1274553438891622>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0008-1399-1612>. E-mail: sherydan.lara@gmail.com.

letividade temporal, operando, certamente, consequências gravosas as futuras gerações.

Com efeito, alicerçado no caráter social da Constituição Federal de 1988 e no Direito Fundamental de terceira geração ao desenvolvimento da vida em harmonia com equilíbrio ambiental, expande-se o conceito de cidadão, enquanto mero sujeito de direitos, para uma concepção de maior amplitude, atribuindo-lhe responsabilidades para com o meio ambiente, tanto presente como futuro.

Portanto, o problema da pesquisa consiste em identificar se o teor legal expresso na Constituição Federal de 1988, bem como os princípios em si contidos, além de conceder ao cidadão o direito de usufruir do meio ambiente ecologicamente equilibrado, lhe impôs deveres de contribuir para a garantia destes direitos.

A partir desta problematização, parte-se da hipótese de que a Constituição Federal de 1988 não é restrita a um instrumento jurídico de garantias de direitos frente ao Estado e aos demais indivíduos integrantes da sociedade, mas também impositora de deveres objetivos de solidariedade voltados a proteção universal dos direitos fundamentais, entre os quais a responsabilidade do cidadão pela preservação do equilíbrio ambiental.

Assim, objetiva-se compreender a concepção de cidadania, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, bem como sua dimensão ecológica em diálogo com o dever de proteção do meio ambiente sob a perspectiva do célere descarte de produtos na sociedade moderna de consumo.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizar-se-á do método de pesquisa qualitativo, através da pesquisa bibliográfica, com ponto de referência no Direito Fundamental de terceira geração ao equilíbrio ambiental expresso na Constituição Federal de 1988 dialogando com a responsabilidade do cidadão expresso na mesma norma legal. O método de abordagem aplicado é o método dedutivo.

DESENVOLVIMENTO

A definição de cidadão teve diferentes concepções ao longo da história e atualmente continua em processo de transformação, objeto de diálogos teóricos e denso estudo em muitos núcleos.

A primeira compreensão de cidadania, próxima da atual concepção, é datada do século VIII a.C, oriunda da sociedade espartana, na

qual havia igualdade entre os indivíduos no que tange a administração e defesa do Estado (GORCZEWSKI, 2018, p. 30). Sob a respectiva compreensão sobreveio, ao longo dos séculos, desenvolvimentos e retrocessos, aleatoriamente alternados até a formação da atual percepção pela sociedade moderna.

Observa-se que outras civilizações, inclusive anteriores a sociedade espartana, outrora tenham manifestado traços e elementos caracterizadores da cidadania, em última análise não é possível assim considerá-las. A título de exemplificação, nas civilizações da Grécia antiga, a cidadania estava intimamente ligada ao poder administrativo ou judicial exercido por um seletivo grupo, logo não exercida, igualitariamente, por todos os indivíduos integrantes da sociedade (GORCZEWSKI, 2009, p. 30).

Por seu turno, é válido asseverar, que o conceito de cidadão não é estático, mas sim formulado e reformulado em diferentes épocas e frente a diferentes condições históricas. Teóricos buscam estabelecer conceitos para definir o que é “ser cidadão” e constantemente deparam-se com a figura do cidadão como sujeito de direitos dentro de um determinado núcleo social, contudo essa definição não é precisa dado o caráter pluriforme da própria acepção (GORCZEWSKI, 2018, p. 15 - 22).

Na busca de estabelecer um conceito quanto a definição da cidadania, Derek Heater apresenta cinco modelos identificáveis em variadas dimensões temporais, entre eles o cidadão moderno que, advindo de sua identidade cívica, torna-se sujeito de direitos garantidos pelo Estado, mas também sujeito de responsabilidades para com este (DEREK, 2007, p. 12 - 14).

La identidad cívica se consagra en los derechos otorgados por el estado a los ciudadanos individuales y en las obligaciones que éstos, personas autónomas en situación de igualdad, de ben cumplir. Los buenos ciudadanos muestran un sentimiento de lealtad al estado y un sentido de la responsabilidad a la hora de atender sus obligaciones [...] (DEREK, 2007, p. 13).

Em que pese a respectiva dificuldade teórica quanto à definição exata do conceito de cidadania, especialmente por uma pluralidade de perspectivas de observação, sua caracterização exige o pertencimento e participação ativa do indivíduo em uma comunidade determinada, na qual este é sujeito de direitos, mas também de deveres frente a esta comunidade, normalmente um Estado (GORCZEWSKI, 2018, p. 15 - 22).

Com efeito, todo o notório esforço, especialmente de juristas para o estudo e compreensão exata da cidadania e o que profundamente significa “ser cidadão”, assenta-se na importância conferida pela Constituição Federal de 1988, que estabelece, no art. 1º, inciso II, a cidadania como fundamento da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Afirmar que a cidadania é um dos fundamentos da República significa ser ela princípio estruturante do Estado brasileiro, verdadeira diretriz informadora de seu comportamento e da ordem constitucional (NOVELINO, 2021, p. 285). Com efeito, é elementar a compressão exata da cidadania, bem como seus efeitos nos diferentes campos do direito.

Um dos campos do direito, no qual o exercício das responsabilidades enquanto cidadão demonstra-se de profunda importância, assenta-se no direito ambiental, à medida que a Constituição Federal de 1988, no art. 225³, confere a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas também o dever da coletividade em assim o conservá-lo (BRASIL, 1988).

O conceito de meio ambiente é estabelecido pela Lei 6.938/81, art. 3º, inciso I⁴, contudo pelo fato de o referido dispositivo legal exigir um elevado grau de tecnicidade interpretativa, justifica-se transcrever a definição apresentada na obra de Marcelo Abelha Rodrigues:

Portanto, a expressão “meio ambiente”, como se vê na conceituação do legislador da Lei n. 6.938/81, não retrata apenas a ideia de espaço, de simples ambiente. Pelo contrário, vai além para significar, ainda, o conjunto de relações (físicas, químicas e biológicas) entre os fatores vivos (bióticos) e não vivos (abióticos) ocorrentes nesse ambiente e que são responsáveis pela manutenção, pelo abrigo e pela regência de todas as formas de vida existentes nele (RODRIGUES, 2018, p. 54).

Por seu turno, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consiste em um direito de terceira dimensão, de caráter univer-

3 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

4 Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas

sal, fundamentado na fraternidade e não limitado apenas a indivíduos considerados singularmente, a núcleos comunitários ou mesmo a fronteiras de Estados (GORCZEWSKI, 2009, p. 138 - 135). A necessidade de sua proteção ultrapassa interesses individuais, de modo que o equilíbrio do desenvolvimento econômico perpassa, necessariamente, pela perspectiva da sustentabilidade ambiental.

Ademais, diante da vital importância da preservação do meio ambiente para a vida, saúde e perpetuação da própria humanidade, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso LXXIII⁵, estabelece, no rol dos direitos e garantias fundamentais, a possibilidade de o cidadão propor ação popular voltada a defesa e preservação do meio ambiente (BRASIL, 1988).

Nesta linha cumpre ponderar a respeito da cidadania, em sua concepção ecológica, a está intimamente ligada com o senso de responsabilidade subjetiva do indivíduo em relação à preservação ambiental:

La ciudadanía ecológica aborda el problema a un nivel diferente y más profundo -un nivel en el que la gente hacedo que debe no en función de obtener un premio lo evitar un castigo, sino porque es lo correcto-. Los consumidores reaccionan ante las señas les superficiales de las_ políticas de incentivos sin preocuparse por entender o comprometerse con la lógica que subyace a esas políticas. Los ciudadanos ecológicos, en cambio, abrigan un compromiso con ciertos principios, e intentarán<<hacerel-bien>> por motivos de justicia más que por conveniencia (DOBSON, ano, 2005 p. 61).

Verifica-se que o exercício pleno da cidadania, no que tange a aspectos ambientais, perpassa, necessariamente, pela responsabilidade do indivíduo em face do meio ambiental, não se resume, unicamente, a uma obrigação sob a qual está exposto, mas oriundo de seu senso de responsabilidade.

5 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural [...].

Portanto, o dever de manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado não é atribuído apenas do Estado, mas se estende a toda a coletividade, a cada um dos indivíduos nela integrantes. Logo, resta evidente que o exercício da cidadania perpassa, necessariamente, pelo comprometimento do indivíduo com a preservação do meio ambiente e a sustentabilidade no que tange a fruição dos recursos naturais.

Nesse diapasão surge a importância de analisar o exercício da cidadania ambiental em diálogo com o descarte de produtos advindos da sociedade consumista presente neste século, visto que, com o desenvolvimento da atividade industrial, do serviço logístico, em uma economia globalizada, verifica-se a ascensão da comercialização e descarte de bens de consumo.

Esse massivo descarte de produtos, é retratado na obra filosófica de Zygmunt Bauman, na qual é destacado que os bens de consumo satisfazem mais do que as necessidades humanas, mas principalmente desejos líquidos, instantâneos e, por vezes, não duradouros.

Difícilmente poderia ser de outro jeito, já que o consumismo, em aguda oposição às formas de vida precedentes, associa a felicidade não tanto à satisfação de necessidade (como suas “versões oficiais” tendem a deixar implícito), mas a um volume e uma intensidade de desejos sempre crescentes, o que por sua vez implica o uso imediato e a rápida substituição dos objetos destinados a satisfazê-la (BAUMAN, 2007, p. 33).

Contudo, diante da esgotável capacidade regenerativa dos recursos naturais de nosso planeta, que se mostra não suficiente a atual intensidade de consumo e o baixo índice de reciclagem (SIRVINSKAS, 2017, p. 82 - 83) a preocupação com o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e preservação ambiental torna-se imprescindível.

Neste diapasão, além na necessidade imperiosa de estudos e adoção de políticas públicas voltados à proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, também é essencial a conscientização do cidadão no que tange sua responsabilidade ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, dialogou-se sobre a concepção de cidadania enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, em debate direito com a proteção ao equilíbrio ambiental e as relações de consumo a fim de permitir o desenvolvimento sustentável.

Com efeito, em que pese o parente hiato envolvendo a cidadania, as relações de consumo e a preservação do meio ambiente, verifica-se a estreita inter-relação entre si, a medida que a caracterização do indivíduo como cidadão, sob a perspectiva ambiental, transita obrigatoriamente pelos efeitos ecológicos oriundos de suas ações dentro do mercado de consumo, especialmente às relativas ao descarte de produtos.

Assim, aparentemente o conceito de cidadania estabelecida pela Constituição Federal de 1988 transcende os limites meramente políticos, do exercício dos direitos políticos, para um viés voltado aos direitos fundamentais, entre os quais o desenvolvimento e perpetuação a vida em um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. de 2023.

DOBSON, Andrew. *Ciudadanía ecológica*. Isegoría, n. 32, p. 47-62, 2005. Disponível em: <https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/437/438>. Acesso em: 06 jun. de 2023.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. 1º ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, NuriaBelloso. *Cidadania, democracia e participação política: os desafios do século XXI*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2018.

HEATER, Derek. *Ciudadanía. Una breve historia*. Madrid: Alianza Editorial, 2007. Disponível em: https://www.u-cursos.cl/facso/2020/1/TS201011/1/material_docente/bajar?id=2963122. Acesso em: 03 jun. de 2023.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito Ambiental Esquematizado*. LENZA, Pedro (coord.). 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2021.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

O IMPACTO DA FALTA DO REGISTO DE NASCIMENTO NO EXERCÍCIO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA REFLEXÃO BASEADA NO CONTEXTO MOÇAMBICANO

The Impact of the Lack of Birth Registration on The Exercise of Human Rights: A Reflection Based on the Mozambican Context

Orlanda dos Anjos¹
Yduan de Oliveira May²

INTRODUÇÃO

A partir de uma reflexão baseada na experiência pessoal e casos observados em Moçambique, neste artigo propõe-se uma reflexão sobre *o impacto da falta do registo de nascimento no exercício dos direitos humanos em Moçambique*. Para uma breve ilustração, apresenta-se alguns dados sobre os direitos humanos na província de Cabo Delgado, palco de “ataques terroristas” desde 2017. Importa, igualmente lembrar que o país vem sendo palco de conflitos armados desde a luta armada de libertação Nacional que durou cerca de 10 anos, entre 1964 e 1974. A seguir a qual, registou-se a guerra de desestabilização/guerra civil ou guerra dos dezasseis anos, como vulgarmente conhecido, entre 1977 e 1990/2. Em consequência deste ambiente, sobretudo nas áreas directamente afectadas, infraestruturas e serviços fundamentais são destruídos

1 Mestranda em Direito Humanos pela Universidade Eduardo Mondlane (UEM), Moçambique. Pesquisadora no Grupo de pesquisas Direito e Sociedade Económica (DISE/UNESC). Endereço eletrônico: orlandasilvestre5@gmail.com.

2 Doutor em Direito. Professor visitante na UEM. Professor do PPGD/UNESC. Coordenador do DISE/UNESC. Endereço eletrônico yduan@unes.net.

e populações forçadas abondar as suas residências, cidades, localidades e a deslocarem-se para outras regiões consideradas seguras. E os direitos humanos são infalivelmente postos em causa. Neste contexto, o artigo tem como objectivo analisar em que medida o registo de nascimento permeia o exercício dos demais direitos humanos? A consecução deste objetivo será fundamentada na pesquisa bibliográfica, pesquisa documental e alguns dados do trabalho de realizado em 2019, na Província de Maputo, sobre o registo de nascimento.

DESENVOLVIMENTO

Neste ponto procura-se um enquadramento do registo de nascimento como direito humano. Para o efeito, recorre-se a alguns instrumentos de direito nacional e internacional. A nomenclatura dos seres vivos e seres não vivos é datada da antiguidade bíblica. A primeira referência a atribuição de nomes encontra-se referenciada no livro de Génesis. No entanto, na Nossa Era pode-se recorrer a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 como um dos principais instrumentos norteadores de questões inerentes a dignidade dos seres humanos. Neste instrumento, este direito não está explicitamente como tratado neste artigo, como se pode ler nos artigos seguintes:

todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei” (art. 6) e “1. todo homem tem direito a uma nacionalidade. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade” (art. 15).

Da leitura destes artigos observa-se claramente que nenhum indivíduo anónimo pode ter a sua nacionalidade reconhecida, a não se que, primeiro, lhe seja reconhecido direito a identidade como “pessoa” legal, ou seja, a “sua personalidade jurídica”. Neste âmbito, para complementar e ampliar algumas disposições da DUDH, o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966, posiciona-se de modo mais claro sobre o registo de nascimento e acrescenta o direito a um nome, nos artigos 16 e 24, a seguir:

Todo o ser humano tem direito ao reconhecimento em todos os lugares da sua personalidade jurídica (Artigo 16.º)

Toda a criança tem direito, sem discriminação alguma por motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, posição económica ou nascimento, às medidas de protecção que a sua condição de menor exige, tanto por parte da sua família como da sociedade e do Estado; Toda a criança será registada imediatamente após o seu nascimento e deverá ter um nome; Toda a criança tem direito a adquirir uma nacionalidade (Artigo 24.º)

Dada a relevância e a contínua violação dos direitos fundamentais, num espírito de continuidade no que concerne a defesa dos direitos humanos, em 2015, a Organização da Nações Unidas definiu a Agenda 2030, constituída por 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Esta agenda aborda o desenvolvimento sustentável nas dimensões social, económica, ambiental e promove a paz, a justiça e instituições eficazes. É neste âmbito que se insere esta pesquisa, focada no objectivo 16, subponto, 16.9, segundo o qual “até 2030, fornecer identidade legal para todos, incluindo o registo de nascimento”.

Em Moçambique, a Constituição da República de 2004, no seu artigo 41.º estabelece que “todo o cidadão tem direito a honra, ao bom nome, a reputação, a defesa da sua imagem pública e a reserva da sua vida privada”. Neste artigo está presente a questão da dignidade associada ao registo dos indivíduos. Entretanto, ainda é comum encontrar indivíduos, entre crianças e adultos, que não tenham sido registados, apesar de lhes terem atribuído um nome. Este facto é mais notório no meio rural, mas também se regista nos bairros suburbanos. Em ambos contextos, o principal factor é o desconhecimento do valor do registo civil, aliado a ignorância por parte dos pais ou encarregados de educação. Entretanto, sendo o país signatário de vários instrumentos de direitos humanos, a Constituição da República reconhece-os ao mesmo nível que os instrumentos internos. Várias acções têm sido levadas a cabo pelo governo com vista a aproximar os serviços de registo civil aos cidadãos, desde campanhas de sensibilização dos pais e encarregados de educação à montagem de brigadas móveis de registo de civil. Para além do meio tradicional, o registo nas conservatórias e postos de Registo Civil, as brigadas são também instaladas nas maternidades, nos círculos dos bairros e nos postos administrativos. Mais importante, o governo introdução o sistema de registo eletrónico através da Lei n.º 12/2018, de 4 de Dezembro, Lei de Revisão do Código do Registo Civil. De acordo com

o artigo 288 desta lei, “o boletim de nascimento deve individualizar o titular do registo pelo nome completo, sexo, data, naturalidade, filiação e [Número Único de Identificação do Cidadão] NUIC”. Este direito pode ser exercido de forma gratuita até quatro meses de idade (120 dias), após o nascimento da criança. Findo o prazo, até aos 13 anos o registo é feito mediante pagamento de uma taxa de cinquenta meticaís 50.00 meticaís (mts), valor que passa para setecentos e cinquenta (750.00 mts) a partir dos 14 anos em diante, mas observando um processo administrativo de justificação e averiguação.

A necessidade de averiguação tem sido um calcanhar de Aquiles no contexto de Cabo Delgado, onde devido aos ataques terroristas, pessoas de diferentes proveniências sentiram-se forçadas a procurar novos assentamentos. Neste contexto, instalou-se também um clima de desconfiança. Quem de facto é moçambicano e quem é o infiltrado, por vezes confunde-se, sobretudo quando se trata de pessoas adultas que perderam seus documentos de identificação em consequência do terrorismo.

Estima-se em “cerca de um milhão de pessoas [refugiadas em] Cabo Delgado nos últimos cinco anos, como resultado da violência terrorista que assola os distritos do norte da Província desde 2017” (Notícias, 7/10/2022, p. 6) Segundo Matthew Saltmarsh, porta-voz da Agência das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), a violência extrema e o deslocamento tiveram um impacto devastador sobre a população que assistiu a morte e estupro de entes queridos e casas e outras infraestruturas reduzidas a cinza; “os meios de subsistência foram perdidos e a educação paralisada...” as pessoas foram obrigadas a se mudar várias vezes (Idem). O artigo com o título “CENTRO DE ACOLHIMENTO DE RAPALE: mais de quinhentos (500) deslocados regressam às origens”, indica que “pelo menos quinhentos e vinte e oito (528) deslocados do terrorismo do Centro de Acolhimento de Rapale, a escassos quilómetros da cidade de Nampula, regressaram às suas origens na província de Cabo Delgado” (Notícias, 14/02/2023, p. 7).

Dados do Informe do Procurador-Geral da República de 2023, revelam a existência de crianças “sem acesso à escola, com uma assistência médica medicamentosa deficiente, muitas delas carecendo de acompanhamento psicológico”. A mesma fonte indica que com vista a colmatação desta situação, a PGR exortou as diversas entidades a adotarem medidas que garantam a protecção integral dos direitos dos menores e assistência devida. No mesmo informe o Procurador-Geral disse:

No âmbito da protecção da criança, no período em análise, de entre outras actividades, destacámos as visitas aos centros de assentamento e família de acomodação, designadamente, nas Províncias do Niassa, Cabo Delgado e Nampula, para acompanhamento da situação da criança vítima dos ataques terroristas, na perspectiva de contribuir para uma melhor promoção e protecção dos seus direitos (2022, p. 22).

Por sua vez, o ACNUR, como forma de minimizar a violação dos direitos humanos das vítimas, para além de outro tipo de apoios, ajuda os “sobreviventes de violência de género com apoio legal, médico e psicossocial, e os deslocados a obter documentação legal” (Notícias, 7/10/2022, p. 6).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A não observância do direito ao registo de nascimento e o direito ao bom nome apresenta-se como base de violação dos demais direitos civis e políticos, incluindo os sociais e económicos. Na medida em que só depois de registo é que a pessoa é considerada cidadão/cidadã de um determinado país. Depois do registo a pessoa adquire direitos e obrigações. Por exemplo, sem registo civil não é possível tratar um Bilhete de identidade, sem o qual não se pode exercer o direito de estudar, lazer no estrangeiro (sem passaporte), herança, voto, contrair matrimónio, etc. Mais ainda, como estabelecido no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966, no seu artigo 25.º:

Todos os cidadãos gozarão, sem qualquer das distinções mencionadas no artigo 2.º, e sem restrições indevidas, dos seguintes direitos e oportunidades: a) participar na direcção dos assuntos públicos, quer directamente, quer por intermédio de representantes livremente eleitos; b) votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal, por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; c) ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas do seu país.

No entanto, como fica evidente ninguém pode eleger ou ser eleito se não tiver um nome e se o tal nome não for legalmente reconhecido num determinado território.

O registo ajuda ao país a planificar-se em termos de necessidades futuras, é através do registo que o governo irá saber quantas crianças estão previstas para ingressar ao ensino primário no ano seguinte por forma a organizar as escolas, salas de aulas, formação de professores e as devidas infraestruturas.

Em caso de conflitos armados, caso uma criança se ache perdida, sem registo torna-se difícil localizar os pais ou familiares, acabando esta por ser criada num abrigo ou sujeita a adopção, perdendo definitivamente os seus laços sanguíneos.

Em Moçambique existem muitas pessoas que emigram para a Diáspora, com maior fluxo na vizinha África de Sul, de forma ilegal e se estas pessoas não estiverem registadas, a embaixada de Moçambique na África de Sul, não terá como identificar os familiares do finado por formas a transladar o corpo para que o enterro venha a ser realizado no território nacional, acabando por ser enterrado como indigente num outro território.

REFERÊNCIAS

CENTRO DE ACOLHIMENTO DE RAPALE: mais de 500 deslocados regressam aos origens”. *Notícias*. Maputo, 14 de Fevereiro de 2023. P. 7.

MOÇAMBIQUE. **Lei n.º 12/2018 de 4 de Dezembro**. Lei de Revisão do Código do Registo Civil. Boletim da República, I Série, n.º 236.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Genebra: Assembleia Geral, 1948.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos**, adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966.

PROCURADORIA-GERAL DA REPUBLICA DE MOÇAMBIQUE. **Informe anual do Procurador-Geral da Republica a Assembleia da Republica.** Maputo: PGR, 2022.

TERRORISMO Provoca Cerca de Um Milhão de Deslocados. *Notícias*, Maputo, 7 de Outubro de 2022. P. 6.

OS NEURODIREITOS COMO DIREITOS HUMANOS FRENTE ÀS EMERGENTES TECNOLOGIAS DE PERSUAÇÃO

Neuro-Rights As Human Rights In The Face Of Emerging Persuasion Technologies

Maria Laura Vieira Alves¹

Leonardo Zamparetti de Queiroz²

A quarta revolução industrial trouxe impactos sem precedentes para a sociedade, e para a individualidade de cada ser humano. À medida que as tecnologias convergem cada vez mais o digital, o físico e o biológico, o homem conquista o cérebro humano. As empresas tecnológicas cada vez mais investem na confluência da neurociência com a tecnologia. Porém, as tecnologias persuasivas já estão presentes, e atingem cada ser humano na sua privacidade. Ao utilizar a rede social e receber anúncios por meio dos algoritmos de inteligências artificiais, há a suscetibilidade de estar a mercê da psicologia da persuasão, qual atinge o inconsciente dos usuários.

A presente pesquisa visa demonstrar os impactos que as tecnologias persuasivas possuem em modelar comportamentos de usuários de forma inconsciente, minando o próprio poder de escolha e em con-

1 Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESC, vinculada à Linha de pesquisa Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos. Bolsista CAPES. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/4235842541218818>; e-mail: mlaura.valves@gmail.com

2 Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESC, vinculado à Linha de pesquisa Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos. Bolsista UNESC. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/8125211123003197>; Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-6545-065X>; e-mail: zamparetti.l@unesc.net.

sequência o direito à liberdade de pensamento. É importante mencionar que por trás da ação das empresas tecnológicas, que já colocam em prática a persuasão por meio de anúncios - que fazem usuários consumirem mais, ou mesmo votarem em um candidato específico como ocorreu nas eleições estadunidenses de 2016 -, há o capitalismo de vigilância. Ele sustenta toda a nova economia baseada na experiência humana como forma de dados, fazendo com que o indivíduo não seja mais o consumidor final, mas sim o próprio recurso de extração.

Diante de uma sociedade hiperconectada na qual as tecnologias digitais se tornaram recurso fundamental no dia a dia de cada pessoa coletando e tratando dados constantemente para posteriormente serem convertidas em anúncios por meio do neuromarketing, se questiona quais os impactos das novas tecnologias de persuasão no indivíduo, para então indagar a necessidade da expansão da tutela jurídica dos direitos humanos para os neurodireitos.

Os novos neurodireitos abarcam principalmente os direitos à identidade pessoal, ao livre-arbítrio, à privacidade mental, ao acesso equitativo às tecnologias de ampliação, e à proteção contra vieses e discriminação. Importa tal pesquisa em estabelecer limites para as tecnologias e proteção para os usuários, demonstrando que além de esferas sociais e econômicas, as tecnologias digitais também impactam nas esferas biológicas mais profundas do ser humano em nome da acumulação de capital.

Para o presente trabalho foi utilizado o método dedutivo, em pesquisa do tipo teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico diversificado em livros, relatórios, artigos de periódicos, teses e dissertações, e também documental por meio da utilização de documentos que não receberam tratamento científico, como documentos oficiais, reportagens, cartas, relatórios, entre outros.

A construção da pesquisa foi baseada em estudar o progresso tecnológico histórico até a quarta revolução industrial, bem como as características do estágio atual da sociedade tecnológica, em que as tecnologias da comunicação e informação integram a vida humana de uma forma onipresente, modificando a própria existência e condição humana. A partir disso compreender a forma de economia pautada no capitalismo de vigilância, o entendendo como uma nova face do neoliberalismo e suas implicações nas tecnologias da informação e comunicação. Como instrumento desse capitalismo de vigilância, as tecnologias de persuasão se tornam protagonistas da infosfera, gozando do neuromarketing para moldar comportamentos inconscientemente dos usuários e

seus impactos nos direitos humanos dos mesmos. Assim, por último se correlacionará o estudado com as dimensões dos direitos humanos e se indagando sobre sua dinamicidade para advogar a respeito da extensão da sua tutela para os neudireitos.

Os direitos humanos nascem após uma série de atrocidades cometidas pelo homem visando tutelar os direitos indispensáveis para uma vida digna, disciplinada pela liberdade, igualdade e dignidade (RAMOS, 2018, p. 29). O progresso técnico é indispensável para o desenvolvimento do ser humano, sendo marcado pelas revoluções industriais que modificaram profundamente a sociedade, impactando paradigmas de estruturas sociais e sistemas econômicos (SWHAB, 2019, p. 26). Porém, o progresso técnico também permite o aumento da capacidade do homem de dominar além da natureza, mas também outros homens – isso é, o aumento do poder do homem sobre o homem - (BOBBIO, 1992, p. 9). A partir do momento em que o homem detém mais poder para dominar outro homem, a tutela de direitos humanos precisa expandir para abranger os “novos direitos” (WOLKMER, 2013, p. 123-124). Historicamente foi visto que os direitos humanos não são imutáveis, mas sim dinâmicos como a sociedade, nascendo “quando devem ou podem nascer” (BOBBIO, 1992, p. 9). Exemplo é a crescente valoração de bens e ampliação dos sujeitos coletivos portadores de direito, que resultou em um conflito com a clássica dogmática jurídica e suas tutelas individualistas, mas criou uma nova forma de teoria jurídica para garantir a tutela de ‘novos’ direitos (WOLKMER, 2013, p. 123-124). Esses “novos direitos” criaram dimensões³, pois os clássicos direitos que até então era nos concedidos, se expandiram, formando sucessivas dimensões de direito (ALBERTON, 2019, p. 16).

Destarte, a evolução tecnológica representa um momento em que se precisa observar os novos direitos que os indivíduos necessitam para uma plena vida digna em uma sociedade informacional com o contexto do capitalismo de vigilância. Em retrospectiva, observa-se mudanças profundas na sociedade suscitadas pelas revoluções indus-

3 Apesar de haver divergência doutrinária entre a terminologia “dimensão” ou “geração”, o presente trabalho utilizará o termo “dimensão”, ao passo que uma dimensão de direitos humanos não exclui a anterior, apenas a complementa e expande a gama de direitos. O termo “gerações” pode transmitir ideia de que a evolução poderia fazer com que a geração nova substituísse a antiga, ideia equivocada de direitos humanos (DIÓGENES JUNIOR, S.D).

triais⁴. A terceira revolução industrial, ou revolução digital, despontou em meados de 1960 com o desenvolvimento da tecnologia digital em software, hardware e telecomunicações, transcendendo os limites das nações. Nessa fase as comunicações se aceleraram, os contatos comerciais mudaram para o novo nível internacional e unidades industriais operavam em todo o mundo em um processo que chegou a ser chamado de “globalização” (STEARNS, 2021, p. 190). A criação da internet e da computação pessoal ocorreu nessa revolução, as tecnologias da informação e comunicação (SCHAWB, 2016, p. 27), trazendo impactos sem precedentes no qual nem mesmo a dogmática jurídica se adaptou. Ainda, para Schawb (2016, p. 19) a quarta revolução industrial está ocorrendo, baseada na sofisticação e integração das tecnologias da revolução anterior. Há uma fusão e interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos presentes.

A quarta revolução industrial também marca uma nova forma de viver dos seres humanos. Luciano Floridi denomina esse disruptão da forma de viver como “*hyperstory*”. Consubstancia a “*hyperstory*” como a última e atual fase da linha temporal da sociedade que caracteriza as formas de se relacionar com as tecnologias de informação e comunicação advindas da revolução digital. Como prelúdio, há a “*prestory*” período em que não haviam tecnologias digitais⁵. Após, a “*history*” progressivamente sucedeu e as tecnologias de informação e comunicação se relacionaram com o indivíduo e seu bem-estar, apenas registrando e transmitindo dados. Importante destacar que muitas sociedades ainda vivem essa fase, no qual as tecnologias relacionadas à recursos primários e energia ainda são as mais importantes. Mas, a nova era já ascendeu. Floridi (2014, p. 52) a intitula de *hyperstory*, já que a sociedade se tornou dependente das tecnologias digitais. Esse tipo de tecnologia além de re-

4 A primeira revolução industrial, ocorrida aproximadamente entre 1760 e 1840, foi responsável por transformar a economia mundial consolidando o capitalismo. Foi marcada pela substituição da manufatura pela produção mecânica, e pela construção de novas formas de transporte como as ferrovias e o navio a vapor, que concomitantemente estimularam as mudanças socioeconômicas, como a introdução de mão de obra especializada e sistema de fábrica. A segunda revolução industrial surgiu com a produção em massa mecanizada, e pelo advento da eletricidade, do telefone, do automóvel, de novas aplicações do aço e do petróleo. Ambas revoluções contribuíram profundamente para o aumento da produção em relação ao padrão antecedente, qual gerou um aumento no poder de compra e nos padrões de vida para segmentos da população (SMITH, 2019, p. 2-26).

5 Floridi (2014) menciona as tribos indígenas como ainda participantes da era story.

gistrar e transmitir, processa dados, cada vez mais autonomamente, e essas sociedades humanas tornaram-se vitalmente dependente dessas tecnologias e da informação como recurso fundamental⁶.

A dependência configurada entre a sociedade e as tecnologias digitais, suscitou mudanças no capitalismo, dando início a era do capitalismo de vigilância. Assim, a partir do momento que o mercado encontra na vida privada dos indivíduos um novo recurso a ser transformado em mercadoria, avança o capitalismo industrial para o capitalismo de vigilância, definida por ser “uma nova ordem econômica que reivindica a experiência humana como matéria-prima gratuita para práticas comerciais dissimuladas de extração, previsão e vendas” (ZUBOFF, 2019, p. 15). O capitalismo de vigilância surge com a ascensão das práticas de publicidade direcionada, baseada em mercados futuros comportamentais dos usuários. Todavia, seu desenvolvimento foi colossal e hoje “seus mecanismos e imperativos econômicos tornaram-se o modelo-padrão para a maioria dos negócios que têm a internet como base” (ZUBOFF, 2019, p. 25).

Deste modo, uma vez que Ford revolucionou a produção, desenvolvendo o capitalismo industrial, Shoshana Zuboff (2019, p. 113-114) concebe a empresa de tecnologia Google como a pioneira na revolução do capitalismo de vigilância, ao passo que foi responsável por revolucionar a extração. A gigante tecnológica superou a lógica da oferta e demanda idealizada pelo capitalismo industrial, reinventando-se entorno dos anunciantes ao explorar o comportamento on-line para buscar uma vantagem no mercado, que viria a ser uma nova ordem econômica. Todavia, eventualmente as práticas estenderam às outras mídias sociais que logo adquiriram um modelo de acumulação de capital baseado em publicidade. Um exemplo é que substancialmente a maior parte da receita do Facebook provém de propagandas, em 2021 mesmo com o impacto da pandemia covid-19, a receita de publicidade, cresceu 56%, para US\$ 28,6 bilhões (ISAAC, 2021). A entidade corporativa que

6 Significativo mencionar o papel do Estado em cada período, já que como as tecnologias, esse agente é um fenômeno histórico. Na pré-história, a estrutura social não tinha o Estado. Na “*history*”, as comunidades se tornaram sociedade políticas, e o Estado era o agente maior da informação. Já, a transformação digital trouxe uma nova realidade que demanda análise. Na “*hiperstory*”, o Estado não é mais o apenas, e às vezes nem mesmo o principal agente na arena política que pode exercer poder informativo sobre outros agentes informativos, em particular sobre grupos de organismos humanos informativos (FLORIDI, 2014, p. 63).

detém o Google e suas ferramentas, a *Alphabet inc.*⁷, obteve cerca de 80% de sua receita este ano com os anúncios que vemos ao pesquisar na web, assistir a vídeos do YouTube, verificar o Google Maps e muito mais (FORBES, 2019).

Cada vez mais as tecnologias digitais se integram, unindo as mídias sociais com inteligência artificial, *machine learning* e *data science*, para atingir o público certo e garantir a eficácia da publicidade. Os algoritmos buscam entender os dados dos consumidores para tirar conclusões e correlações a partir deles. Assim, eles diagnosticam, preveem e planejam comportamentos, tornando cada vez mais eficaz a publicidade em mídia à medida que é exposto a mais dados (AGUILHAR, S.D). O cumulativo de tempo que os usuários passam em redes sociais está intimamente associado à atividade de compras, já que quanto maior o tempo do usuário online, maior será o fluxo de informações/produtos a qual o mesmo estará exposto (ZHANG; TRUSOV; STEPHEN; JAMAL, 2017). Assim, as forças do mercado estão rapidamente migrando e se expandindo ao mundo tecnológico, onde os usuários ficam expostos a uma abundância de anúncios⁸ e pressões de consumo⁹, que generalizam a comercialização.

Mas qual o poder de influência desses mecanismos além do consumo? Inteligência artificial não pode prever o comportamento da pessoa, mas pode modelar combinando IA e neurociência para um marketing persuasivo (GHUMAN, 2020). Um evento que demonstrou o alcance dessa tecnologia persuasiva, foi quando a empresa *Cambridge*

7 A Google reestruturou seu negócio. Ela dividiu seus projetos, como carros autônomos e pesquisas anti-envelhecimento, em empresas separadas. A *Alphabet* é agora a empresa-mãe de todas essas empresas menores, uma das quais é o Google (GOLDMAN, 2015).

8 Os anúncios são tantos, que os usuários estão optando pelo bloqueio deles. Em pesquisa realizada pela PageFair e Adobe em 2020 mostrou que o uso de bloqueadores de anúncios (AdBlock) aumentou 64% desde dezembro de 2016. Até final de 2019, cerca de 763 milhões de dispositivos estavam bloqueando anúncios (KRATKY-KATZ, 2020)

9 Em comportamentos ainda mais impertinentes, as empresas investem nas estratégias de publicidade intituladas *remarketing* e o *retargeting*. Ambas estratégias consistem no incessante oferecimento de determinados produtos para os usuários taxados como potenciais compradores. Porém, o *remarketing* taxa usuários que clicaram no anúncio (mesmo que por descuido), e o *retargeting* basta o usuário estar dentro das características de compradores “perfeitos” de acordo com seus dados (LIÑÁN, 2015)

Analytica foi capaz de tratar informações digitais para manipular a opinião dos usuários por meio de propagandas falsas direcionadas a cada usuário para eleger Donald Trump como presidente dos Estados Unidos em 2016, e levar a campanha Brexit como vitoriosa, resultando na saída do Reino Unido da União Europeia. Obtiveram êxito ao desenvolver o algoritmo que lhes possibilitava utilizar os dados violados de usuários do Facebook, para traçar um perfil de personalidade que previa o comportamento de cada um (BERIT e HORVATH, 2017).

Assim, propagandas persuasivas inundam as tecnologias digitais, que as servem de ferramenta para transmissão, e provém dados de usuários para a publicidade personalizada e persuasiva, fazendo com que cada vez mais o poder de escolha da sociedade diminua gradativamente (HARARI, 2018, p. 36). Ainda, as publicidades não atingem só o poder de escolha externo, mas também impactam na autopercepção do usuário. Em estudo conduzido, concluiu-se que essas tecnologias persuasivas têm capacidade para mudar como os consumidores veem a si próprios, fazendo-os achar que possuem características que as propagandas induzem (SUMMERS; SMITH; RECZEK, 2016).

Em 2002, BJ Fogg, diretor do centro de pesquisa de tecnologia persuasiva da Universidade de Stanford, questionou em sua obra “até que ponto e com que eficácia as tecnologias persuasivas chegarão a nossas vidas?” (FOGG, 2002, p. 12). Atualmente já se viu a eficácia e o poder de influência das tecnologias persuasivas nos casos supramencionados. Agora, se torna imprescindível questionar como se pode proteger as mentes dos usuários dessas tecnologias persuasivas.

Dessa forma, a expansão da tutela jurídica dos direitos humanos para incorporar os neurodireitos se torna necessária frente ao avanço tecnológico culminado com a neurociência, ao passo que o neuro-marketing proveniente dessa nova ciência afeta direitos já concebidos pela declaração universal de direitos humanos, como o direito à liberdade de pensamento. Os impactos dessa ciência já são vistos nos usuários de redes sociais que ficam suscetíveis à anúncios que moldam seu comportamento de forma inconsciente. Assim, o ser humano há de ser protegido dessa nova forma de controle promovido pelas engrenagens do capitalismo de vigilância.

REFERÊNCIAS

AGUILHAR, Ligia. **5 ways machine learning can improve advertising**. Strike Social, [on-line], S.D. Disponível em: <<https://strikesocial.com/blog/what-is-machine-learning/>> Acesso em: 10 nov. 2021.

BERIT, Anderson; HORVATH, Brett. **The rise of the weaponized AI propaganda machine**. Scout, 2017; Disponível em: <<https://medium.com/join-scout/the-rise-of-the-weaponized-ai-propaganda-machine-86dac61668b>> Acesso em: 10 nov. 2021

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

FLORIDI, Luciano. **The fourth revolution: how the infosphere is reshaping human reality**. Oxford University Press, 2014.

FORBES. **Is Google Advertising Revenue 70%, 80%, Or 90% Of Alphabet's Total Revenue?**. 2019. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/greatspeculations/2019/12/24/is-google-advertising-revenue-70-80-or-90-of-alphabets-total-revenue/?sh=279988594a01>> Acesso em: 10 nov. 2021.

FOGG, Brian Jeffrey. **Persuasive technology: using computers to change what we think and do**. São Francisco: Morgan Kaufmann Publishers, 2002.

GOLDMAN, David. **What is Alphabet: in 2 minutes**. Nova York: CNN Business, 2015. Disponível em: <<https://money.cnn.com/2015/08/11/technology/alphabet-in-two-minutes/index.html>> Acesso em 10 nov. 2021.

GHUMAN, Prince. **Neuromarketing and the Future of A.I. Driven Behavior Design**. TEDxHultLondon: YOUTUBE, 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=LpJvuPOG40M>> Acesso em: 10 nov. 2021

HARARI, Yuval. **21 lições para o século 21**. Companhia das Letras, 2018.

ISAAC, Mike. **Facebook's profit surges 101 percent on strong ad sales**. Nova York: New York Times, 2021. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2021/07/28/business/facebook-q2-earnings.html>> Acesso em: 10 nov. 2021.

KRATKY-KATZ, Martin. **BT/PageFair 2020 Report: Growth of the Blocked Web**. Blockthrough, [on-line], 2020. Disponível em: <<https://blockthrough.com/blog/2020-adblock-report-3/>> Acesso em: 10 nov. 2021.

LIÑÁN, José Manuel Abad. Por que esse anúncio da Internet não para de me perseguir?. El País, 2015. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/13/tecnologia/1444761762_059471.html> Acesso em 10 nov. 2021

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2018

SCHAWB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SMITH, B. **The third industrial revolution**: Policymaking for the Internet. Science and Technology Law Review, [S. L.], v. 3, 2019.

STEARNS, Peter. **The industrial revolution in world history**. 5. ed. Nova York: Routledge, 2021.

SUMMERS, Christopher A.; SMITH, Robert W.; RECZEK, Rebecca Walker. An Audience of One: behaviorally targeted ads as implied social labels. **Journal Of Consumer Research**, [S.L.], v. 43, n. 1, p. 156-178, 24 fev. 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. **Revista Juridica**, [S.L.], v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013.

ZHANG, Yuchi; TRUSOV, Michael; STEPHEN, Andrew T.; JAMAL, Zainab. Online Shopping and Social Media: friends or foes?. **Journal Of Marketing**, [S.L.], v. 81, n. 6, p. 24-41, 2017.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

TRADIÇÕES E APORTES TEÓRICOS PARA UMA CULTURA DOS DIREITOS HUMANOS: DE CABO VERDE À AMÉRICA LATINA

Traditions and theoretical contributions to a human rights culture: from Cabo Verde to Latin America

Luís Guilherme Nascimento de Araujo¹

Carlos Filipe Lima Oliveira²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta uma revisão teórica de duas tradições teóricas de desenvolvimento dos direitos humanos, a europeia e a latino-americana, tendo como problema as formas como duas tradições de bases distintas podem igualmente contribuir para a construção de uma cultura dos direitos humanos complexa e aberta às necessidades de cada formação social. A hipótese é que ambas tradições apresentam contributos para o enfrentamento de desafios contemporâneos envolvendo

1 Luís Guilherme Nascimento de Araujo; Universidade de Santa Cruz do Sul; Grupo de Pesquisa “O cidadão brasileiro pós-Constituição de 1988”; mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa Prosuc/Capes, modalidade II. E-mail: guilhermedearaujo@live.com.

2 Carlos Filipe Lima Oliveira; Universidade de Santa Cruz do Sul; Grupo de Pesquisa “O cidadão brasileiro pós-Constituição de 1988”; mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa da Internacionalização da UNISC. E-mail: carlosoliveira.dir.7@gmail.com.

a concretização dos direitos humanos nacional e internacionalmente. Utilizou-se da técnica de pesquisa bibliográfica teórico-conceitual.

1. Direitos humanos em luta: a realidade de Cabo Verde e a tradição europeia de direitos humanos

Em Cabo Verde, um arquipélago situado no Atlântico, na costa oeste de África, rico em história e diversidade cultural, a tradição europeia desempenhou um papel significativo na concepção e garantia dos direitos humanos. Ao compreender essa interação, pode-se valorizar a importância de um diálogo intercultural na promoção de uma sociedade mais justa e inclusiva, em conformidade com os princípios universais dos Direitos Humanos. Ao explorar o histórico dos Direitos Humanos em Cabo Verde, torna-se evidente que a luta está enraizada num contexto complexo e diversificado. Com influências históricas e legais, incluindo a tradição europeia, os direitos fundamentais têm sido gradualmente reconhecidos e protegidos ao longo do tempo.

Cabo Verde, durante séculos, foi uma colónia portuguesa, e a tradição europeia moldou significativamente a percepção e a promoção dos Direitos Humanos no país. Com o fim do domínio colonial, em 1975, e a conquista da independência, a nação cabo-verdiana encontrou-se perante o desafio de estabelecer um enquadramento legal e institucional que garantisse a proteção desses direitos a todos os seus cidadãos.

Desde a sua independência, Cabo Verde, assim como outros Estados-membros da ONU, tem se empenhado em promover a paz e a segurança internacional. Para alcançar esse objetivo, o país adotou uma estratégia baseada na cooperação para o desenvolvimento, enfatizando a promoção dos direitos humanos e buscando garantir as liberdades fundamentais de todos os indivíduos, independentemente de raça, sexo, língua ou religião. Apesar da Declaração dos Direitos Humanos em 1975, época da independência de Cabo Verde, ainda havia a necessidade de um período de adaptação no arquipélago até a consolidação desses direitos na Segunda República. A simples enumeração e declaração formal dos direitos fundamentais do ser humano, por si só, não é suficiente para garantir sua efetividade, pois isso depende da obediência ou não de cada país (RIBEIRO, 2011).

A conquista da independência por parte de Cabo Verde representou a concretização de um direito fundamental, o direito à soberania.

A Constituição da República de 1980 estabeleceu o arquipélago como uma república soberana, democrática, laica, unitária, anticolonialista e anti-imperialista (CRCV, 1980, Art. 1º). Além disso, a Constituição afirmava que Cabo Verde era um Estado de democracia nacional revolucionária, baseado na unidade nacional e na efetiva participação popular, com o objetivo de construir uma sociedade livre da exploração do ser humano pelo ser humano (CRCV, 1980, Art.º 3).

No entanto, o país enfrentou grandes desafios em termos de liberdade e igualdade, uma vez que o regime de partido único constantemente violava o direito à liberdade de participação política. O sistema de partido único em Cabo Verde limitou o pleno exercício dos direitos fundamentais, embora tenham sido realizados avanços significativos no sentido de uma certa “abertura” e do desenvolvimento de direitos de natureza socioeconómica, como saúde, educação e redução da pobreza. Cabo Verde, com recursos limitados e devido à configuração do seu antigo regime, enfrentou dificuldades objetivas na plena concretização de alguns direitos fundamentais. No entanto, foram dados passos fundamentais no campo dos direitos humanos, reconhecendo-se que se trata de uma tarefa árdua e inacabada, que requer um processo contínuo de incorporação de novas dimensões. Esse processo foi impulsionado em certa medida pela abertura política a partir de 1991 (MONTEIRO, 2016).

A questão da democratização dos regimes, nos anos noventa, não foi exclusiva da América Latina. No continente africano, também ocorreu a busca pelo fim dos regimes autoritários, que se revelaram incompatíveis com a noção de liberdade, inalienabilidade dos direitos e respeito pelo ser humano como centro e protagonista de todas as ações sociais e políticas. Dessa forma, o arquipélago de Cabo Verde foi impactado pela terceira onda de democratização, ocorrida no final do século XX (HUNTINGTON, 1994), na qual as instituições ganharam confiança e permitiram o estabelecimento de um regime democrático moderno. Esse processo de democratização possibilitou a participação da sociedade nas decisões políticas, colocando em prática o exercício da cidadania tanto em relação aos direitos quanto aos deveres. Um regime democrático moderno é aquele que garante aos cidadãos os direitos constitucionalmente reconhecidos e no qual há competição entre os atores políticos para governar (SCHMITTER; KARL, 1991).

Conforme os compromissos assumidos perante a comunidade internacional, a Constituição de Cabo Verde, de 1992 (última revisão em 2010), possui uma seção independente dedicada aos direitos e deve-

res fundamentais. De acordo com o portal do Governo cabo-verdiano, Cabo Verde é uma República soberana, unitária e democrática, que assegura o respeito à dignidade da pessoa humana e reconhece a inviolabilidade e inalienabilidade dos direitos humanos como base de toda a comunidade humana, da paz e da justiça (MESQUITA, 2015).

A adesão de Cabo Verde a tratados e convenções internacionais, muitos deles influenciados pela tradição europeia, fortaleceu a proteção dos Direitos Humanos no país. A ratificação de instrumentos internacionais, como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, estabeleceu um marco legal importante para a promoção dos direitos fundamentais e contribuiu para a harmonização das leis cabo-verdianas com os padrões internacionais.

Diante dos desafios contemporâneos, a tradição europeia continua a exercer um papel importante na evolução dos Direitos Humanos em Cabo Verde. No entanto, é importante reconhecer que a tradição europeia não é a única influência na proteção dos Direitos Humanos em Cabo Verde. O país também tem raízes culturais e históricas distintas, que moldaram suas perspectivas e abordagens específicas em relação aos direitos fundamentais.

2. Direitos humanos desde a América Latina

Neste tópico propõe-se abordar os direitos humanos a partir de uma demarcação crítica da teoria jurídica latino-americana, com os aportes da teoria da dependência e do pensamento descolonial. Tem-se que a racionalidade jurídica moderna, jusnaturalista, de base idealista, ou positivista, de cunho lógico-instrumental, compõe o arcabouço que caracterizou a percepção dominante acerca do fenômeno jurídico desde a consolidação e expansão do capitalismo e da ordem social por ele inaugurada (WOLKMER, 2009). Nesse sentido, a teoria dos direitos humanos conformou-se engendrada filosoficamente pelo evoluir histórico da sociabilidade capitalista, haja vista o papel fundamental que a forma jurídica assumiu como instrumento de gerência das relações sociais inerentes a esse sistema (PACHUKANIS, 2017).

Como perspectiva crítica latino-americana, contraposta a esse cenário, considera-se a forma teórico-prática de questionamento e ruptura com o hegemônico partindo da conflituosidade da história de cada formação econômico-social para a operacionalização de novas práticas

sociais emancipatórias (WOLKMER, 2009). Apoiando-se nisso, destaca-se a necessidade de situar ontologicamente o problema dos direitos humanos na América Latina colonizada e dependente, para a penetração desse fenômeno na totalidade vigente da modernidade capitalista e para a negação dessa totalidade em seus aspectos colonizadores como condição de possibilidade para se levar a cabo um projeto de emancipação do sujeito latino-americano (DUSSEL, 1995).

Entende-se, assim, os direitos humanos como um complexo que pode ser concebido como conceito e como prática convergentes com o “processo prático de libertação” (DUSSEL, 1995, p. 31) desde uma interpretação crítica desse fenômeno, isto é, desde uma interpretação que distingue a sua tônica emancipatória das suas formas conservadoras. Essa concepção faz perceber o rico panorama de possibilidades teóricas que se faz aberto a partir da abordagem do fenômeno jurídico considerando suas possíveis intersecções com a teoria de dependência e da descolonialidade.

Entende-se que, além do pensamento descolonial, a teoria marxista da dependência (TMD) apreende a dinâmica das formas sociais, uma vez que expressa leis tendenciais próprias na configuração do capitalismo regional, promovendo a derivação de uma forma política estatal eivada de estruturas condizentes com a perpetuação das condicionantes da dependência (LUCE, 2018), conformada, ao mesmo tempo, por uma série de relações jurídicas que, em última instância, remetem igualmente à manutenção da desigualdade no cenário do mercado mundial.

Nesse contexto, o entendimento dos direitos humanos como processos de luta por condições igualitárias de acesso aos bens necessários para uma vida digna se desenvolve por diferentes caminhos e totalidades (HERRERA FLORES, 2009). Essa sobreposição de fatores e categorias na análise crítica dos direitos humanos proporciona, por sua vez, a consideração das particularidades que, na realidade concreta de cada formação econômico-social, assumem papel fundamental e determinante. Entende-se que os direitos humanos e suas lutas, na periferia do sistema capitalista, são únicos porquanto sua articulação nesse modo de produção totalizante se realizou mediante relações econômicas e políticas que determinaram uma distribuição desigual dos bens necessários para a busca da vida digna (HERRERA FLORES, 2009).

Assim, a consideração das categorias da dependência e da descolonialidade se constituem como aportes para proporcionar à investigação dos direitos humanos as complexidades que o concretizam. A

teoria da dependência e o pensamento descolonial expõem estruturas que interferem na conformação do panorama jurídico-estatal latino-americano e, portanto, evidenciam os limites para a concretização dos direitos humanos no subcontinente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, tem-se que os direitos humanos em Cabo Verde estão intrinsecamente ligados à tradição europeia, que desempenhou um papel fundamental na sua concepção e proteção. A influência europeia, através de valores iluministas e marcos legais, contribuiu para a conscientização e promoção dos direitos fundamentais no país. No entanto, apesar dos avanços significativos, persistem desafios que exigem esforços contínuos. A educação em direitos humanos e a conscientização pública são ferramentas cruciais para superar tais desafios e promover uma cultura de respeito e inclusão. Ao unir a tradição europeia e as raízes culturais cabo-verdianas, é possível avançar na proteção dos direitos humanos.

Arelado a isso, tem-se que a tradição crítica da teoria latino-americana dos direitos humanos apresenta ferramentas teóricas para a constituição de uma prática reivindicatória por diversas dignidades, atrelando à luta cotidiana por condições dignas de vida o questionamento às estruturas sociais que originam esse cenário desigual e exploratório. Nesse sentido, entende-se que ambas tradições apresentam relevantes contributos para o enfrentamento dos complexos desafios hodiernos que envolvem a concretização dos direitos humanos nacional e globalmente.

REFERÊNCIAS

CABO VERDE. [Constituição (1980)]. Constituição da República de Cabo Verde.

CABO VERDE. [Constituição (1992)]. Constituição da República de Cabo Verde. 1. ed. Praia: Imprensa Nacional, 2010.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995.

HERRERA FLORES, Joaquin. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HUNTINGTON, Samuel. *A Terceira Onda: a democratização no final do século XX*. São Paulo: Ática, 1994.

JERÓNIMO, Patrícia (org.). *Os Direitos Humanos no Mundo Lusófono: O Estado da Arte*. Observatório Lusófono dos Direitos Humanos Edição. Braga, 2015. Disponível em: <https://oldhum.weebly.com/os-direitos-humanos-no-mundo-lusofono.html>. Acesso em: 11 Julho 2023.

LUCE, Mathias Seibel. *Teoria marxista da dependência: problemas e categorias – uma visão histórica*. São Paulo: Expressão Popular, 2018.

MONTEIRO, Nataniel Andrade. *Compreender os Direitos Humanos em Cabo Verde: Da retórica político-filosófica à práxis jurídica*. InterEspaço: Revista De Geografia E Interdisciplinaridade, 2(4), 147–161. <https://doi.org/10.18766/2446-6549/interespaço.v2n4p147-161>. Disponível em: <http://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/interespaço/article/view/4926>. Acesso em: 11 Julho 2023.

PACHUKANIS, Evguéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017.

RIBEIRO, Marcus Vinícius. *Direitos Humanos*. São Paulo: Montecristo Editora, 2011.

SCHMITTER, Philippe; KARL, Terry. *What Democracy is... and is not*. *Journal of Democracy*, v. 2, n. 3, p. 75-88, 1991.

WOLKMER, António Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

UM MURO CHAMADO “INFORMALIDADE”: A PRECARIEDADE LABORAL DOS REFUGIADOS E OS PRINCIPAIS ÓBICES ENCONTRADOS NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS NOS MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS

A Wall Called “Informality”: the precarious work of refugees and the main obstacles encountered in the realization of labor rights in migratory movements

Guilherme Vieira Barbosa¹

Carlos Eduardo de Abreu Boucault²

INTRODUÇÃO

Dia após dia, enormes contingentes de refugiados acolhidos pelos mais variados países ao redor do globo necessitam de amparo e suporte humanitário, jurídico, educacional, de saúde e também laboral

-
- 1 Mestre e Doutorando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP) sob orientação do Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault. Facilitador e Pós-graduando no programa de Formação Didático-Pedagógica para Cursos na Modalidade a Distância junto à Universidade Virtual do Estado de São Paulo (UNIVESP). É advogado. E-mail: guilhermevieirabarbosa@gmail.com;
 - 2 Pós-Doutor pela Albert-LudwigsUniversität, Doutor em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). É professor assistente doutor da Universidade Estadual Paulista (UNESP), professor titular da Universidade Nove de Julho (UNINOVE) e professor titular da Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP). E-mail: boucdexter@gmail.com

no país que os acolhem e onde buscam socorro. Para o migrante é uma nova história, é preciso recomeçar, e para isso, para fixar raízes, mostra-se necessário oportunizar trabalhos e empregos dignos que atestem a possibilidade desse recomeço.

Todavia, essa não é a realidade simples encarada pelos refugiados, pois ainda que adentrem legalmente como refugiados nos países, acabam sofrendo percalços, discriminações e entraves que dificultam sua estadia, permanência e desenvolvimento como ser humano ali em território estrangeiro. São inúmeros os grandes obstáculos enfrentados por esses migrantes forçados para reestruturarem suas novas vidas, como a falta de moradia e emprego, ou então, a dificuldade de obtê-los de forma digna e humana, já que quando conseguem inserir-se no mercado de trabalho, por exemplo, são submetidos a condições degradantes e genéricas que jamais atendem suas reais necessidades. Apenas postergam o problema para outro plano. É uma situação extremamente delicada, pois no geral, o melhor que os refugiados terão é a informalidade e o mínimo para sua subsistência.

Dessa forma, através do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, utilizando textos e publicações nacionais e do direito comparado, almeja-se aqui expor as graves infrações aos direitos trabalhistas e personalíssimos a que são submetidos diariamente os refugiados que se arriscam a ingressar no país, fugindo para sobreviver, mas que ali apenas encontram péssimas oportunidades laborais, extrema informalidade, terríveis condições de trabalho e salários insatisfatórios incondizentes muitas vezes com sua formação e qualificação. Assim, objetiva-se analisar brevemente quais são as principais causas e dificuldades que impossibilitam a inserção adequada dos refugiados no mercado de trabalho dos países que os recebem, bem como a sua inserção em um panorama laboral que se mostra hostil e nada receptivo a essa mão-de-obra estrangeira. Com isso, objetiva-se aqui explanar e discutir a frágil efetividade e garantia dos direitos humanos ao trabalho decente de refugiados e seus impactos na coletividade e Estado que se propõe a recebê-los.

1. Refugiados: quem são?

Pode-se afirmar que o surgimento do contexto e das discussões acerca da tutela dos refugiados se deram com a Liga das Nações (ANDRADE, 1996, p. 20), após 1921, com a criação de organismos tempo-

rários em janeiro de 1939, o Alto Comissariado da Liga das Nações para os Refugiados e o Comitê Intergovernamental para os Refugiados.

Esses acontecimentos, ou seja, os enfoques ao instituto do refúgio, só foram possíveis mediante os fatos ocorridos durante e posteriormente a Primeira Guerra Mundial, sendo a Segunda Guerra Mundial³ responsável pela consolidação do refúgio internacionalmente e pela criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR); cabendo as guerras civis atuais, sobretudo as africanas e os confrontos orientais serem responsáveis por manter os refugiados na mídia, demonstrando que o tema ainda tem muito a ser descoberto e abordado, alavancando para uma atenção contemporânea para o assunto nas legislações nacionais.

Foi intensificada e com maior abrangência somente depois do surgimento da ONU, e atualmente regulamentados e geridos pelo ACNUR e seu Estatuto dos Refugiados elaborado na Convenção de 1951, que recebe seu nome, e aperfeiçoado pelo Protocolo de 1967. Em suma:

O fim da Segunda Guerra Mundial e as convulsões verificadas no mundo, a guerra fria e os movimentos de libertação nacional provocaram o deslocamento de milhares de pessoas em busca de um país onde o regime político-econômico lhes fosse favorável. Uma das consequências da confrontação entre a Europa Ocidental e a Europa Oriental foi precisamente a adoção pelos países do Ocidente de legislações destinadas a proteger os cidadãos do leste que conseguissem emigrar. Esta política liberal acabou por provocar uma onda de emigrantes, muitos vindos das antigas possessões africanas ou asiáticas, criando inúmeros problemas sociais. (ARAÚJO, 2001, p. 12)

De forma breve e sucinta, tem-se como os motivos clássicos, que constituem em características próprias, pessoais e inerentes dos refugiados, e que acarretam o fluxo de refúgio e a intensificação da concessão de asilo a indivíduos oriundos dos fenômenos migratórios são: a raça, a nacionalidade, a opinião política, a religião e a filiação a determinado grupo social (JUBILUT, 2007, p. 113-114). Esses motivos foram apresentados pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, e posteriormente pelo documento que a aperfeiçoou, oPROTO-

3 Durante tal conflito, a atuação dos órgãos especializados foi impedida devido ao intenso fluxo migratório, e só havia a possibilidade de mudança para os países ditos neutros do entrave armado, que eram Suécia, Suíça, Espanha e Portugal.

lo de 1967; sendo assim, considerados fatos louváveis, por apresentar uma definição abrangente e qualificada do *status* de refugiado, até então inexistente. Tais motivos clássicos têm por primazia de suas origens os princípios fundamentados e imortalizados pela Revolução Francesa de 1789: a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Cabe destacar que essa conceituação do instituto do refúgio conforme a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967, baseia-se no fundado medo de perseguição em virtude de motivos étnicos, religiosos ou políticos; e é estruturada em torno do princípio *non-refoulement*, ou seja, a impossibilidade de retorno forçado do refugiado a um país onde ele possa sofrer outras perseguições.

Em outros termos, os motivos clássicos, que constituem em características próprias, pessoais e inerentes dos refugiados, e que acarretam o fluxo de refúgio e a intensificação da concessão de asilo a indivíduos oriundos dos fenômenos migratórios são: a raça, a nacionalidade, a opinião política, a religião e a filiação a determinado grupo social; adiciona-se a essa lista as situações de guerra e os fenômenos ambientais. É nesse contexto que tem se inserido à tutela dos direitos e deveres de todos os milhões de refugiados em torno do mundo. De uma maneira mais técnica, tem-se a definição da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967⁴, apresentada por Flávia Piovesan, como refugiado sendo toda pessoa:

Devido ao fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou opiniões políticas, está fora do país de sua nacionalidade, e não pode ou, em razão de tais temores, não queira

4 Sobre o *status* de refugiado: art. 1º, §1º, c, da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, *inverbis*: “Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.” E art. 1º, §2º, do Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967, *inverbis*: “Para os efeitos do presente Protocolo, o termo refugiado deverá, excepto em relação à aplicação do parágrafo 3 deste artigo, significar qualquer pessoa que caiba na definição do artigo 1, como se fossem omitidas as palavras como resultado de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951 e... e as palavras ... como resultado de tais acontecimentos, no artigo 1-A (2).”

valer-se da proteção desse país; ou que, por carecer de nacionalidade e estar fora do país onde antes possuía residência habitual não possa ou, por causa de tais temores ou de razões que não sejam de mera conveniência pessoal, não queira regressar a ele. (PIOVESAN, 2006, p. 57)

A chancela e amparo internacional aos refugiados é feita pelo ACNUR, estabelecido em 1950, que nada mais é que um dos órgãos subsidiários⁵ da Organização das Nações Unidas, embora atue independentemente dela, sendo responsável pela tutela internacional aos direitos dos refugiados, cujas funções primordiais são “providenciar proteção internacional e buscar soluções permanentes para o problema dos refugiados” (JUBILUT, 2007, p. 151). Sua atuação está relacionada com a aplicação da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e posteriormente o Protocolo de 1967, que o aperfeiçoou, sendo um diploma e documento legal afirmado pela ONU e assinado pelos Estados signatários, que apesar de defender os princípios inerentes dos refugiados constitui em “um dispositivo internacional cuja eficácia depende da vontade política dos Estados signatários, posto que a ONU não conta com órgãos sancionadores fortes para descumprimento dos tratados que patrocina” (JUBILUT, 2007, p. 159). Assim:

Com o escopo de realizar plenamente o seu mandato, o ACNUR procura encorajar os Estados a criar condições adequadas para a proteção dos direitos humanos e para a solução pacífica dos conflitos, ou seja, procura não apenas apresentar soluções para os refugiados, mas também tem em vista eliminar as causas do êxodo dos refugiados. (JUBILUT, 2007, p. 155)

Os conceitos legais trazidos pela Convenção de 1951 e pelo Protocolo de 1967 constituem, além de um enunciado oficial acerca das características do refúgio, são obrigações contratuais e convencionais para os seus Estados signatários, o que tecnicamente, deveria favorecer e estimular por si só o surgimento de políticas públicas voltadas para a defesa desses migrantes e sua vivência com dignidade nos países que os acolhe.

5 A ONU possui três tipos ou formas de órgãos subsidiários: os fundos (Ex: UNICEF), os comissariados (Ex: ACNUR) e os programas (Ex: PNUD).

2. O direito ao trabalho digno e formal na migração dos refugiados

É inquestionável a íntima relação entre o fenômeno da migração com a questão da inserção laboral e meio ambiente do trabalho a que é submetido o estrangeiro. Ora, todos os migrantes, sejam oriundos de deslocamentos livres ou forçados, almejam a inserção e fixação socioeconômica no país que os acolhe, e isso, tem início, justamente na procura por um trabalho que atenda a suas carências pessoais e as necessidades básicas de sua família.

O direito ao trabalho, deve ser compreendido como extensão natural do Direito como Ciência Social Aplicada, ou seja, necessita ser vislumbrado como um direito balizador à diversidade, como um verdadeiro direito humano a ser exercido por todos os seres humanos, visto que é através do trabalho e das atividades laborais que homem dá significado para sua existência, contribui para sua coletividade que o cerca e adquire condições mínimas para possibilitar o uso e exercício efetivos dos demais direitos sociais e direitos inerentes à dignidade humana.

Ora, o trabalho digno e um meio ambiente laboral estável e sustentável, representa muito mais que o simples sustento e sobrevivência para o refugiado, mas também e principalmente constitui na possibilidade de crescimento e expectativa de uma vida sem perseguição, uma vida sem medo.

Por isso, possibilitar um trabalho sério e condizente com as reais qualificações e capacitações do migrante forçado é trazer-lhe condições que transcendem a obtenção de alimentação, moradia, vestuário, saúde e transporte para o refugiado e sua família, para alcançar um viés de melhores possibilidade de educação, lazer e futuro; ou seja, o migrante passa trabalhar para VIVER, e não mais para sobreviver. Poder recomeçar, indubitavelmente, é uma das características mais marcantes da resiliência do ser humano. Mas para isso, tal panorama deve constituir-se em real possibilidade para o estrangeiro refugiado que bate à porta de uma nação pedindo socorro.

Assim, o trabalho como rompedor da própria barreira da vulnerabilidade socioeconômica criada pelo deslocamento forçado do refugiado, já que insere tal indivíduo em uma coletividade nova que lhe diz através da atividade laboral “você agora faz parte de nós”. Ou seja, o trabalho exerce um significado muito mais profundo do que ganhar dinheiro, manter o estrangeiro ocupado ou poder alimentá-lo, pois passa

a legitimizar, primeiro para ele mesmo e depois para a sociedade em si, seus direitos civis e políticos dentre de uma nova nação.

A proposta do presente estudo não é alienar-se da realidade que nos abraça. Pelo contrário, sabe-se muito bem os prós e contras da inserção de migrantes forçados em massa em um contexto laboral nacional. Todavia, o que se pretende aqui é não fugir da questão, já que esta é uma realidade inconveniente que bate a nossa porta todos os dias. E que infelizmente não cessará ou mudará, na verdade só se agravará, enquanto a humanidade caminhar a passos largos para as escolhas que tem feito nas últimas décadas.

Sabe-se de igual forma que o meio ambiente laboral é afetado tanto pelas incertezas e incongruências geradas por um modelo de produção globalizado e de transformação acelerada, que põe em risco a própria diversidade dos seres humanos, quanto pela grande e massiva oferta de mão de obra migrante, atualmente sobretudo de deslocamentos forçados, que apesar de constituir e representar uma possibilidade de reafirmação de valores dos direitos humanos e dignidade humana, acabam, por vezes, sendo utilizados como instrumentos para piorar ainda mais aquilo que já estava ruim, como quando migrantes são mobilizados para inflamar uma área de produção ou determinado local, a fim de gerar uma redução de direitos já sedimentados, como a diminuição de salários.

Mattoso (1995, p. 69-109) e Antunes (2011, p. 13-29) destacam bem que há verdadeiro mundo de extremos no atual panorama de migrações forçadas e na recepção de tais migrantes pelo mundo, pois ao mesmo tempo em que há latente endurecimento e redução de vagas e postos de trabalhos para estrangeiros que a cada dia mais se tornam numerosos e indesejáveis em alguns países, contraditoriamente, tais refugiados e outros deslocados forçados são até “desejáveis”, pois são tratados como verdadeiros instrumentos para gerar diminuição/rebaixamento do valor da força de trabalho, e consequentemente, na piora das condições de trabalho, já que representam um excedente funcional, uma força de trabalho sobranter e um “estoque” de mão-de-obra a ser utilizado em situações emergenciais e/ou de crise, ou então, de conveniência caso os nacionais não aceitem as condições degradantes ali impostas, visto que lamentavelmente é praticamente retirado o direito de escolha dos estrangeiros, pois à deriva e na sarjeta das possibilidades laborais, eles aceitarão qualquer condição para sobreviver em uma terra forasteira.

3. As principais dificuldades e barreiras enfrentadas pelos refugiados no sucesso laboral e na conquista de um trabalho

São inúmeros e incontáveis os desafios enfrentados pelos refugiados e demais deslocados forçados que ingressam em um novo país buscando mais do que fugir de uma perseguição, buscando se fixar. Trata-se de uma realidade global que vem se desdobrando, sobretudo nos últimos anos, a partir de sistemas e políticas restritivas às migrações providas de países desenvolvidos e influentes (LATOURET, 2017, p. 33-47), dentre eles destacando o papel desempenhado pelos Estados Unidos e sua política anti-migratória (BAUMAN, 2017, p. 54), mas que tem sido repetido e refletivo em países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, como o Brasil⁶ (MAGALHÃES, 2017)

Dentre vários, vale destacar os principais fatores que acabam por dificultar ou impedir o ideal acesso ao mercado de trabalho pelo refugiado (MASON, 2019, p. 149-174): a nova perseguição e xenofobia encontrada no país e na sociedade que lhes acolhe, a burocracia daquele país, o novo idioma (na maioria das vezes, bem diferente do falado pelo migrante), falta de documentos em razão da fuga apressada, ausência de prestação ou acesso a serviços básicos (como saúde, moradia, educação, etc.), impossibilidade de utilizar os conhecimentos e capacitações adquiridos em seu país de origem, dentre outros.

A fim de melhor dimensionarmos o problema do acolhimento nas políticas migratórias brasileiras que trataremos na sequência, importa que nos apropriemos dessas categorias: a desintegração do consenso sobre migração, devido aos custos da proteção social, compreendidos como intoleráveis na conjuntura de “grande regressão”; a precarização da mão de obra migrante, a menos instrumentalizada para resistir a condições de trabalho lesivas à dignidade humana; a dissonância de status entre formação, ocupação e remuneração dos migrantes, que impõe um tempo no país de destino até que recuperem a posição social perdida na partida. Por exemplo, entre os refugiados, 89% deles estão em ocupações que não exigem o seu nível de formação,

6 O Brasil, mesmo historicamente sendo reconhecido como país que abre suas fronteiras e recebe muito bem os migrantes dos mais diversos países do mundo, começa a adotar postura contrária no acolhimento de migrantes forçados, tipicamente conservadora e características dos países desenvolvidos, como por exemplo, os venezuelanos e haitianos que adentram o país nos últimos anos com a instabilidade política que assola aquela nação vizinha.

portanto são vítimas desse gargalo na promoção de integração laboral conforme a qualificação. (SILVA, 2021, p. 173)

Certo é que as condições de trabalho, seja mais ou menos, são consideradas insatisfatórias e indevidas para o migrante forçado, em especial, os refugiados em termos gerais, assim como as perspectivas laborais a eles possibilitadas, tais como as vagas de emprego oferecidas e os níveis salariais auferidos. Tudo sempre está muito aquém do ideal, e principalmente do que é praticado aos nacionais daquele país que acolhe o estrangeiro (STANDING, 2020, p. 99-133).

Pior, por vezes a própria origem nacional daquele estrangeiro acaba por gerar lamentável correlação com a posição na hierarquia social que ele deterá naquele novo Estado que o recebe (VILELA, 2011, p. 89-128), o que reforça a desigualdade estigmatizante que assola a sociedade moderna, que permite que raças, etnias e credos repercutam e gerem diferenças salariais, diversidade nas oportunidades laborais e limites à mobilidade socioeconômica de parcelas de pessoas (VILELA, 2015, p. 19-42), o que escancara a fragilidade e imperfeição de um sistema globalizado baseado apenas em produção e resultado, e a herança colonial e escravagista do ser humano como verdadeiro risco à diversidade (SILVA, 2019, online).

É precário o acesso do deslocado forçado e refugiado a serviços públicos de qualidade, principalmente quando comparado ao que os nacionais daquele país fazem jus, e são raros os casos de reconhecimento e respeito da diversidade em si, bem como de capacitação do estrangeiro através de certificados e diplomas universitários por ele adquiridos em seu país de origem. Isso quando não ocorre de apenas uma simples terminologia designada para se referir ao estrangeiro deter o condão de poder modificar radicalmente as possibilidades daquele migrante.

A integração através do trabalho, o Ministério do Trabalho e Emprego em 2006 decidiu que na identificação da Carteira de Trabalho dos migrantes forçados conste “estrangeiros com base na Lei 9.474/97” ao invés do termo “refugiado”. Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI). O Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC) tem oferecido cursos profissionalizantes apenas para os refugiados. (BÓGUS, 2011, P. 110)

Por isso, decididamente não são poucos os problemas enfrentados pelos refugiados ao redor do mundo em seu ingresso e realocação no mercado de trabalho do país que os acolhe. Um dos maiores desafios, se não talvez o maior deles, encarados pelos refugiados que buscam melhorar suas condições de vida e perspectivas de futuro ao procurar um emprego digno continua sendo a discriminação, o preconceito e a xenofobia ao estrangeiro diferente do padrão “nacional” pré-constituído.

Os deslocados forçados, em especial os refugiados, ao ingressarem em uma nova nação, necessitam de oportunidades de emprego e trabalho para conseguirem recompor e reconstruir suas vidas no país que os recebe, mas nesse momento, infelizmente, com muita frequência, acabam encontrando grande resistência, preconceitos e discriminações xenófobas. Mas a pergunta que fica é: por que? Por que perseguir alguém que chegou fugindo justamente de uma perseguição em seu país de origem? A verdade é que a resposta mais simples talvez seja a mais próxima da realidade, pois a ignorância e a própria falta de conhecimento pelo nacional que o recebe sobre o quadro migratório e sobre a própria temática do refúgio em si, bem como a ausência de vontade em se aprofundar sobre o verdadeiro panorama do deslocado forçado talvez seja uma das maiores causas propulsoras da discriminação ao estrangeiro migrante no Brasil e no mundo (PEREIRA, 2016, p. 131-142).

Apesar de parecer difícil acreditar, em pleno século XXI, no auge da era da globalização, o estigma do suposto “risco” e “ameaça do estrangeiro à segurança nacional e à ordem econômica de um país ainda se sustenta, e pior, ainda é difundida. O migrante, em muitos lugares, apesar de bem vindo pelo próprio governo ou por parcela da sociedade, ainda é identificado como “inimigo” ou uma figura “inferior” por grande gama da coletividade de muitos Estados, que acaba não apenas discriminando e impedindo a ascensão socioeconômica desses estrangeiros nesses países que os acolhe, como também acabam por gerar uma debandada de violência moral, física, emocional e psicológica sobre os refugiados e suas famílias (REIS, 2020, p. 387-396), degradando sua diversidade e diminuindo suas perspectivas, que já eram, infelizmente, muito baixas, diante do contexto de perseguição que fugiram. E esse quadro piora ainda mais dependendo da origem desses migrantes e refugiados, pois se advindos de nações periféricas e pobres, tal estigma e preconceito ao estrangeiro é ainda mais acentuado e alarmante, beirando a tratar o ser humano como um animal.

Fato é que, seja no Brasil (considerado um país receptivo e tolerante até certo modo) ou no mundo, o medo e temor extremo ao estrangeiro migrante, sobretudo por um complexo de inferioridade que se expressa no receio dele tomar o lugar do nacional, o emprego do nacional e as chances/oportunidades do nacional ainda é muito difundido, sem qualquer razão ou fundamento. A substituição da mão de obra nacional pela estrangeira, com um iminente desemprego aos nacionais, ainda é um flagelo e ponto de tensão encarado pelos refugiados que entram no país que os acolhe pensando apenas em sobreviver e ser recebido, e não tomar o lugar dos que ali já vivem. Nesse sentido:

Ainda assim, a presente pesquisa demonstrou que a população brasileira tende a apresentar atitudes de preconceito e xenofobia, refletidas no âmbito do trabalho. Dos venezuelanos entrevistados, mais de 30% afirmaram ter sofrido discriminação para obter um emprego em razão de ser estrangeiro. Já quando indagados se haviam sofrido discriminação dentro do ambiente do trabalho, esse número diminui para 11 pessoas (17,5%). Ainda assim, esse número é deveras expressivo em face do vasto arcabouço jurídico de combate à discriminação, com destaque para a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil e vigente desde 1966. Desse diploma normativo, pode-se extrair que a discriminação dos migrantes ultrapassa questões como nacionalidade, raça, sexo e crença. Portanto, a não discriminação deve englobar também as categorias de ocupação, profissão, oportunidade de trabalho e emprego e opinião política. (SILVA, 2021, p. 186)

Mas nem só no aspecto discriminatório ou de tolerância social se encontram as dificuldades enfrentadas pelos refugiados, pois os óbices vão muito além e abarcam panoramas formais intrínsecos ao próprio movimento migratório do estrangeiro e aos fatores que o levou a migrar. Muitos são os fatores que dificultam a estadia e fixação do refugiado em terra estranha e ali poder trabalhar para conseguir se desenvolver e viver. Por exemplo, o acesso à documentação e a obtenção de determinados documentos, como documentos de identificação pessoal e laboral (carteira de trabalho ou recolhimento previdenciário, por exemplo) ainda se apresenta como grande dificuldade para a maioria dos refugiados que entram em território estrangeiro buscando amparo e socorro.

Ora para conseguir viver, mais do que sobreviver, o refugiado precisa de um trabalho digno, e isso não encontrará na informalidade. Mas para obter um registro de emprego formal, que lhe pague o que faz jus e merece, é necessário documentos, que no geral, o deslocado forçado não possui, sendo que não maioria das vezes não possui nem mesmo para se regularizar como próprio refugiado no país que os acolhe, já que teve que sair às pressas de seu país de origem, deixando tudo para trás, inclusive documentos.

Os documentos do migrante estrangeiro são peças imprescindíveis para a própria possibilidade de ser acolhido como refugiado, sem falar que são “inafastáveis” para a possibilidade desse refugiado obter o necessário para ser contratado em um emprego pelo regime formal de trabalho. Mas como tiveram que deixar tudo que tinham às pressas, de maneira abrupta e violenta, no seu país de origem, em razão da perseguição que os afligia, a eles não é dada escolha a não ser obter a vida que lhes permitam ter no novo país sem a documentação mínima necessária. E essa vida é geralmente taxada pela informalidade e desrespeito às condições laborais e ao meio ambiente do trabalho adequado. Sem documentos pessoais, o refugiado não consegue nem sua própria regularização, impedindo sua fixação correta na nação que os acolhe, e consequentemente, não obterão (ou terão imensa dificuldade e morosidade) a expedição de documentos novos ali em terra estranha que lhe propiciariam uma possibilidade de recomeço, como a própria CTPS (no Brasil). Esse é o caso de muitos refugiados haitianos e venezuelanos que adentraram Brasil, pois a “[...] *the majority of people seeking refuge are Venezuelans and this situation usually compels them to leave their country without enough time to prepare. A life in a new country without the necessary documents is unconceivable*” (RAFFOUL, 2018, p. 19-20)⁷

Ao chegar em terra estrangeira, o migrante forçado que foge de perseguição geralmente já solicita o refúgio, pois este é indubitavelmente o instituto que impede logo de cara dele ser devolvido ao seu país de origem, bem como se mostra o meio menos custoso de permanecer naquele novo país com real oportunidade e possibilidade de inserção no mercado laboral, já que em poucos dias é possível se expedir documentos necessário para que aquele novo refugiado possa trabalhar,

7 Tradução livre: “[...] A maioria das pessoas que buscam refúgio são venezuelanos e essa situação geralmente os obriga a deixar seu país sem tempo suficiente para se preparar. Uma vida em um novo país sem os documentos necessários é inconcebível.”

como carteira trabalho e emprego (CTPS, no Brasil). Todavia, uma das condições para que esse novo refugiado obtenha tamanho regularização e tais documentos de forma mais célere e ágil é que detenha em sua posse documentos pessoais que atestem sua capacidade e possibilidade para uma nova vida ali naquela nova nação, além de que comprove que o estrangeiro é capacitado ao labor⁸. E é aí que reside e se inicia mais um problema para o refugiado, e que fugiu sem trazer nada consigo a não ser o fôlego de vida (ANONNI, 2015, p. 63-79).

Além disso, um determinado país ao abrir suas fronteiras para receber contingentes de refugiados faz verdadeiro compromisso com reafirmação à dignidade humana e também com a própria comunidade internacional em proporcionar àquele migrante a possibilidade de interagir e integrar-se com sua sociedade, seja através de políticas públicas, seja por meio de oportunidades ao mercado de trabalho. E é aí que também reside uma outra dificuldade do estrangeiro migrante, pois nem sempre as oportunidades laborais a ele oferecidas no novo país que os acolhe são condizentes ou compatíveis com o nível de escolaridade que o refugiado possui. E isso é grave, pois um trabalho ou ocupação laboral incompatível com o nível de instrução e capacitação já possuído pelo estrangeiro afeta muito mais do que apenas no salário a ser percebido por ele, pois acaba por minar e atentar contra a própria

8 A migração sem a documentação devidamente habilitada acaba por gerar e alimentar a informalidade do trabalho no país que recebe o estrangeiro, já que não podendo trabalhar formalmente, o refugiado procurará qualquer condição ou situação que lhe pague algo para conseguir sobreviver. Assim, a discussão sobre condições do meio ambiente de trabalho adequado fica para segundo ou terceiro plano nas preocupações do estrangeiro. Ele simplesmente precisa sobreviver, e para isso, precisa trabalhar. E isso acaba por agravar um outro panorama, já que não encontrando respaldo ou oportunidades na informalidade, é certo que tal estrangeiro irá acabar indo ou acentuando a questão da criminalidade, que por sua vez, não escolhe rosto, raça ou cor, ante a necessidade de pessoas para suas práticas. E isso acaba por convergir no mesmo ponto: o aumento da pobreza, desigualdade social e fatores socioeconômicos entre os estrangeiros naquele novo país. Assim, a ausência de documentação pelo estrangeiro migrante acaba por impactar direta ou indiretamente o próprio mercado de trabalho em si, pois migrantes sem documentos criam situações de maior vulnerabilidade no sistema e expõe os graves riscos e problemas à exploração da mão de obra por empregadores oportunistas, sem atendimento aos seus direitos trabalhistas. A falta de documentação está entre os principais motivos que fazem com que os imigrantes se sujeitem à informalidade, ficando à mercê dos traficantes de mão de obra, de empregadores de fachada, de trabalho análogo à escravidão, da servidão por dívidas e outras degradantes formas de trabalho.

dignidade daquele refugiado, que acaba vendo toda sua trajetória profissional e história sendo jogada no lixo. Há degradação da dignidade humana nesse sentido.

Se destrincharmos os principais panoramas de refúgio pelo mundo, ver-se-á que um número significativo de refugiados que detém qualificação profissional e até formação universitária específica está trabalhando em áreas totalmente diversas e diferentes daquelas as quais são habilitados, capacitados ou possuem formação para tal. Na verdade, nem mesmo próximo estarão trabalhando. Na verdade, a chance de nos depararmos com um refugiado diplomado e devidamente capacitado e habilitado exercendo atividade informal ou um emprego considerado “resto” e desprestigiado é imensa.

Com acesso restrito a empregos que ofereçam melhores salários e condições de trabalho, esses imigrantes — possuindo ou não um título universitário e/ou experiências de trabalho consideradas qualificadas — estão em relação direta com atividades laborais de baixa remuneração (geralmente de um a dois salários-mínimos), muitas vezes informais e desprotegidas legalmente, em particular intensas em horas e sobrecarga de trabalho. (VILLEN, 2015, p. 260)

É extremamente comum, e chega a ser até rotineiro, encontrar refugiados com consideráveis experiências profissionais e significativa formação universitária atuando na informalidade ou em empregos periféricos “indesejáveis” pelos nacionais daquele país. A adversidade extrema do refugiado conseguir se inserir em sua área de trabalho e formação no novo país que os recebe, aliada a necessidade que aquele estrangeiro tem de comer e sobreviver (recomeçar), faz com que o migrante forçado abandone sua carreira e formação, e acabe por recorrer àquilo que se encontra palpável e acessível a ele, tal qual empregos que exigem menos qualificação ou mesmo a informalidade (MIRANDA, 2018, p. 171-193). Por exemplo, é muito comum, dentro dos movimentos migratórios de refugiados, observar advogados e engenheiros devidamente formados e habilitados em seu país de origem laborarem no trabalho informal, como garçom, atendentes de restaurantes e bares, caixas de supermercado, etc. Tudo em razão da dificuldade de comprovação e efetivação de suas formações no país que os acolhe.

Even though many of them have higher education degrees, the circumstances led some to accept jobs they would never think of. It is not uncommon to know that Venezuelans accept job positions paid illegally less than a minimum wage. Such situation creates even more hostility towards some Brazilians, who feel that foreigners are stealing their jobs. (RAFFOUL, 2018, p. 19)⁹

Essa batalha do estrangeiro para obter um emprego digno, formal e devidamente condizente com sua capacitação e competência não se mostra apenas pela falta de oportunidade, mas também em decorrência da própria dificuldade que o refugiado detém de comprovar sua formação, sua qualificação profissional e sua habilitação laboral específica, em razão da dificuldade de convalidação de diplomas e reconhecimento de formações no novo país que os acolhe.

Os imbróglios e entraves burocráticos no reconhecimento e revalidação dos diplomas constitui em outra grande dificuldade encarada pelos refugiados em seu recomeço e nas condições laborais a que tem que se submeter. A própria burocracia, que por si só já é bem diferente nos mais diversos países ao redor do mundo, acaba por impedir ou dificultar demais o processo de revalidação de diplomas e formações dos refugiados no exterior e em seu país de origem, e isso acaba impedindo ou impossibilitando o profissional estrangeiro refugiado continue sua carreira esforçadamente conquistada ali no país que os acolhe, o que faz com que agrave ainda mais sua situação. Pois, além de baixa renda, péssimo emprego, aumento da informalidade, há ainda degradação da dignidade e humana com a insatisfação profissional e pessoal daquele estrangeiro, já que utilizemos o exemplo citado acima, o que um advogado refugiado tem de conhecimento sobre construção civil ou manufatura de roupas para pode atuar no ramo informal dessas áreas no país que os acolhe? Isso seria perpetuar a perseguição velada a que aquele estrangeiro migrou para fugir. É continuar limitando sua vida a sobreviver, enquanto o que ele mais deseja é recomeçar, poder se desenvolver, poder, enfim, viver! E por isso é inaceitável.

9 Tradução livre: “Embora muitos deles tenham formação superior, as circunstâncias levaram alguns a aceitar empregos em que nunca pensariam. Não é incomum saber que os venezuelanos aceitam postos de trabalho que pagam ilegalmente menos que um salário-mínimo. Tal situação cria ainda mais hostilidade para alguns brasileiros, que sentem que os estrangeiros estão roubando seus empregos.”

Alguns fatores dificultam a desejada inserção no mercado de trabalho desta população: falta de qualificação, quando qualificados a necessidade de revalidação de diplomas no país e a ausência do domínio da língua local. Nem sempre a condição migratória permite espera e os imigrantes acabam por se sujeitar a condições laborais inadequadas. (BOAS et al, 2018, p. 237)

Todavia, isso acaba sendo ruim até mesmo para o próprio país que acolhe o refugiado, pois além de ver seus números de problemas sociais e informalidade labora crescerem, acabam por não aproveitando o potencial profissional desses migrantes em seu território. (COMPASSIVA, 2019, online).

São inúmeros e variados os óbices ao reconhecimento da formação e diplomação dos refugiados, como por exemplo: a necessidade de reconhecimento consular de tal documentação; a exigência de planos de ensino e ementa das disciplinas cursadas; a perda do diploma ou documento equiparado em razão da fuga repentina e das condições que assolam o país de origem (por exemplo, guerras que destruíram as casas e tudo que havia nelas); até mesmo o risco da universidade, faculdade ou instituto nem mais existir no país de origem do refugiado, por variados motivos, como extinção, fechamento por perseguição política ou até mesmo destruição por causa de guerra e conflito armado civil; dentre outros. A verdade é que seja de ordem grave ou mais ameno, formal ou intangível, esses entraves tornam muitas vezes impossível o acesso a condições de trabalho e oportunidades profissionais melhores pelos refugiados, e isso acaba por inviabilizar o próprio processo de fixação do estrangeiro na nova terra que lhe acolheu, remontando aos problemas acima elencados novamente: exploração laboral do estrangeiro, crescimento da informalidade e salários menores do que sua formação/capacitação:

Os principais direitos trabalhistas e previdenciários violados são decorrentes da formalização do contrato e do desvio de função intensificado por problemas relativos à validação do diploma. Neste contexto, o refugiado é contratado para exercer uma função de menor hierarquia com um salário mais baixo, mas, de fato, exerce função de maior hierarquia compatível com sua qualificação. (GETIRANA et al, 2018, p. 425)

E por fim, há ainda mais uma grande barreira, muitas vezes esquecida, encarada pelo refugiado para se estabelecer e se inserir no mer-

cado de trabalho que é idioma. A diferença de línguas entre a que o estrangeiro refugiado fala e aquela do país que o acolhe é ainda tido como, quiçá, o maior entrave enfrentado pelo migrante forçado ao redor do mundo, até porque em razão de fugirem na maioria das vezes às pressas de seu Estado de origem, os refugiados acabam não escolhendo exatamente para onde irem; pelo contrário, o que buscam naquele momento é sobreviver, seja onde for. E os destinos acabam sendo variados, com idiomas variados e bem diferentes do falado pelo estrangeiro. Assim, sem o domínio da língua do país que os acolhe, os refugiados começam a deter imensa e incalculável dificuldade para se inserir no mercado de trabalho, e com isso agravam todo já exposto aqui, em especial a informalidade, baixos salários e lesões sérias a direitos trabalhistas, visto que acabam por serem reduzidas as possibilidades e oportunidades de trabalho a ele conferidas que podem ignorar tal premissa linguística.

O idioma aparece nesse aspecto mais uma vez, pois o desconhecimento do mesmo pela população refugiada tem sido usado como “vantagem” para que diversos empregadores neguem direitos trabalhistas aos refugiados, que se submeterão a um emprego informal e sem CTPS assinada, já que necessitam sobreviver. (JUBILUT, 2018, p. 147)

Ora, o próprio conhecimento e a noção aprofundado sobre os direitos trabalhistas que uma pessoa detém em determinado país está atrelado e vinculado na capacidade que ele tem de compreender o idioma em que as leis e tais direitos estão afirmados. E qual a consequência disso? Exploração do estrangeiro como mão-de-obra barata e descartável, já que não será possível empossá-lo em cargos, empregos e funções que exijam qualquer tipo de comunicação com o público ou compreensão do idioma. E o que sobra? Trabalhos informais, trabalhos subvalorizados, trabalhos desprezados, como ajudante de cozinha, em obras, limpeza, etc., que por muitas vezes é exercido por refugiados com formação profissional, diplomados e habilitados para empregos técnicos e bem remunerados. O entrave linguístico acaba por minar o próprio migrante em si e se torna mais um verdadeiro obstáculo ao estrangeiro se inserir devidamente no mercado de trabalho.

Todas essas dificuldades e empecilhos encarados diariamente pelos refugiados em território estrangeiro demonstram nitidamente a exploração sofrida por eles no campo laboral, e que acabam por impe-

dir o acesso deles a melhores condições de inserção no mercado trabalho, e isso é um fator a ser levado em consideração pelas mais variadas nações ao redor do mundo. Não basta apenas receber. É necessário tutelar e conceder condições mínimas para que aquele migrante possa se desenvolver e viver, possa ali criar raízes e se integrar, e não apenas sobreviver precariamente.

Todos se beneficiam: o estrangeiro que adquirem a possibilidade de reconstruírem suas vidas, e o país que os acolhe com recebimento de mão-de-obra diversificada que pode aumentar sua produção de riquezas e enriquecer sua cultura. Nesse viés, toda relação empregatícia tem almejar alcançar também sua função social ao estrangeiro, ou seja, proporcionar àquele trabalhador migrante a proteção à sua dignidade humana, honra, vida privada, imagem, e expectativas, bem como sua integridade física e psíquica, tudo partir de condições mínimas e dignas de formalidade, reconhecimento e remuneração na relação laboral, assim como, também o fornecimento de um meio ambiente de trabalho equilibrado, sadio e adequado, para o bom desempenho do trabalho por uma pessoa que largou tudo para fugir e recomeçar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo contemporâneo globalizado é marcado por contrastes, lastreado de um lado na expectativa humana de crescimento e desenvolvimento pessoal a partir do trabalho, e de outro lado com perspectivas que visam apenas fugir e sobreviver. Negligenciar essas nuances, e pior, não as fazer se encontrar a fim de que a primeira englobe a segunda, coloca em risco a própria diversidade do homem, e acaba por ocasionar em verdadeiro atentado à dignidade humana, já que o trabalho digno e formal, devidamente reconhecido e exercido em um meio ambiente de trabalho seguro e equilibrado é direito de todos, independente de língua, nação, religião, cor, credo, raça, etc.

Assim, o trabalho como expressão social vivenciada na coletividade, envolve não apenas as relações laborais e meio ambiente de trabalho, mas também e principalmente a oportunidade e possibilidade do ser humano se fixar, crescer e se desenvolver, independentemente de onde ele veio ou quem ele seja. Por isso, mostra-se como medida necessária o reforço pelo fim da alienação e da precariedade dos espaços de trabalho, bem como da informalidade e das ofertas de emprego

abaixo da qualificação e com pouca remuneração, não apenas visando a minimização e erradicação da insegurança aos trabalhadores, sejam nacionais ou principalmente estrangeiros, mas sobretudo no respeito à diversidade e igualdade entre seres humanos na concorrência de mercado.

Nesse contexto a garantia de direitos e deveres a sujeitos estrangeiros, que migraram e fugiram a força, sem escolha, de seus países, e que foram obrigados a abdicar de sua cultura, seus espaços de trabalho, suas raízes, sua vida, por vezes vários deles já sedimentados e consolidados, mostra-se como mais do que uma necessidade, passando a se tornar um grito que aflora no âmago de todo ser humano. Não há lastro ou viés para justificar a ausência de políticas públicas eficazes que melhorem a condição do estrangeiro migrante em seu processo de acolhimento; e mais, não há margem para tolerância de qualquer ideologia de discriminação ou óbices ao refugiado e sua possibilidade de crescimento no país que os acolhe, ainda que proveniente da sociedade ou do próprio Estado, pois limitar o acesso aos espaços de trabalho formal e digno, ou quando acessíveis, remunerá-los de forma inadequada e incondizente com as qualificações e capacitações do estrangeiro, se tornam verdadeiras violações não apenas àquela pessoa, mas sim aos próprios direitos humanos em si.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José H. Fischel de. *Direito internacional dos refugiados: Evolução Histórica (1921 – 1952)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ANONNI, Danielle; SILVA, Joana. Os direitos trabalhistas dos refugiados no Brasil: desafios para a aplicação da norma mais favorável na era da terceirização. *Revista de Relações Internacionais da UFGD*, Monções, v. 4, n. 8, p. 63-79, 2015.

ANTUNES, R. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Org.). *O Direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

BOAS, Marina Vilas; DANIELE, Anna; PAMPLONA, Danielle. Direito humano ao trabalho: políticas públicas para a inserção dos imigrantes, refugiados e apátridas no mercado de trabalho na região sul do país. In: ANONNI, Danielle. (Org.). *Direito internacional dos refugiados e o Brasil*. Curitiba: Gedai-UFPR, 2018.

BÓGUS, L. M. M.; RODRIGUES, Viviane Mozine. Os refugiados e as políticas de proteção e acolhimento no Brasil: História e Perspectivas. *Dimensões*, Vitória, n. 27, 2011.

COMPASSIVA. Refugiar: revalidação de diplomas. *Compassiva*. 2019. Disponível em: <<http://compassiva.org.br/refugilar-revalidacao-de-diplomas/>>. Acesso em 25 mai. 2021.

GETIRANA, Larissa; LIMA, Fernanda. O papel da sociedade civil no acolhimento e integração dos solicitantes de refúgio. In: ANONNI, Danielle. (Org.). *Direito internacional dos refugiados e o Brasil*. Curitiba: Gedai-UFPR, 2018.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Editora Método, 2007

JUBILUT, Liliana; LOPES, Rachel; SILVA, Joanna. O acesso ao direito do trabalho para refugiados no Brasil. In: ANONNI, Danielle. (Org.). *Direito internacional dos refugiados e o Brasil*. Curitiba: Gedai-UFPR, 2018.

LATOURE, Bruno. *Où atterrir? Comment s'orienter en politique*. Paris: La Découverte, 2017.

MAGALHÃES, Luís. A imigração haitiana em Santa Catarina: perfil sociodemográfico do fluxo, contradições da inserção laboral e dependência de remessas no Haiti, *Tese de Doutorado em Demografia*. Universidade de Campinas, Campinas, Brasil. 2017.

MASON, Paul. Vencendo o medo da liberdade. In: GEISELBERGER, Heinrich. (Org.) *A grande regressão: um debate internacional sobre os novos populismos e como enfrentá-los*. São Paulo: Estação Liberdade, 2019.

MATTOSO, J. e L. *A desordem no trabalho*. São Paulo: Scritta, 1995

MIRANDA, Ana. Direitos humanos e o direito ao trabalho dos migrantes indocumentados. In: ANONNI, Danielle (Org.). *Direito internacional dos refugiados e o Brasil*. Curitiba: Gedai-UFPR, 2018.

PEREIRA, Gustavo; ABREU, Márcia. Transformando o ‘intruso’ em ‘incluso’: xenofobia e discriminação na acolhida de imigrantes no Brasil. In: GRUPO DE ASSESSORIA A IMIGRANTES E REFUGIADOS (GAIRE). (Org.). *Múltiplos olhares: migração e refúgio a partir da extensão universitária*. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAFFOUL, Jacqueline. Crisis in Venezuela: The Brazilian response to the Massive Flow of Venezuelans in Roraima. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, 2018.

REIS, Andressa; VIEIRA, Miriam Steffen. Os novos imigrantes: construções discursivas sobre haitianos e senegaleses em um jornal do Sul do Brasil. *Ciências Sociais Unisinos*, Florianópolis, v. 55, n. 3, p. 387-396, 2020.

STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

SILVA, Camila; BAENINGER, Rosana. Mudança de perfil dos imigrantes venezuelanos em São Paulo — perspectivas sobre a política de interiorização do governo federal. *Anais ABEP*. 2019. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/~abeporgb/publicacoes/index.php/anais/article/viewFile/3166/3027>>. Acesso em 24 mai. 2021.

SILVA, Renata Ferreira da; BENTO, Juliane Sant’Ana. Política migratória e direito ao trabalho: estudo de caso sobre a acolhida de imigrantes venezuelanos no Sul do Brasil. *Colômbia Internacional*, Bogotá, n. 106, abr.-jun., p. 165-198, 2021.

VILELA, Elaine. Desigualdade e discriminação de imigrantes internacionais no mercado de trabalho brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 1, 2011. p. 89-128.

VILELA, Elaine; COLLARES, Ana; NORONHA, Claudia. Migrações e trabalho no Brasil: fatores étnico-nacionais e raciais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 30, n. 87, 2015. p. 19-42.

VILLEN, Patrícia. O estigma da ameaça ao emprego pelos periféricos na periferia: crise e imigração no Brasil. *RUA*, v. 21, n. 12, 2015.

A DIVERGÊNCIA CONCEITUAL DAS GUARDAS ALTERNADA E COMPARTILHADA E SUA INTERFERÊNCIA NA APLICAÇÃO PRÁTICA DA CONVIVÊNCIA EQUILIBRADA: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

The conceptual divergence of alternate and shared custody
and its interference in the practical application of balanced
coexistence: an analysis based on the judgments of the Justice
Court of Santa Catarina

Gláucia Borges¹

INTRODUÇÃO

No Brasil, a legislação civil define que a guarda dos pais que não vivem sob o mesmo teto pode ser compartilhada ou unilateral e que, o direito de convivência seja estabelecido entre o filho e o genitor que com ele não residir. No entanto, quando essa convivência é dividida de forma realmente equilibrada, compreende-se que se trata de uma guarda alternada, cuja aplicação acaba prejudicada.

1 Gláucia Borges; Mestra em Direito pela UNESC; Especialista em Direito de Família e Sucessões pela UNIDOMBOSCO, e em Direito Civil e Processo Civil pela UNESC; Professora de graduação em Direito na ESUCRI; Advogada. Integrante Grupo de Pesquisa em Direito de Família, Sucessões, Criança e Adolescente, e Constituição Federal da FMP/RS. E-mail: glauciamborges@gmail.com.

Com isso, busca-se responder o seguinte problema de pesquisa: o conceito utilizado para definir a guarda alternada estaria prejudicando a fixação de convivência equilibrada na guarda compartilhada, com base nos julgados Tribunal de Justiça de Santa Catarina - TJSC nos anos de 2018 a 2023?

Se os institutos da guarda e da convivência não são observados de forma individualizada, na prática, em razão do conceito dado para a guarda alternada, os julgados divergem quanto a possibilidade de convivência equilibrada, mesmo quando se trata de aplicação da guarda compartilhada que é permitida em lei.

Objetiva-se, nesse aspecto, verificar se a forma que a guarda alternada é interpretada pode acabar prejudicando a aplicação prática da convivência equilibrada na guarda compartilhada. Para enfrentar essa questão, o primeiro tópico aborda a diferenciação relacionada aos institutos da guarda, da manutenção dos filhos, do direito de convivência e do lar de referência; já o segundo trata sobre a confusão conceitual da guarda alternada, realizando pesquisa de julgados junto ao TJSC para a análise dessa situação na prática.

O método utilizado na pesquisa foi o indutivo e o de procedimento comparativo, utilizando-se, para tanto, das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental indireta.

1. A guarda dos pais, a manutenção dos filhos, o lar de referência e o direito de convivência: institutos conectados, mas de trato individual

Aos pais que não convivem sob o mesmo teto e cujo poder familiar está em vigor, determina a lei civil que a guarda dos filhos deve ser regularizada. Rosa (2020, p. 494) descreve a guarda como o modo de gestão da vida dos filhos. É um atributo do poder familiar essencial após o desfazimento dos vínculos entre os pais, posto que determina certas responsabilidades a cada um dos genitores em favor dos filhos, desvinculando a finitude do vínculo conjugal com o contínuo vínculo filial.

Segundo o Dicionário Escolar da Língua Portuguesa (2015), gestão pode ser definida como sinônimo de administração, coordenação, condução, comando, controle, entre outros. Quando se compreende a guarda sob essas definições, como um instituto voltado a gerir determinados assuntos relacionados aos filhos, consegue-se com mais

facilidade diferenciar a guarda de outros institutos que com ela se conectam, mas não se confundem.

O Código Civil brasileiro determina em seu artigo 1.583 que a guarda poderá ser unilateral, entendida com aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, ou compartilhada, que confere aos pais a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (BRASIL, 2002).

Na guarda compartilhada haverá uma cogestão, situação que os pais se unirão para a tomada de decisões relacionadas a questões estruturais, como é o caso da escola, das atividades extracurriculares, de situações relacionadas à saúde, ao lazer e demais deliberações voltadas a estes aspectos cotidianos (ROSA, 2020, p. 500). Na unilateral, por sua vez, tais decisões serão exclusivas de um ou outro genitor, ou do terceiro que os substitua (cujo atributo da guarda é uma exceção e se aplicará em situações denominadas de risco).

As demais decisões relacionadas à prole estão atreladas ao poder familiar (BRASIL, 2002), que é inerente à pessoa dos pais e confirma a continuidade do dever para com os filhos, mesmo que não haja união entre o casal ou que somente um seja o detentor da guarda.

O poder familiar tem caráter de *múnus público*, logo os seus atributos são irrenunciáveis, pois se originam da lei e se protraem no tempo independentemente da vontade de quem os tem, uma vez que não são criados para o seu serviço e utilidade, mas em vista de um fim superior. [...] O poder familiar, pois, pode ser definido como um complexo de direitos e deveres pessoais e patrimoniais com relação ao filho menor de idade, não emancipado, e que deve ser exercido no superior interesse deste último (MACIEL, 2019, p. 122-124).

O poder familiar, indo para além dos poderes da guarda, evita que toda a responsabilidade sobre a pessoa dos filhos recaia apenas sobre um dos genitores. O dever de educar, por exemplo, faz parte do poder familiar e não ficará a cargo exclusivo de apenas um dos pais mesmo que a guarda fixada seja a unilateral, uma vez que educar faz parte do poder familiar e difere-se do ensino, que é a decisão cotidiana relacionada a assuntos escolares e, esta sim, está vinculada à guarda.

Diante dos benefícios aos filhos, a guarda compartilhada é dada como preferencial pela norma civil (BRASIL, 2002). Isso porque essa

modalidade de guarda busca manter da mesma forma o exercício de todos os deveres e direitos relacionados ao poder familiar (DIAS, 2016, p. 473), pois, como dito, na unilateral, aquelas determinadas decisões (relacionadas ao ensino, à saúde, etc.) ficarão a cargo de somente um genitor, retirando do outro o poder de decisão sobre tais questões cotidianas.

Sabendo, então, que a guarda tem relação com a tomada de determinadas decisões de forma conjunta ou não em prol dos filhos e que com outros institutos não se deve confundir, é possível tratar cada um de forma individualizada.

É o caso da manutenção dos filhos, em que o legislador deixa tal assertiva clara quando determina que os pais devem contribuir na proporção de seus recursos e que o sustento daqueles é um dever de ambos (BRASIL, 2002), trazendo tais determinações independentemente da união conjugal dos pais e em momento algum conectando tal obrigação ao exercício ou não de guarda.

Isso porque, mesmo que a guarda seja unilateral e o outro genitor fique obrigado ao pagamento de uma pensão alimentícia, ao guardião ainda haverá o dever de sustento. Mesmo que compartilhada a guarda, os alimentos serão fixados para o outro pai e/ou mãe com o qual o filho não residir habitualmente e, da mesma forma que na unilateral, aquele que tiver o filho em sua residência base, também contribuirá na sua manutenção. Afinal de contas, a pensão alimentícia é o dever de auxiliar financeiramente na manutenção da pessoa dos filhos, e não necessariamente e muito menos obrigatoriamente para pagar todas as suas despesas.

No mesmo sentido ocorre com o direito de convivência e a residência base, como ensina Rosa (2020, p. 498):

Imperioso ressaltar, nessa esteira, de que guarda e convivência são institutos distintos. Embora comumente confundidos, o primeiro diz respeito ao modo de gestão dos interesses da prole – que pode ser conjunta ou unilateral – e o segundo, anteriormente tratado como direito de visitas, versa sobre o período de convivência que cada genitor ficará com os filhos, sendo necessária a sua fixação em qualquer modalidade de guarda. [...] Agora, a fixação de qual das residências a prole irá residir, ou seja, com qual dos genitores ficará a base de residência (custódia física), é consequência direta do estabelecimento do compartilhamento da guarda, [...].

A convivência, portanto, diz respeito ao direito fundamental que a criança e o adolescente tem de conviver com ambos os pais, se trata de um regime de relacionamento. Quando se estabelece um lar de referência fixo, ou seja, um ambiente que será a base rotineira de moradia da prole, por consequência estes passarão a maior parte do tempo junto ao genitor com o qual estabelecerá residência, mas segue tendo direito de conviver com o outro pai ou a outra mãe que com ele não convive sob o mesmo teto. Com isso, surge o direito de convivência, muito comumente – e erroneamente – chamado de direito de visitas.

O direito de convivência representa um desdobramento da guarda definida com a separação dos pais, e é imprescindível para assegurar o cumprimento dos deveres de comunicação, vigilância, controle e na formação e educação da prole (MADALENO, 2018, p. 415-416), afinal de contas, como dito acima, caso os pais não convivam sob o mesmo teto, devem regularizar a guarda dos filhos.

Definida a forma de gestão, em regra, será definido o lar que servirá de base para moradia da criança ou do adolescente com um dos genitores e, conseqüentemente, esse direito de convívio com o outro genitor.

Quando a guarda compartilhada foi incluída na lei brasileira, determinadas colocações textuais levaram a uma série de discussões relacionadas ao tempo de convivência. Acreditava-se, com isso, que a guarda compartilhada traria por consequência o fracionamento igualitário do tempo de convívio da criança ou do adolescente com os pais. Contudo, o que se compartilha diz respeito a determinadas responsabilidades advindas do poder familiar e não a divisão do tempo (MADALENO, 2018, p. 413-415). Madaleno ainda explica que:

[...] o fundamento da guarda compartilhada era na experiência brasileira a prática do poder familiar, [...] pois nesse caso estariam os pais realmente compartilhando a custódia dos filhos, conciliando com a sua estável relação e fluido diálogo os interesses dos filhos comuns, sem alternar o tempo de estadia com a prole, como parecia confundir a noção de custódia compartilhada física, esta, surgida com a Lei n. 11.698/2008, e cuja desconcertante confusão os tribunais foram elucidando, mostrando que a guarda compartilhada do exercício conjunto do poder familiar não podia ser confundida com a guarda alternada da divisão equilibrada de tempo de permanência dos pais em relação aos

seus filhos, que passariam a viver em diferentes turnos com seus genitores (MADALENO, 2018, p. 572-573).

A guarda compartilhada, portanto, não se confunde com a guarda alternada. Na alternada, segundo Gonçalves (2018, p. 139) o filho passa um período com o pai e outro com a mãe determinando a divisão equitativa de tempo e, por consequência, sem o referencial de uma residência principal. Na guarda compartilhada, ou o poder judiciário decidirá, ou ficará a critério dos genitores planejar a convivência em suas rotinas quotidianas, levando por base o lar de referência.

Assim como Madaleno e Gonçalves acima citados, Dias (2016, p. 859) também classifica a guarda alternada como aquela cujo tempo de convívio é dividido igualmente entre os pais. Do mesmo modo se dá na maior parte da doutrina, definindo-a como a guarda em que, de fato, há uma rotatividade de residências, o que traria um fracionamento mais igualitário do tempo.

A guarda alternada, no entanto, além de receber críticas por não ser prevista em lei, posto que o Código Civil determina que as formas de guarda são ou a compartilhada ou a unilateral apenas, Dias (2016, p. 869) ainda explica esta modalidade sofre “uma injustificada resistência [...] principalmente dos profissionais da área psicossocial, sob a alegação de que a criança precisa ter um lar de referência”, no entanto, a autora reforça que estas conclusões não dispõem de comprovação científica.

Foi principalmente a redação do artigo 1.583, § 2º do Código Civil, determinando que “na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos” (BRASIL, 2002) que trouxe certa confusão entre as guardas compartilhada e alternada, bem como a confusão entre o instituto guarda com o da convivência, em razão da expressão “forma equilibrada” na divisão do tempo de convívio conectada exclusivamente à guarda compartilhada. Por isso, importante a análise da questão conceitual e de tal conflito no tratamento desses institutos nos julgados.

2. Guarda alternada *versus* convivência equilibrada: uma divergência conceitual que prejudica a aplicação prática na guarda compartilhada, com base nos julgados do TJSC

Se guarda quer dizer gestão, há uma confusão na nomenclatura guarda “alternada” como aquela que se reduz a uma classificação de divisão de tempo, já que, convívio e guarda são institutos que não se confundem. Em verdade, a gestão das decisões na modalidade alternada seria aquela em que: quando a custódia física da prole está com o pai, este é quem tomará as decisões e, quando com a mãe, desta, sem necessidade de consultar o outro. Neste caso sim se teria um contraponto com a compartilhada que, não importa com quem esteja a custódia física ao decorrer dos dias, as decisões são sempre conjuntas. Também se distingue da unilateral já que, nesta, estando o filho com um ou com outro genitor, a decisão acerca de eventuais questões cotidianas é somente do detentor da guarda unilateral.

Se houver a pretensão de unir ao conceito da guarda alternada a combinação de que, nesta, a convivência será de forma revezada, com divisão igualitária de tempo e revezamento de residências, haverá, certamente, confusão dos institutos. Isso porque, seria perfeitamente possível, por exemplo, a aplicação da guarda alternada, a fixação de lar de referência e a convivência apenas em finais de semanas quinzinais. Quando o filho estiver nesse período com o outro pai/mãe, e alguma decisão precise ser tomada, este teria liberdade de, sozinho, fazê-lo.

Nesse mesmo sentido aqui trazido, a Ministra Nancy Andrighi - na relatoria para julgamento do REsp. nº. 1.251.000/MG – definiu que “na guarda alternada, a criança fica em um período de tempo - semana, mês, semestre ou ano - sob a guarda de um dos pais que detém e exerce, durante o respectivo período, o Poder Familiar de forma exclusiva” (STJ, 2011). Ou seja, desvincula-se a guarda do convívio, pois aqui se está falando de gestão exclusiva quando a custódia física está com um ou com o outro genitor, independentemente da quantidade de tempo de convívio.

Retornando ao assunto da permissão legal do artigo 1.583, § 2º do Código Civil, em que o legislador possibilita na guarda compartilhada a divisão equilibrada de tempo, partindo-se da ideia de que equilíbrio não é necessariamente o mesmo que uma divisão precisa “meio a meio”, mas ao menos mais justa, é importante lembrar que a distribuição do tempo dos filhos deve ser de acordo com as suas reais necessidades de convívio, justamente para que os pais possam efetivamente participar da

vida cotidiana da prole e compreenderem mais a responsabilidade junto ao sadio desenvolvimento (MADALENO, 2018, p. 574). Isso porque, “mãe e o pai (ou os responsáveis) têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança” (MACIEL, 2019, p. 125).

A verdade é que, em maioria, a criança ou o adolescente passa a maior parte dos dias somente com um dos pais e, pouquíssimos dias do mês – e por consequência do ano – com o outro. Infelizmente, essa prática onera um genitor em prol do outro, bem como retira do filho o direito de convivência efetiva. Isso ocorre justamente porque se entende uma divisão mais equilibrada como a guarda alternada, que na prática não é aplicada.

Para confirmar essa situação, realizou-se uma pesquisa junto ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Nos termos de busca foram incluídos unicamente os termos “guarda” e “alternada” para julgados proferidos entre os anos de 2018 a 2023. O resultado apresentou vinte e sete resultados, sendo que dezenove diziam respeito à temática.

Em cinco desses julgados a guarda requerida em juízo foi diretamente nominada como a alternada, sendo um caso deferido e os demais indeferidos.

Em ao menos um dos indeferidos foi possível compreender que o pedido foi inclusive feito através de acordo entre os pais, homologado na origem, mas cujo recurso do Ministério Público fez o feito retornar ao primeiro grau para que o acordo fosse alterado diante da falta de previsão legal de guarda alternada e sob o argumento de que tal modalidade é prejudicial aos filhos (TJSC, 2018a).

Em outro, a argumentação para indeferimento serviu como base para que outros pedidos de guarda ou convivência alternada fossem negados, determinando que: “a chamada ‘guarda alternada’ sequer está prevista pelo ordenamento jurídico e, de ordinário, não preserva os interesses da infante, mas a comodidade dos pais, haja vista que as crianças necessitam de rotina, estabilidade e lar referencial para se desenvolver” (TJSC, 2018b).

Nos demais quatorze julgados, onze foram negados e quatro procedentes. Nestes a convivência já exercida de fato ou a requerida em juízo para ser aplicada possuía maior periodicidade. As partes não nomearam o pedido de guarda como alternada, inclusive, requeriam a guarda compartilhada, apenas solicitaram a convivência mais equilibrada.

Em todos os casos que foram negados, o Poder Judiciário afirmou que em razão dessa forma de convivência, estava ou iria ocorrer na prática uma guarda alternada e que esta não era aplicável. Por isso, após definir a guarda (como unilateral ou compartilhada), foi dito que era necessário um lar de referência e o direito de convivência, mas não mais equilibrado.

Destes, os argumentos mais comuns determinavam que: tal forma de “guarda” prejudica a criança ou o adolescente e não poderia ser permitida; que há inviabilidade de sua aplicação, uma vez que essa modalidade de “guarda” não observa o melhor interesse da criança, e que o seu grau de desenvolvimento necessita de um lar de referência; ausência de previsão legal; impossibilidade de manutenção da alternância; etc.

Destacando especificamente alguns, encontrou-se as seguintes justificativas: por ser a situação “não recomendável” (TJSC, 2020a); ou por não ser essa a rotina já adaptada dos filhos (TJSC, 2018c); ou por que os julgadores entenderam pela alternância prejudicial, posto que crianças, especialmente as de tenra idade necessitam de rotina e, conseqüentemente, de um lar referência (TJSC, 2018d).

Em nenhum dos julgados que negaram em razão da “prejudicialidade” há a informação de que foi realizado estudo psicossocial para ter essa afirmação confirmada, ou seja, a base argumentativa foi de compreensão geral e não específica do caso concreto de cada realidade familiar.

Importante destacar, com isso, que na prática o Judiciário na maioria dos casos ainda prefere manter a custódia física do filho a maior parte do tempo com um genitor – que normalmente é a mãe –, tendo o outro um tempo muito menor (como apenas finais de semana quinzinais, por exemplo) – que normalmente é o pai. Trata-se, portanto, de uma convivência desequilibrada que onera muito mais um dos genitores e, muitas vezes, pode perpetuar a desigualdade de gênero na responsabilidade para com os filhos.

Nesse sentido há um reforço, talvez involuntário, para que o direito de convivência continue sendo na prática um verdadeiro direito de visitas. Afinal de contas, ter a prole consigo apenas em finais de semana quinzinais, como ocorre em maioria, é uma visita e não uma convivência, pois,

[...] os encargos inerentes ao poder familiar não se limitam a assegurar ao genitor o direito de ter o filho em sua companhia em determinados períodos de tempo. A locução de visitas evoca

uma relação de índole protocolar, mecânica, como uma tarefa a ser executada entre ascendente e filho, com as limitações de um encontro de horário rígido e de tenaz fiscalização. Daí a preferência por direito de convivência ou regime de relacionamento, eis que é isso que deve ser preservado, [...]. Consagrado o princípio da proteção integral, em vez de regulamentar as visitas, é necessário estabelecer formas de convivência, pois não há proteção possível com a exclusão do outro genitor (DIAS, 2016, p. 866).

Por mais que se saiba que conviver não é necessariamente o mesmo que estar fisicamente junto, pois a presença na vida do ser humano pode ser constante mesmo que não de forma física, não se pode negar que essa forma desigual na divisão do tempo pode sim prejudicar o direito fundamental da criança ou do adolescente e que o convívio mais equilibrado reforça a união familiar e beneficia o filho em seu desenvolvimento. Especialmente quando a família deseja essa forma de convívio, a proibição do judiciário afasta qualquer tentativa de se manter uma habitual custódia física como ocorria enquanto os pais viviam juntos, por exemplo.

Dando continuidade à análise dos precedentes, destaca-se os seguintes e importantes argumentos: que a guarda alternada não se confunde com a convivência alternada, podendo ser procedente o pedido dessa forma de convívio (TJSC, 2019a); e que, como na prática já ocorria a guarda compartilhada e a convivência era alternada e, diante do relacionamento saudável entre as partes, deve assim ser mantido para que os pais tivessem convivência igualitária com as crianças (TJSC, 2019b).

Outra decisão favorável se deu em um recurso de uma genitora, pretendendo modificar o acordo de “guarda” alternada feito entre os genitores e homologado judicialmente. O recurso foi negado e o acordo foi mantido, uma vez que a criança já estava acostumada com essa dinâmica familiar e, eventual modificação poderia prejudicar o convívio com o pai, especialmente diante do trabalho do genitor (TJSC, 2018e).

Apesar dessas decisões, ainda são uma minoria esmagadora, pois, dos dezenove julgados encontrados, quinze foram contrários. De toda a pesquisa, o que mais se encontrou foi justamente os casos em que as partes escolheram a guarda compartilhada (de acordo com o permitido em lei), mas não conseguiram ter a convivência equilibrada (que também é permitida em lei), justamente pela confusão conceitual com a guarda alternada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compreensão individualizada de cada um dos institutos permite uma conceituação mais clara e uma maior possibilidade de se evitar conflitos conceituais. Por isso, faz-se necessário o esclarecimento para evitar a confusão entre os institutos da guarda, da manutenção dos filhos, da convivência e do lar de referência. Apesar de devidamente conectados, são autônomos por poderem – e deverem – ser analisados de forma separada.

No que diz respeito ao direito de convivência, há a permissão legal para que a divisão do tempo entre os pais seja equilibrada, principalmente para garantir à criança e ao adolescente um direito fundamental, mas na prática tal premissa é impedida diante do conflito com uma forma de guarda não prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Com isso, a problemática de pesquisa que questionou se o conceito utilizado para definir a guarda alternada estaria prejudicando a fixação de convivência equilibrada na guarda compartilhada, com base nos julgados Tribunal de Justiça de Santa Catarina nos anos de 2018 a 2023, teve resposta positiva, confirmando a hipótese levantada de que os institutos da guarda e da convivência não são observados de forma individualizada na prática, em razão do conceito dado para a guarda alternada, e que os julgados em maioria impedem a possibilidade de convivência equilibrada, mesmo quando se trata da guarda compartilhada.

Impressiona tal situação especialmente nos casos em que há harmonia familiar, onde mesmo com os pais separados, há a boa vontade de compartilhar a responsabilidade diária no cuidado dos filhos, mantendo a custódia física habitualmente distribuída entre os genitores.

Preocupa, do mesmo modo, o fato de o Poder Judiciário ser contra a essa forma de convivência com os argumentos de que é prejudicial à criança ou ao adolescente, sem realizar um estudo psicossocial para confirmar isso no caso concreto.

Tais entendimentos perpetuam que o genitor que com o filho não reside seja, em regra, um mero visitador, bem como auxiliam na manutenção do desequilíbrio de gênero. Passar apenas quatro dias do mês (em média), com um dos pais, é um desequilíbrio na divisão de responsabilidades, que prejudica inclusive a própria gestão da guarda compartilhada, mas principalmente deixa de ter um olhar voltado para o direito fundamenta à convivência familiar da criança e do adolescente.

A lei civil é clara ao declarar que a divisão equilibrada sempre deve ter em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos, por isso, a negativa sob a confusão conceitual de guardas ou de que a alternância é prejudicial, de forma geral, não é compatível com os direitos que o legislador tenta preservar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 15 jun. 2023.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Dicionário Escolar da Língua Portuguesa. 1 ed. Barueri, SP: Ciranda Cultural, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. 6: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de família contemporâneo*. 7ª. ed. Salvador: JusPodvim, 2020.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível n. 0309642-09.2017.8.24.0090*, da Capital, rel. Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 09-08-2018a. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora Acesso em: jul. 2023.

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível n. 0302995-66.2015.8.24.0090*, da Capital, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 12-07-2018b. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora Acesso em: jul. 2023.

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível n. 0303361-07.2015.8.24.0058*, de São Bento do Sul, rel. Rodolfo Cezar Ribeiro Da Silva Tridapalli, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 11-10-2018c. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora Acesso em: jul. 2023.

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Agravo de Instrumento n. 4027436-27.2017.8.24.0000*, de São José, rel. Rodolfo Cezar Ribeiro Da Silva Tridapalli, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 06-09-2018d. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora Acesso em: jul. 2023.

TJSC, Agravo de Instrumento n. 4021543-37.2018.8.24.0900, de Capivari de Baixo, rel. Jairo Fernandes Gonçalves, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 27-11-2018e. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora Acesso em: jul. 2023.

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Agravo de Instrumento n. 4011790-06.2019.8.24.0000*, de Criciúma, rel. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 04-06-2019a. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora Acesso em: jul. 2023.

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Agravo de Instrumento n. 4023010-98.2019.8.24.0000*, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. André Carvalho, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 17-09-2019b. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora Acesso em: jul. 2023.

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Agravo de Instrumento n. 4032329-90.2019.8.24.0000*, de Rio do Sul, rel. Jorge Luis Costa Beber, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 20-02-2020a. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora Acesso em: jul. 2023.

STJ – Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1251000/MG*. Rel. Min^a. Nancy Andrighi. Julgado em 23 de agosto de 2011. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=17109783&nreg=201100848975&dt=20110831&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: jul. 2023.

ADOÇÃO INTER-RACIAL NO ESTADO DE SANTA CATARINA: OS DESAFIOS DA FORMAÇÃO DE UMA FAMÍLIA MULTIRRACIAL

Interracial adoption in the state of Santa Catarina: the challenges of forming a multiracial family

Jamila Péterle dos Santos¹

Ismael Francisco de Souza²

INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente centraliza os interesses da adoção na figura do adotado por meio da proteção e da colocação da criança ou do adolescente em família substituta, na qual irá assumir os

1 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (PPGD – UNESC) e integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas (NUPED – UNESC). Advogada atuante nas áreas cível, família, sucessões e previdenciário. Endereço eletrônico: jamilapeterledossantos@gmail.com.

2 Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - RS (UNISC); Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina, graduado em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (2006). Professor e pesquisador Permanente do Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Direito e da graduação em Direito na disciplina de Direito da Criança e do Adolescente (UNESC). Líder do Grupo de Pesquisa: Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas. Pesquisador do Núcleo de pesquisa em Política, Estado e Direito (NUPED), e do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC). Colaborador externo 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.

mesmos direitos de um filho biológico. Ocorre que, para que haja essa vinculação do adotado a uma nova família, diversos são os obstáculos a serem superados. Dentre os inconvenientes do processo de adoção, o preconceito com as crianças e adolescentes negros se mostra como um dos mais poderosos à efetivação do direito à convivência familiar. As exigências impostas pelos adotantes, provenientes da idealização das características fenotípicas, expressam escancaradamente o preconceito racial na prática adotiva.

A escolha do tema adoção inter-racial se mostra relevante quando nos deparamos com os números apresentados no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA). Embora a discriminação racial tenha sido uma temática de destaque atualmente, a adoção inter-racial é ainda pouco pesquisada no âmbito dos profissionais das ciências humanas e sociais.

O objetivo geral da pesquisa é analisar e estudar os dados constantes no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, no que diz respeito às adoções inter-raciais no estado de Santa Catarina. Na busca pelo atributo crucial para o exercício da cidadania em sua plenitude, o estudo abarcará os desafios da adoção de crianças e adolescentes negros como forma de proteção social desta categoria que tem ceifado o direito à convivência familiar e comunitária.

Para tanto, os objetivos específicos são: comparar o número de crianças e adolescentes negros e brancos que foram adotados no estado de Santa Catarina nos últimos 5 anos; analisar o perfil e exigências dos pretendentes à adoção no estado de Santa Catarina; e identificar quais os obstáculos da efetivação do direito à convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes negros que se encontram institucionalizados.

A pesquisa se justifica tendo em vista que as crianças e os adolescentes que se encontram em processo de adoção, no estado de Santa Catarina, são majoritariamente brancos, sendo que apenas 14 crianças ou adolescentes negros, cerca de 4,8%, estão em processo de adoção.

Como problema de pesquisa tem-se o seguinte: o que mostram os dados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento e quais os obstáculos para a efetivação da adoção inter-racial no estado de Santa Catarina?

A hipótese mais provável diante do problema pesquisado se caracteriza pelo racismo incutido na sociedade desde a colonização. Há

uma ideia distorcida de que as pessoas negras³ são seres involuídos e, por isso, a cor da pele e os traços raciais que permitem a caracterização de crianças e adolescentes como negros prejudicam a convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes institucionalizados, uma vez que tais características são desvalorizadas pela maioria dos pretendentes à adoção.

O método de abordagem é o dedutivo, onde, inicialmente, será realizada uma análise das premissas gerais sobre o assunto e posteriormente das mais específicas. O método de procedimento é o monográfico e o estudo utiliza técnicas de pesquisa bibliográfica, por meio de exploração em artigos científicos publicados em revistas, livros, bem como teses e dissertações, além da pesquisa de dados estatísticos no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento.

DESENVOLVIMENTO

A adoção inter-racial é uma temática que envolve vários avanços e muitos desafios históricos, e para a compreensão das suas características, dificuldades e consequências é necessário tecer breves aspectos sobre a construção histórica do direito da criança e da raça no Brasil.

O reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos na condição peculiar de desenvolvimento da personalidade se deu a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com a consagração da Teoria da Proteção Integral (SOUZA; ZANETTE, 2014). Anteriormente, vigorava no Brasil os Códigos Menoristas, que traziam uma herança colonial alicerçada no patrimonialismo, no paternalismo, no populismo, no centralismo e no autoritarismo e sempre foi utilizado sob os interesses exclusivos dos donos do poder, sem levar em conta o cuidado e a atenção necessária às crianças e aos adolescentes (REIS; CUSTÓDIO, 2017).

Os Códigos Menoristas baseavam-se em concepções ultrapassadas e “[...] não dispunham de uma proteção efetiva à infância brasileira, ao contrário, foram responsáveis por culpabilizar e punir principalmente a família e as crianças e adolescentes empobrecidos.” (LIMA; VERONESE, 2012, p. 51). A partir da promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil vários direitos foram ampliados,

3 Sempre que for utilizada a nomenclatura “negro(s) ou negra(s)” neste trabalho, estar-se-á referindo a pretos e pardos, conforme a classificação do IBGE.

especialmente no campo dos direitos sociais, como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer e da criança e do adolescente (LIMA; VERONESE, 2012).

A proteção integral vai além de ser apenas um princípio fundamental no âmbito do direito internacional e dos Estados-Partes, ela é considerada um marco teórico base do ramo do Direito da Criança e do Adolescente, que foi consolidada a partir da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas e das legislações internas de cada país (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2022). Esta Teoria, portanto, tem sua base estruturada em princípios elencados, explícita e implicitamente, dentro do ordenamento jurídico nacional e objetiva o embasamento e a orientação para a aplicação do Direito da Criança e do Adolescente a partir da Constituição da República Federativa do Brasil (MOREIRA; PEREIRA; MOREIRA, 2022).

Nessa linha protecionista e garantista, que surge no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição Federal e sequencialmente do Estatuto da Criança e do Adolescente, firma-se uma posição internacional claramente oposta à institucionalização de crianças, e as legislações passam a ressaltar a responsabilização das famílias e a garantia da convivência familiar e comunitária às crianças e adolescentes (RIZZINI et al, 2006). O Estatuto da Criança e do Adolescente assegura que toda criança e adolescente tem o direito de ser criado no seio familiar ou, excepcionalmente, em família substituta, como forma de garantir o seu desenvolvimento integral, resguardando àqueles institucionalizados a mínima permanência, não se prolongando por mais de 18 (dezoito) meses (BRASIL, 1990).

Quando a reinserção na família originária não ocorre, as crianças e os adolescentes devem ser inseridos em famílias substitutas por meio da adoção, o que nas palavras de Weber (2003, p. 26), “é uma relação de criação de sentimento de amor, na qual as pessoas envolvidas caminham juntas para adotarem-se umas às outras [...] é uma maneira de formar e/ou aumentar uma família e realizar trocas afetivas entre os membros.” Todavia, a realidade na prática é bem diferente, especialmente para as crianças e adolescentes negros.

O Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento vai mostrar que 33,2% dos pretendentes preferem adotar crianças entre 2 e 4 anos brancas; e que as crianças e adolescentes disponíveis para adoção são majoritariamente negros (cerca de 70,8%) (BRASIL, 2023). Em Santa Catarina não é diferente. Conforme o SNA, 44,1% das crianças e adolescentes

disponíveis para adoção são negras, e 95,3% dos pretendentes não querem adotá-las (BRASIL, 2023). Há, nesse cenário, um choque entre a vontade dos pretendentes e a viabilidade das crianças e adolescentes disponíveis para adoção, e isso acontece, pois existem marcas racistas compenetradas nos brasileiros desde o processo de colonização no Brasil. Nas palavras de Lima, Souza e Lino (2018, p. 68), há “grupos sociais reconhecidos por marcas inscritas no corpo dos indivíduos (cor da pele, tipo de cabelo, estatura, forma do crânio etc.), e essas marcas causam a aceitação ou a rejeição por parte não apenas de pretendentes à adoção, mas [...] da população em geral”

Os pretendentes são fruto de uma construção histórica racista e a reproduzem no momento da adoção quando desejam que seus filhos adotivos tenham o fenótipo semelhante ao seu. Na lógica de que a maioria dos pretendentes são brancos, obviamente haverá um número elevado de crianças e adolescentes negros que passam a vida esperando por uma adoção que nunca ocorreu. Há, inclusive, pretendentes que escolhem crianças de regiões brasileiras onde a miscigenação não é evidente, como aquelas regiões com predominância de imigração italiana ou germânica (GOMES et al, 2020).

Na descrição de características e traços étnicos exigidos pelos casais pretendentes, exclui-se a criança negra no momento da escolha. Os futuros pais analisam que a criança será beneficiada, futuramente, se estiver inserida em um grupo étnico racial que não experimenta a discriminação sócio racial (GOMES et al, 2020, p. 124).

A consequência não pode ser outra, senão a institucionalização prolongada de crianças negras e a ineficácia do direito fundamental à convivência familiar e comunitária. As consequências e os efeitos desse acolhimento prolongado podem ser dolorosos e irreversíveis, o que condiciona o poder público, como garantidor e protetor dos direitos das crianças e dos adolescentes, encontrar maneiras de minimizar esses efeitos, proporcionando ao adolescente acolhido expectativas para um futuro fora da instituição, ou preferencialmente, criar mecanismos prévios que impeçam o acolhimento prolongado e o consequente desligamento compulsório (PEREZ, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à convivência familiar e comunitária é visto como garantia da criança e do adolescente que tem como base outros princípios conquistados ao longo da história, como da dignidade da pessoa humana e da prioridade absoluta, protagonizando a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e demonstrando a necessidade de vínculos familiares para o correto e sadio desenvolvimento humano. É com base nessa premissa que a rejeição à adoção de crianças e adolescentes negros viola direitos conquistados ao longo da história.

O preconceito racial no processo de adoção se manifesta por meio das demandas e exigências feitas pelos pretendentes durante o cadastro, onde eles expõem suas idealizações e preferências em relação à criança desejada, transformando o processo em algo mercantilizável. E, apesar dos avanços da nossa sociedade, ainda existem temas que são tratados de maneira preconceituosa ou negligenciados no âmbito científico. A adoção é um desses temas, que, apesar de ser uma prática comum na sociedade ao longo dos tempos, continua sendo envolta em silêncio, alimentada por medos e mitos.

Em uma adoção inter-racial, é crucial que as características culturais e biológicas da criança ou do adolescente sejam vivenciadas e reconhecidas de maneira positiva, incluindo a cor da pele. Se uma criança ou um adolescente negro, adotado por pais brancos, se sentir e for tratado como um membro verdadeiro dessa nova família, em um ambiente de dignidade e respeito mútuo, isso pode abrir caminho para a formação de uma família multirracial, mesmo em sociedades onde ainda existem fortes sinais e barreiras estabelecidas entre diferentes raças.

É evidente que a sociedade ainda não está preparada para lidar com a realidade da adoção inter-racial, uma vez que a filiação adotiva ainda é vista com restrições. Além disso, essa situação é agravada pelo histórico de subalternidade que os negros enfrentaram desde os tempos da colonização, resultando em uma representação sociocultural e uma discriminação contínua para essa parcela da população. Mesmo depois de mais de um século desde o fim da escravidão, a sociedade brasileira ainda baseia suas relações sociais na produção e reprodução de cultura, preconceito e discriminação, perpetuando o racismo em seu meio.

Há muito a ser feito e muitas ações a serem realizadas para alcançar o objetivo de garantir que crianças e adolescentes negros, que foram abandonados em instituições, tenham o direito de desfrutar de uma

convivência familiar e comunitária digna. Alguns caminhos podem ser percorridos de forma articulada em nível político, legal e científico, visando a superação desses desafios.

Conclui-se, portanto, com a esperança de que se possa desafiar e, idealmente, eliminar os mitos, preconceitos e estereótipos que envolvem a adoção inter-racial, na busca de modificar o conceito de criança adotável por meio de um compromisso ético, profissional e cidadão em relação às gerações futuras, com o objetivo é reduzir as divisões que frequentemente existem entre a família biológica e a família adotiva, a fim de criar uma cultura positiva e favorável à adoção inter-racial.

REFERÊNCIAS

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento**: Painel de Acompanhamento. 2023. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056=8999-4434-913b-74f5b5b31b2a&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em: 14 jul. 2023.

BRASIL, **Lei 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: 14 jul. 2022.

CUSTÓDIO, André Viana, MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. O contexto da violação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. In: CUSTÓDIO, André Viana, MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa (Org.) **Violações de direitos de crianças e adolescentes no Brasil contemporâneo**. Criciúma: Editora Belcanto, 2022. E-book.

GOMES, Gisele Ransckoki et al. Adoção inter-racial e adoção tardia: Avanços e desafios na garantia do direito à convivência familiar e comunitária. **Humanidades em Perspectivas**, v. 2, n. 4, 2020. Disponível em: <https://www.revistasuninter.com/revista-humanidades/index.php/revista-humanidades/article/view/115>. Acesso em: 14 jul. 2023.

LIMA, Fernanda da Silva; SOUZA, Ismael Francisco de; LINO, Pâmela Guimarães. **Infância, discriminação e adoção**: o direito à convivência familiar e comunitária às avessas no Brasil. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo, 2018. E-book.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Petry. Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. **Pensando o Direito no Século XXI**, v.5. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. E-book.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa; PEREIRA, Maria Laura Pêgas; MOREIRA, Hadiene Alves. Interseccionalidades entre a teoria da proteção integral e as teorias da cidadania. In: CUSTÓDIO, André Viana; SOUZA, Ismael Francisco de. **Sistema de garantias de direitos: proteção fundamental para crianças e adolescentes e jovens**. Criciúma: Editora Belcanto, 2022. E-book.

PEREZ, Luciana Cassarino. **Entre o acolhimento institucional e a vida adulta: uma análise do processo de transição**. 2018. Tese (Doutorado em Psicologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/188726>. Acesso em: 14 jul. 2023.

REIS, Suzéte da Silva; CUSTÓDIO, André Viana. Fundamentos históricos e principiológicos do direito da criança e do adolescente: bases conceituais da teoria da proteção integral. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 31, n. 3, 621-659, set/dez, 2017. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63360250/Fundamentos_historicos_e_principiologico. Acesso em: 14 jul. 2023.

RIZZINI, Irene et al. **Acolhendo crianças e adolescentes: experiências de promoção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2006.

SOUZA, Ismael Francisco de; ZANETTE, Sandra Muriel Zadroski. Publicidade na sociedade de consumo: uma análise da interferência dos meios de comunicação na formação da criança, sob o enfoque da doutrina da proteção integral. In: SOUZA, Ismael Francisco de; DEL MORO, Rosangela (Org.). **Direito da criança e do adolescente. Coleção Pensar Direito**, v.1. Curitiba: Íthala, 2014. E-book.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Aspectos Psicológicos da Adoção**. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2003.

A ESCOLA COMO ESPAÇO ESTRATÉGICO AO DESENVOLVIMENTO DA ESCUTA ESPECIALIZADA PARA O ENFRENTAMENTO DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS NA INFÂNCIA

The school as a strategic space for the development of specialized listening to face violations of childhood rights

Débora Karoline de Oliveira Magalhães ¹

Ismael Francisco de Souza ²

-
- 1 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. Bolsista nível Mestrado da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina - FAPESC. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário UniDomBosco (2023). Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Região da Campanha - URCAMP (2021). Integrante do Grupo de Pesquisas sobre Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas; Integrante do Núcleo de Pesquisa em Política, Estado e Direito (NUPED) e Colaboradora externa do Grupo de Pesquisas sobre Direitos Humanos e Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes (GEDIHCA-URCAMP). Endereço eletrônico: debrmagalhaes@gmail.com.
 - 2 Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - RS (UNISC); Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina, graduado em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (2006). Professor e pesquisador Permanente do Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Direito e da graduação em Direito na disciplina de Direito da Criança e do Adolescente (UNESC). Líder do Grupo de Pesquisa: Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas. Pesquisador do Núcleo de pesquisa em Política, Estado e Direito (NUPED), e do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC). Colaborador externo 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.

INTRODUÇÃO

As violações de direitos são manifestadas por diferentes formas no período da infância, especialmente pela via das diversas modalidades de violências contra crianças e adolescentes que são praticadas por diversas pessoas e/ou instituições nos diferentes espaços de convívios, demandando um olhar atento para a proteção da infância a partir da adoção de mecanismos que devem ser executados em locais estratégicos, como a escuta especializada executada no ambiente escolar. O tema da presente abordagem refere-se as violações de direitos contra crianças e adolescentes, sendo delimitado na escuta especializada executada na escola como alternativa ao enfrentamento das violências no período da infância, o que é justificado por ser a base das discussões realizadas no decurso da minha dissertação que se encontra em desenvolvimento, tendo por objetivo principal compreender o modo pelo qual vem ocorrendo a instrumentalização da escuta especializada no ambiente escolar a partir dos municípios com a finalidade de enfrentamento das situações de violência contra crianças e adolescentes.

O problema que norteia a presente pesquisa parte do seguinte questionamento: de que maneira a escuta especializada poderá atuar como alternativa na escola para o enfrentamento das violações de direitos na infância?

O objetivo geral desta abordagem refere-se à execução da escuta especializada realizada no ambiente escolar como alternativa ao enfrentamento das violações de direitos pela via das violências contra crianças e adolescentes.

Para a resolução da problemática foram desenvolvidos os seguintes objetivos específicos: verificar o contexto das violações de direitos pela via das violências contra crianças e adolescentes; ilustrar a escola como espaço estratégico de prevenção e promoção de direitos e demonstrar a escuta especializada executada na escola como alternativa ao enfrentamento das violações de direitos na infância.

A hipótese inicial identifica que a escuta especializada executada no ambiente escolar é um importante mecanismo para o enfrentamento das violações de direitos que são manifestadas principalmente pelas violências no período da infância, à medida que haja capacitação técnica e compatível ao manuseio da escuta especializada por parte dos atores que integram a comunidade escolar. Isso porque a escola é o espaço de maior socialização de crianças e adolescentes, o que possibili-

ta a intervenção primária em situações que potencializam as violações de direitos, de modo que a escuta especializada, uma vez executada de forma adequada, atuará como importante instrumento de combate as violações de direitos a partir de suas múltiplas finalidades.

A metodologia da presente análise consiste no método de abordagem dedutivo, partindo de um contexto geral do tema, o qual corresponde a análise da execução da escuta especializada realizada no ambiente escolar como alternativa ao enfrentamento das violações de direitos contra crianças e adolescentes, chegando a premissas específicas por meio da verificação do contexto das violações de direitos contra crianças e adolescentes; ilustração da escola como espaço estratégico de prevenção e promoção de direitos e demonstração da escuta especializada executada na escola como alternativa ao enfrentamento das violações de direitos na infância, a fim de obter como resultado as maneiras pelas quais a escuta especializada poderá atuar como alternativa na escola para o enfrentamento das violações de direitos na infância. O método de procedimento é o monográfico, enquanto a técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica com base na investigação e coleta de informações em artigos científicos, dissertações e livros que versam sobre a temática objetivo da presente análise.

DESENVOLVIMENTO

As violações de direitos contra crianças e adolescentes são manifestadas em diferentes formas, que podem ser configuradas pela ausência da promoção de direitos básicos e essenciais, assim como pela violação de direitos já consolidados. As violências representam parcela dessas violações por meio das suas diversas modalidades, as quais podem ser classificadas em violência física, sexual, moral, abandono e tortura, conforme dados registrados no Mapa da violência em 2011 pelo Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), órgão do Ministério da Saúde responsável pela identificação pelas equipes do Sistema Único de Saúde (SUS) no âmbito das políticas de atendimento (WAISELFISZ, 2012, p. 67).

As violências consistem em um problema complexo cercado por múltiplas causas que refletem diversas consequências ao presente e futuro de crianças e adolescentes. A complexidade das violências pode ser exemplificada a partir das suas várias configurações subdivi-

didadas em outras tantas violências, como a violência sexual, que pode ser classificada em pornografia infantil, exploração sexual, assédio sexual e estupro. As particularidades das violências também podem ser visualizadas por meio dos diferentes locais de incidência, assim como pela singularidade de cada pessoa ou instituição que a comete e também pelos diferentes argumentos utilizados para legitimar essas violações de direitos (BRASIL, 2018, p. 5).

Trata-se de um fenômeno social perpassado a cada geração, onde suas raízes se perpetuam no tempo ao abrigo das causas que motivam situações de violência, as quais decorrem, principalmente, dos fatores culturais; das relações de poder; das desigualdades; sejam elas econômicas, sociais, de gênero e raça; assim como são fundadas na desvalorização de crianças e adolescentes pela via da coisificação da infância e do adultocentrismo (LIMA, 2023, p. 32; 37-38).

As consequências, assim como os fatores que motivam as violências, não são extintivas, ao contrário, são variáveis, a depender da forma de violência e local de sua prática. Certo é que o desenvolvimento integral de meninos e meninas ficará prejudicado no instante em que há incidência de qualquer violência ou ameaça a violação de direitos direcionadas a essas pessoas. É possível mencionar que a violência é uma prática primitiva de tratamento a crianças e adolescentes, onde seus reflexos repercutem especialmente no modo de conviver em sociedade, sem contar nos danos gerados a saúde física e psíquica. Pode-se dizer então que as consequências das violências podem ser experimentadas a curto e longo prazo a partir da manifestação de fatores pessoais e sociais, pois a violência é marcada pela negação de valores universais intrínsecos a cada ser humano, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, o respeito e a igualdade, os quais, uma vez violados, anulam a possibilidade de uma infância feliz e saudável (DE CARLI, 2020, p. 495).

As violências não são uma particularidade de um ambiente específico, pois são manifestadas em diferentes contextos, alguns com mais possibilidades para a identificação dessa prática, outros nem tanto, pois são mais restritos, como no caso dos espaços familiares, especialmente das famílias de classe média ou alta, o que gera obstáculos a constatação das violações de direitos, não significando que as mesmas não ocorrem ou se ocorrem são com frequência reduzida (LIMA, 2023, p. 36).

É importante os espaços de socialização de crianças e adolescentes estarem atentos a toda prática que se mostre incomum as peculiaridades da infância, momento em que a escola surge como espaço

estratégico ao reconhecimento de situações com potencial a desencadear violações de direitos, de modo a garantir uma atuação ativa não só no atendimento de direitos violados, mas especialmente prevenindo e promovendo ações para evitar que garantias sejam corrompidas. Isso porque o espaço escolar é o ambiente em que crianças e adolescentes socializam boa parte do dia, de modo a compartilhar e experimentar sentimentos, aprendizados e questionamentos de toda ordem. Essa interação viabiliza a constatação inicial de violações de direitos que podem estar acontecendo na vida cotidiana de meninos e meninas, podendo ser manifestadas por meio da alteração no comportamento que se apresenta peculiar as características pessoais de cada pessoa (ROCHA; LEMOS; LÍRIO, 2011, p. 281).

A atuação estratégica da escola pressupõe o reconhecimento do espaço escolar como local apropriado para a elaboração de ações educativas que deve considerar a condição da criança como pessoa em pleno processo de desenvolvimento de suas capacidades físicas e psíquicas. De igual modo, é necessário conhecer as dimensões das violações de direitos, principalmente as que decorrem das violências, é fundamental investigar suas causas e possíveis consequências para que haja uma intervenção adequada e efetiva por parte dos atores que integram a comunidade escolar (MAIA, 2018, p. 45).

A importância conferida a escola em relação ao combate as violências e promoção de direitos decorre da sua posição de proximidade perante a sociedade, assim como de importante órgão articulador na rede de atendimento. Suas múltiplas funções possibilitam o protagonismo escolar em razão de ser o espaço que, muitas vezes, ocorre a identificação primária das situações de violência, viabilizando o agir mais célere e efetivo por meio da articulação junto aos demais atores que integram o Sistema de Garantias de Direitos (BARROSO, 2016, p. 42).

Como espaço estratégico a prevenção e promoção de direitos, a escola, espaço de multiplicação de informações por meio do processo de ensino e aprendizagem, os quais refletem na construção de valores e conhecimentos, viabiliza a articulação do ensino mediante temáticas atuais de interesse a sociedade, caracterizando a prática do saber pela via dos temas transversais, que são essenciais para a construção de uma cultura escolar pautada no empoderamento de crianças e adolescentes para a percepção e enfrentamento de situações que potencializam as violações de direitos. Os temas transversais confrontam a realidade ao questionarem a sociedade que estamos construindo, a qual deve ser

traçada a partir das noções de respeito e valorização das diversidades (MAGALHÃES; MOREIRA, 2022, p. 75).

A escola é o espaço físico que atua como instrumento social que possui maior proximidade junto a crianças e adolescentes por meio da relação de confiança entre aluno-professor. Esse vínculo concede ao espaço educacional a posição privilegiada de facilitador para a promoção de direitos e prevenção contra as violências. Isso porque é o local de apoio social e afetivo que viabiliza a ruptura com a cultura do segredo, obstáculo ao conhecimento das situações de violência, especialmente as de caráter sexual (SANTOS; et al., 2020, p. 172).

As ações escolares atuam no combate às violências a partir de três níveis de prevenção, sendo o primeiro voltado a elaboração de ações educativas para que meninos e meninas se apropriem de seus direitos transmitidos em sala de aula ou adquiridos por meio de programas escolares. O reconhecimento acerca dos próprios direitos possibilita a distinção de abordagens adequadas e inadequadas que velam a prática das violências. Essa distinção é igualmente facilitada pela oferta de programas de ensino voltados à percepção dos reflexos negativos das violências praticadas na infância. O nível de prevenção secundária da escola é crucial para a identificação e suspeita das situações de violência, assim como para a redução dos impactos gerados pelas situações em que já houve a constatação de violência. Essa etapa preventiva é pautada na relação de confiança estabelecida pelo profissional da educação junto a crianças e adolescentes, bem como na habilidade desse profissional em observar eventuais alterações comportamentais que impliquem em possíveis violações de direitos que estejam afetando o desenvolvimento normal de meninos e meninas. A prevenção terciária atua a partir da constatação de violência no sentido de evitar o sofrimento continuado e repetido ocasionado pela revitimização, possibilitando o desenvolvimento de ações estratégicas fortalecido pela comunhão de esforços da comunidade escolar como o local de apoio em rede para o cumprimento da proteção integral (SANTOS; et al., 2020, p. 171-172).

A viabilização de alternativas no âmbito escolar ao enfrentamento das violações de direitos pode ocorrer de forma efetiva a partir da operacionalização da escuta especializada na escola. Trata-se de um mecanismo que visa a proteção integral a partir da noção de atendimento em rede guiado pelo diálogo intersetorial entre os órgãos que compõem o Sistema de Garantia de Direitos, como o Sistema Educacional. A lei n. 13.431/2017 estabelece que o procedimento de escuta deve ser rea-

lizado pelos órgãos da rede de atendimento, a qual é composta pelas áreas da saúde, educação, segurança pública e assistência social, tendo como pressuposto a prevenção das violências e superação dos reflexos daquelas já ocorridas mediante o processo de escuta acerca de informações que se limitam ao conhecimento necessário dos acontecimentos (MAGALHÃES; SOUZA, 2022, p. 3).

A escuta especializada é uma importante ferramenta de combate às violações de direitos, mas que demanda precauções no seu manuseio, a fim de evitar a perpetuação do ciclo de violências, seja pela via da revitimização, seja pela via da violência institucional. Isso porque é um procedimento que tem como pressuposto a adoção de fluxos e protocolos que devem seguir um padrão a partir da constatação ou suspeita de violência, ao mesmo tempo, em que deve ser um fluxo flexível, conforme as características de cada órgão da rede de atendimento. A aplicação adequada da escuta requer necessariamente o emprego de uma cultura de investimentos em estudos, pesquisas e capacitações periódicas para o correto exercício da atividade, pois o sucesso na execução das políticas públicas demanda constante emprego de recursos econômicos e financeiros (INSTITUTO WORLD CHILDHOOD FOUNDATION, 2021).

Em relação ao ambiente escolar como local estratégico a execução da escuta especializada, é necessário o treinamento contínuo dos profissionais que atuam na rede escolar, pois a comunidade de ensino precisa ter propriedade em relação aos procedimentos a serem adotados após uma constatação de violência ou ato de revelação espontânea, assim como a linguagem a ser adotada durante o processo de escuta, o que vai ser essencial para a promoção de direitos e redução de impactos das violências sofridas a partir do compartilhamento de informações sob a perspectiva de diálogo intersetorial em rede (BRASIL, 2013, p. 28).

As violações de direitos devem ser cuidadas para evitar a sua incidência, o que ocorre pela via da construção de uma cultura de ações estratégicas de sensibilização pela via do diálogo e compartilhamento de informações, o que não deve eliminar as medidas a serem aderidas no instante em que há constatação de violência. A escuta especializada no ambiente escolar percorre o caminho da prevenção e proteção de direitos a partir das suas múltiplas finalidades que não se limitam a reduzir os impactos das violências já sofridas. A proximidade da escola junto a sociedade, assim como a relação de confiança estabelecida entre alunos e comunidade escolar, configura mecanismo facilitador para a operacionalização da escuta especializada de forma adequada, contri-

buindo efetivamente para o diálogo em rede e êxito na proteção aos direitos da infância, os quais devem dialogar com a proteção integral (BRASIL, 2013, p. 28).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A escola desempenhando papel crucial no processo de prevenção, identificação e enfrentamento das violações de direitos em decorrência da posição estratégica que ocupa perante a sociedade. A proximidade entre aluno-profissional da rede escolar é fundamental para o estabelecimento das relações de confiança, fundamental para a construção de ações estratégicas com base em atividades educativas e de sensibilização, viabilizando o fortalecimento de uma cultura de proteção de direitos no âmbito escolar.

A operacionalização da escuta especializada executada na escola trilha o caminho preventivo e protetivo aos direitos de crianças e adolescentes, porém é um mecanismo complexo cujo sucesso requer a comunhão de esforços em rede, pois é um processo que visa a prevenção das violações de direitos, assim como a redução dos impactos das violências já efetuadas para que a celeridade no atendimento e o diálogo em rede sejam potencializados a partir da escola.

Os profissionais que atuam na comunidade escolar necessitam de treinamento e capacitação contínua para o reconhecimento de situações que potencializam as violações de direitos, assim como devem estar munidos de conhecimento técnico para proceder aos caminhos adequados a serem percorridos no momento em que uma criança ou adolescente revela de forma espontânea que foi vítima ou testemunha de violência. Esse conhecimento técnico demanda estudos, pesquisas, valorização da escola como local estratégico a identificação, bem como prevenção das violências, reconhecimento das dimensões das violências a partir das suas causas e consequências, mas especialmente requer o direcionamento de recursos econômicos e financeiros a esfera educacional para que suas potencialidades não fiquem apenas no plano teórico. O correto atendimento de meninos e meninas pela comunidade escolar reflete no êxito do diálogo intersetorial a partir da atuação ativa da escola, que é um importante órgão da rede de atendimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância Sanitária. *Análise epidemiológica da violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil, 2011 a 2017*. Boletim Epidemiológico, Brasília, v. 49, n. 27, jun. 2018. Disponível em: <https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2019/07/2018-024.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2023.

BRASIL. *Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes*. Brasília: CONANDA, 2013.

BARROSO, Evelyn da Silva. *Rede de proteção aos direitos de crianças e adolescentes vítimas da violência doméstica em Niterói*: contribuição da política de assistência social a partir do Centro de Referência Especializado de Assistência Social. 2016. 128 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social), Programa de Pós-Graduação em Serviço Social. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Ri, Rio de Janeiro, 2016.

DE CARLI, Eliane Freire Rodrigues de Souza. As implicações da violência no desenvolvimento das crianças e adolescentes. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (Organizadora). *Estatuto da Criança e do Adolescente – 30 anos: grandes temas, grandes desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

INSTITUTO WORLD CHILDHOOD FOUNDATION. Childhood Brasil: pela proteção da infância. *O fluxo de atendimento da educação para a proteção de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violências*. 2021.

LIMA, Rafaela Preto de. *As estratégias locais de políticas públicas para o enfrentamento da violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes no município de Bagé-RS no período 2009-2019*. 2023. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Santa Cruz, 2023.

MAGALHÃES, Débora Karoline de Oliveira; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. O papel do sistema educacional na promoção de ações de sensibilização para o enfrentamento da exploração sexual comercial de meninas negras. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (Organizadora). *Lições de Direito da Criança e do Adolescente*. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2022.

MAGALHÃES, Débora Karoline de Oliveira; SOUZA, Ismael Francisco de. Ações estratégicas para a execução na escola da escuta especializada de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual. In: XVIII Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, v. 18, 2022, Santa Cruz do Sul. *Anais eletrônicos*. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2022.

MAIA, Ana Paula. *A escola na rede de proteção dos direitos de crianças e adolescentes*: guia de referência. São Paulo: Ação Educativa, 2018.

ROCHA, Genylton Odilon Rêgo da; LEMOS, Flávia Cristina; LIRIO. Enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil: políticas públicas e o papel da escola. *Revista Cadernos de Educação*, Pelotas, n. 38, v. 0, p. 259-287, jan./abr. 2011.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; CALDAS, Carlos Eduardo; GUERRA, Ionária; IPPÓLITO, Rita. Revelação de situações de violência no ambiente escolar, escuta especializada e o cuidado de crianças e de adolescentes. In: SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista (Organizadores). *Escuta protegida de crianças e de adolescentes vítimas ou testemunhas de violências*: aspectos teóricos e metodológicos. Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2020.

WASELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da violência 2012: *Crianças e Adolescentes do Brasil*. Rio de Janeiro: Cebela, 2012

A FUNÇÃO SOCIALIZADORA DA ESCOLA COMO DEMONSTRAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE EM OPOSIÇÃO AO *HOMESCHOOLING*

The Socializing Function Of The School As A Demonstration Of The Constitutional Principle Of Solidarity As Opposed To Homeschooling

Priscila de Freitas¹
Jorge Renato dos Reis²

-
- 1 Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc, área de concentração Diversidade e Políticas Públicas, com bolsa Capes. Mestre em Direito, área de concentração Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa Capes. Especialista em Direito Imobiliário, Notarial e Registral - IRIB/Unisc. Pós-graduada em Direito Processual Civil: Novo Código de Processo Civil – ENA/Unisc Graduada em Direito pela Unisc. Integrante do grupo de pesquisa **“Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado”**, coordenado pelo Professor Dr. Jorge Renato dos Reis e vinculado ao CNPq. Advogada. E-mail: pri_freitas02@hotmail.com.
 - 2 Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Especialista em Direito Privado pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul – Fisc. Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito da Unisc, onde foi coordenador de 2004 a 2011. Professor na Graduação, Mestrado e Doutorado da Unisc. Professor de cursos de Pós-Graduação Lato-Sensu em diversas universidades do país. **Coordenador do grupo de pesquisa Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado**, ligado ao PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Unisc. É advogado atuante. E-mail: jreis@unisc.br.

INTRODUÇÃO

A temática da escolarização domiciliar foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no ano de 2018. Dentre os fundamentos dos votos dos ministros, é possível destacar a função socializadora da escola. Desse modo, pretende-se abordar a função socializadora da escola como demonstração do princípio constitucional da solidariedade como tema principal, bem como abordar o dever de solidariedade, correlacionado com o dever da família, Estado e sociedade de garantir o direito à educação de crianças, adolescentes e jovens como instrumento para a efetivação dessa função.

Assim, questiona-se se é possível compreender a função socializadora da escola como demonstração do princípio da solidariedade em oposição ao *homeschooling*. Assim, parte-se de hipótese positiva, com base na decisão proferida pelo STF. Utiliza-se como método o indutivo, iniciando a análise na decisão, para após abordar o direito à educação e a função socializadora da escola para, por fim, discorrer sobre o princípio da solidariedade. Salienta-se que se trata de estudo preliminar.

DESENVOLVIMENTO

Em 2018 o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário 888.815 Rio Grande do Sul, o qual versava sobre a necessidade de lei formal, editada pelo Congresso Nacional, para regulamentar o ensino domiciliar. Na origem do caso foi impetrado mandado de segurança por incapaz contra ato da Secretaria Municipal de Educação de Canela/RS, que, em resposta à solicitação de seus pais, impediu a educação domiciliar desse e recomendou sua imediata matrícula em rede regular de ensino.

A sentença de primeiro grau indeferiu a inicial, por não haver permissão expressa de ensino doméstico na legislação brasileira, contendo, a inicial, pedido juridicamente impossível. Em recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul confirmou a decisão de primeiro grau, de modo que negou direito de educação domiciliar ao recorrente em razão de inexistência de previsão legal.

Em sede de Recurso Extraordinário, a parte postula a fixação da seguinte tese em repercussão geral:

Os pais são obrigados a dar educação aos filhos, mas têm liberdade para escolher o melhor meio para tanto, considerados o interesse da criança e as suas convicções pedagógicas, morais, filosóficas e religiosas. Nesse contexto, somente poderão ser obrigados a matricular seus filhos na rede regular de ensino se, de outra forma, não puderem prover à educação dos filhos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário 888.815 Rio Grande do Sul, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, p. 8).

Na decisão do STF foi possível visualizar a abordagem acerca do dever solidário do Estado e da família na prestação do ensino fundamental. Destacou-se a educação como direito fundamental relacionado com a própria dignidade e cidadania, visto que exerce dupla função: qualificar a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada e desenvolvida e; dignificando a pessoa, verdadeira titular desse direito subjetivo fundamental.

A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal para a formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a finalidade de defesa integral dos direitos de crianças e adolescentes, além de sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o desafio de uma melhor educação para novas gerações.

Na decisão, deixa-se claro que a Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe que qualquer espécie não respeite o dever de solidariedade entre família e Estado como núcleo principal para a formação educacional de crianças, jovens e adolescentes. Destacam como inconstitucionais as espécies de *unschooling* radical, *unschooling* moderada e *homeschooling* puro, em qualquer de suas variações.

A tese fixada sob o tema 822 foi a de que: “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”.

A educação faz parte dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, ademais, o artigo 205 do texto constitucional deixa claro que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família. Na sequência, deixa clara a redação do artigo 208, inciso I a garantia de a educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade.

O artigo 227, do mesmo texto constitucional assevera como dever da família, sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com prioridade absoluta, dentre outros direitos, o direito à educação, redação que se repete, de forma similar, no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/1990.

Em seu artigo 53, o ECA menciona que o direito à educação visa o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes, preparo para o exercício de sua cidadania e qualificação para o trabalho.

Acerca da função socializadora da escola, destaca-se pesquisa efetuada por Oliari, Rigus e Sturza (2020), que aplicou questionário sobre o tema. Os pesquisadores mencionam como resultado cinco categorias que abordam a função social da escola: cidadania, ensino de conteúdo, mão de obra, formação para o mercado de trabalho, formação humana e integral.

No voto do Ministro Luiz Fux no Recurso Extraordinário 888.815, esse faz menção à função socializadora da escola, consistindo

em inserir a criança e o adolescente em um espaço público de convívio com outros menores em semelhante estágio de desenvolvimento psicossocial. Assim, a partir de conflitos existenciais semelhantes e do compartilhamento de experiências relacionais semelhantes, podem amadurecer juntos ((SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário 888.815 Rio Grande do Sul, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, p. 113).

Assim, a partir da frequência na escola, a criança encontra seu lugar no mundo, em um ambiente para seu desenvolvimento. Assim, sente-se acolhida por um ambiente que, diferentemente do seio familiar, constrói-se a estima a partir de seus próprios atos, o que é desenvolvido na Teoria do Reconhecimento, de Axel Honneth (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Para o direito, Hegel e Mead perceberam uma semelhante relação na circunstância de que só podemos chegar a uma compreensão de nós mesmos como portadores de direitos quando possuímos, inversamente, um saber sobre quais obrigações temos de observar em face do respectivo outro: apenas da perspectiva normativa de um “outro generalizado”, que já nos ensina a reconhecer os outros membros da coletividade como portadores de direito, no

sentido de que podemos estar seguros no cumprimento social de algumas de nossas pretensões (HONNETH, 2009, p. 179).

Honneth (2009) correlaciona, em sua teoria a eticidade com a solidariedade em seu sentido ético/moral, de modo que defende que os objetivos comuns podem ser realizados a partir desse cuidado com o outro. Isto posto, na sequência, visa-se abordar o princípio constitucional da solidariedade e seus instrumentos, a fim de que, em conclusão, seja possível encontrar resultados prévios sobre a temática.

No ordenamento jurídico brasileiro, a solidariedade é encontrada no artigo 3º. inciso I, da Constituição Federal de 1988, onde “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Do ponto de vista jurídico, a solidariedade está contida no princípio geral instituído pela Constituição de 1988, para que, através dele, seja possível alcançar o objetivo da igual dignidade para todas as pessoas. Assim, o princípio constitucional da solidariedade se identifica com o conjunto de instrumentos voltados para garantia de uma existência digna e comum a todos em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados (MORAES, 2016).

Quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República Brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, ela não apenas enuncia uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Expressa um princípio jurídico que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica é dotado de certo grau de eficácia imediata e podendo atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo (SARMENTO, 2006).

Na medida em que é positivado, de modo explícito, o princípio da solidariedade no artigo 3º da Constituição Federal, ultrapassa sua qualificação como mero valor fundante dos princípios e direitos fundamentais e se insere em status de norma jurídica (REIS, 2022).

E como norma jurídica tem poder cogente a fundamentar um agir, autônomo, livre, mas solidário, preocupado com igual dignidade do outro que compartilha de uma vivência em comunidade e, portanto, também, credor desta dignidade e, acima de tudo da felicidade, determinando, desta forma, que todas as pessoas sejam, ao mesmo tempo, credoras e devedoras do agir solidário voluntário realizador da felicidade (REIS, 2022, p. 69).

Insta mencionar os deveres de solidariedade, pois esses evidenciam a característica do ser humano como ser social além de seu objetivo geral, que consiste no alcance da dignidade da pessoa humana. São considerados como instrumentos que a solidariedade possui para contribuir com a efetivação dos direitos fundamentais (REIS; FREITAS, 2022).

Assim, compreende-se como parte dos deveres de solidariedade, o dever de família, Estado e sociedade de assegurar o acesso à educação de qualidade para crianças e adolescentes, tendo em vista o direito fundamental à educação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, o questionamento proposto inicialmente, consistiu em identificar se é possível compreender a função socializadora da escola como demonstração do princípio da solidariedade em oposição ao *homeschooling*.

Apostava-se, para tanto, em hipótese positiva, compreendendo a função socializadora da escola como demonstração do princípio da solidariedade, com base na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A partir da análise efetuada, de forma preliminar, é possível concluir que existe correlação com as temáticas, visto que a escola é o ambiente no qual os alunos tem seus primeiros contatos sociais fora da esfera familiar, socializam com outras pessoas e reconhecem interesses comuns.

Acrescenta-se, a isso o dever da família, sociedade e Estado de promover o direito à educação de crianças e adolescentes com prioridade absoluta, visto ser o direito à educação um direito social, se encontra como verdadeiro dever de solidariedade, pois visam assegurar a dignidade dessas pessoas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 888.815 Rio Grande do Sul*. Recorrente: V D Representada por M P D. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 12 de setembro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204>.

HONNETH, Alex. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. São Paulo: 34, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.

OLIARI, Gilberto; RIGUE, Fernanda Monteiro; STURZA, Raquel Brum. Função Social da Escola: compreensões e multiplicidades. *Dialogia*, São Paulo, n. 35, p. 79-92, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5585/dialogia.n35.16907>.

REIS, Jorge Renato dos. A solidariedade como instrumento de concretização da dignidade humana em obediência ao processo de constitucionalização do direito privado, a partir das intersecções jurídicas entre o público e o privado derivadas do constitucionalismo contemporâneo: o processo de desjudicialização para fins de concretização da dignidade de algumas situações não abrangidas pela legislação codificada. In: SILVEIRA, A.; CANO, C. A.; LEAL, R. G. (Coords.) *VII Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas*. Braga: Pensamento Sábio, 2022. P. 64-70.

REIS, Jorge Renato dos; FREITAS, Priscila de. Dever fundamental de solidariedade e o princípio constitucional da solidariedade: mais que sentimentos morais. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

A HERANÇA DIGITAL NO BRASIL: DESAFIOS JURÍDICOS E PERSPECTIVAS PARA A PROTEÇÃO E TRANSMISSÃO DOS BENS DIGITAIS

Digital heritage in Brazil: legal challenges and perspectives for the protection and transmission of digital assets

Luana Bartz de Sá¹

INTRODUÇÃO

A era da virtualidade trouxe consigo uma transformação significativa na forma como vivemos e interagimos socialmente, caracterizada pela desmaterialização de acontecimentos sociais. Nesse cenário, os bens incorpóreos têm adquirido uma importância crescente em relação aos bens corpóreos, impulsionados pela valorização cada vez maior dos ativos intangíveis na economia contemporânea. Nesse contexto, é relevante destacar que a herança não se limita mais à transferência de patrimônio corpóreo, mas abrange também a transferência de bens intangíveis, como propriedade intelectual, direitos autorais, ativos digitais e outros tipos de bens digitais.

No entanto, a complexidade dessa nova modalidade de bens representa um desafio significativo para o Direito das Sucessões, principalmente devido à ausência de regulamentação clara e precisa no âmbito da herança digital, pois o Código Civil não disciplina os ativos

1 Graduanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Integrante do Grupo de Pesquisa “**Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal**” do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5528802408501143>. E-mail: bartzluana@gmail.com

digitais nos títulos destinados à sucessão. Ainda, é importante lembrar que, infelizmente, o planejamento sucessório não é rotineiro na cultura brasileira, de modo que na maioria das vezes o falecido não deixa instruções claras sobre o que deve acontecer com seus bens digitais após sua morte, o que acaba agravando a situação.

Diante da ausência de regulamentação clara e da falta de instruções deixadas pelo falecido, o objetivo dessa pesquisa é lançar luzes em como o Direito das Sucessões lida com a complexidade da herança digital. Para tanto, analisar-se-á as diferentes perspectivas e reflexões presentes na doutrina jurídica brasileira, a fim de compreender os limites impostos pela lacuna legislativa e as divergências existentes. Essa abordagem permite a compreensão dos limites atuais, a discussão de perspectivas futuras e viabiliza a investigação de soluções para a herança digital no Brasil.

Para esse propósito, a pesquisa adota uma abordagem metodológica baseada na revisão da literatura especializada sobre a herança digital, considerando a importância da compreensão de como as teorias jurídicas brasileiras abordam a herança digital, a fim de identificar as principais questões jurídicas envolvidas na proteção desses ativos digitais e os desafios enfrentados pelos tribunais ao lidar com essa temática. Essa revisão permite identificar as correntes de pensamento presentes na doutrina jurídica brasileira, analisando os argumentos e reflexões dos estudiosos sobre a transmissão e proteção dos bens digitais.

DESENVOLVIMENTO

Na herança digital, os bens digitais que compõem o acervo podem apresentar diferentes naturezas jurídicas. A compreensão das diferentes categorias de bens digitais na herança digital é fundamental para lidar com os desafios jurídicos e éticos relacionados à proteção, transmissão e gerenciamento desses ativos após a morte do titular.

Isso porque, de um lado, a herança digital pode conter informações e arquivos pessoais do falecido, como fotos, mensagens de texto, e-mails, e outros dados que podem ter um valor sentimental e afetivo para a família e amigos. Em contrapartida, a herança digital também pode incluir ativos digitais valiosos, como obras protegidas por direitos autorais, contas bancárias online e outros bens digitais com valor econômico. Conforme Lacerda (2016, p. 80-120), o patrimônio digital

dotado de economicidade formaria a noção de bem tecnodigital patrimonial, sendo estes bens “manifestações da existência de interesses patrimoniais de seus titulares no ambiente virtual”, por outro lado, define que, quando a informação inserida na rede mundial for capaz de gerar repercussões extrapatrimoniais, há que se entender que ela será um bem tecnodigital existencial, pois a informação sem repercussão econômica poderá solicitar a proteção aos direitos da personalidade.

Ainda, Lacerda (2016) refere que certos ativos digitais não poderão ser enquadrados como exclusivamente patrimoniais ou existenciais, navegando por uma zona cinzenta, pois envolvem a um só tempo questões patrimoniais e existenciais, sendo híbridos, pois só existem por força da intelectualidade do seu administrador, enquanto simultaneamente lhe geram recursos econômicos, não sendo possível seu enquadramento como bem exclusivamente patrimonial ou existencial. Alguns exemplos de ativos digitais que se enquadram nessa área nebulosa, combinando questões patrimoniais e existenciais, são perfis em redes sociais de influenciadores digitais, blogs pessoais ou canais de vídeo no YouTube, que podem apresentar conteúdo pessoal, com experiências individuais, podendo ser considerados ativos existenciais, ao mesmo tempo que podem gerar recursos econômicos, tornando-se ativos híbridos.

Inclusive, nesse contexto, Teixeira e Konder (2021) afirmam que os bens digitais com função existencial são predominantemente abordados no âmbito dos direitos da personalidade devido à sua relação direta e imediata com a dignidade humana, possuindo importância essencial para a vida e identidade das pessoas no ambiente digital. Consoante as observações de Burille (2023), os direitos da personalidade são amplamente reconhecidos como indisponíveis e irrenunciáveis. No entanto, a concepção de que esses direitos são completamente imutáveis pela vontade individual é frequentemente desafiada pela realidade social. Nesse sentido, na doutrina jurídica são exploradas maneiras de mitigar as restrições estabelecidas pelo artigo 11 do Código Civil.

Reconhece-se, portanto, a importância de conciliar a proteção dos direitos autorais com o acesso e uso dos bens digitais pelos herdeiros. Por um lado, os direitos autorais são fundamentais para proteger o trabalho criativo e garantir a remuneração adequada aos detentores desses direitos, logo, a transmissão de bens digitais protegidos por direitos autorais deve levar em consideração as restrições e limitações impostas pela legislação de direitos autorais. Por outro lado, é reconhecido que

a herança digital envolve a transmissão de ativos pessoais importantes para os herdeiros, como fotos, vídeos e outros conteúdos digitais.

Como, portanto, se transmitem esses bens digitais? Ou não se transmitem? Como encontrar um equilíbrio entre a proteção dos direitos autorais e o acesso aos ativos digitais pelos herdeiros? Permitir que eles preservem memórias, acessem informações relevantes e administrem adequadamente os bens digitais herdados e, da mesma forma, considerar e respeitar a privacidade do titular falecido?

Devido à natureza distinta da herança digital, que foge da lógica puramente patrimonialista estabelecida no Código Civil (na qual a herança é tradicionalmente tratada como um acervo patrimonial a ser transmitido aos sucessores legais ou testamentários do falecido), surgiram correntes dentro da doutrina jurídica brasileira que buscam responder às questões relacionadas a esse tema. Essas correntes surgem diante da necessidade de adequar o entendimento jurídico às particularidades dos bens digitais e à forma como eles são transmitidos aos herdeiros. Embora não haja consenso na doutrina sobre qual abordagem é mais adequada, existem duas correntes preponderantes que abordam essas reflexões.

A minoritária delas defende a aplicação da transmissão dos bens digitais como regra geral, na qual os herdeiros possuem direito a acessar e gerenciar os bens digitais deixados pela pessoa falecida, incluindo contas de mídia social, e-mails, arquivos digitais e outros ativos. Nessa corrente, a herança digital é vista como um bem que faz parte do patrimônio do falecido, portanto, deve ser distribuído entre os herdeiros, ocorrendo a transmissão de forma imediata, em conformidade ao artigo 1.784 do Código Civil e ao princípio de *Saisine*, salvo disposição em contrário do titular dos direitos em testamento ou outras formas de última vontade (FRITZ, 2022).

Mendes e Fritz (2019) sustentam essa posição, na qual a transmissão de todos os tipos de ativos digitais, incluindo aqueles de natureza existencial e patrimonial-existencial, ocorre de forma semelhante à sucessão de diários e cartas, por exemplo. Essa conclusão é baseada na ausência de leis que proíbam a transmissão desses ativos e na constatação de que eles estão presentes em ambientes distintos, ou seja, tanto no mundo físico quanto no mundo digital, se filiando com a ideia de que os direitos de propriedade, incluindo os direitos sucessórios, são importantes e devem ser protegidos, mesmo no contexto da herança digital, logo, os herdeiros podem exercer o direito de propriedade e administrar

os bens digitais do falecido. Nessa perspectiva, a natureza imaterial dos bens digitais não é um obstáculo para sua transferência.

Fritz (2022), ainda, menciona que há dois argumentos relevantes a considerar nesse contexto: o primeiro baseia-se na compreensão atual, no direito comparado, de que os dados pessoais são um direito humano e fundamental da pessoa, cuja proteção pós-morte é atribuída ao núcleo familiar mais próximo, ou seja, em geral, os herdeiros do falecido. O segundo argumento refere-se às características do contrato existente entre a plataforma e o usuário, pois, ao utilizar uma plataforma digital, o usuário geralmente concorda com os termos e condições estabelecidos pela plataforma, os quais podem definir as condições de acesso, uso e transmissão dos bens digitais após a morte do usuário.

A segunda corrente, por sua vez, ressalta a necessidade de garantir a proteção dos direitos autorais e a privacidade do falecido, limitando o acesso e uso dos bens digitais pelos herdeiros. Essa corrente considera que certos ativos digitais podem conter informações sensíveis ou confidenciais do titular falecido, exigindo restrições ao acesso para preservar a privacidade e a dignidade do falecido, argumentando que os direitos de personalidade e privacidade do falecido devem ser preservados após a sua morte e que o acesso aos seus bens digitais deve ser restrito a ele mesmo (LEAL; HONORATO, 2020).

Nessa perspectiva doutrinária, majoritária do Direito Civil Brasileiro, a transmissão dos bens digitais aos herdeiros segue uma diferenciação conforme a sua natureza. Os bens digitais de cunho patrimonial são automaticamente transmitidos aos herdeiros, enquanto os bens de cunho existencial ou personalíssimo somente se transmitem por meio de consentimento expresso deixado em vida pelo titular ou por consentimento que não viole a intimidade e/ou privacidade de terceiros (ROSA; RODRIGUES, 2023).

Nessa visão, não é adequado tratar todas as categorias de bens digitais de maneira uniforme, uma vez que possuem naturezas jurídicas distintas. No caso dos bens digitais de natureza híbrida, Burille, Honorato e Leal (2021) defendem que não há impedimento para a transmissão automática do conteúdo patrimonial aos herdeiros. No entanto, eles ressaltam a necessidade de restringir o acesso ao conteúdo de caráter existencial ou que envolva direitos de terceiros, como mensagens privadas trocadas pelo titular e seus interlocutores. Para esses autores, a regra de intransmissibilidade dos bens digitais personalíssimos visa evitar que a transmissão gere prejuízos à personali-

de de terceiros ou a aspectos da personalidade do falecido que permanecem protegidos juridicamente após a morte.

Schreiber (2011, p. 25) defende a proteção máxima dos atributos essenciais à condição humana, incluindo a proteção dos direitos da personalidade após a morte. Para o autor, os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana e não se extinguem com a morte, logo, o atentado à honra do morto deve ser considerado uma violação aos direitos da personalidade e deve produzir efeitos no meio social, mesmo após a morte do titular desses direitos. O autor argumenta que deixar sem consequência uma violação desses direitos poderia contribuir para um ambiente de baixa efetividade dos direitos da personalidade, o que vai contra a proteção máxima que essa corrente busca garantir. O respeito aos direitos de personalidade e privacidade do falecido é visto como um limite ao direito de propriedade e à administração dos bens digitais.

Para Tartuce (2019), é fundamental realizar uma distinção clara entre os dados que envolvem a proteção da intimidade e privacidade da pessoa e aqueles que não se relacionam a tais aspectos, a fim de estabelecer um caminho possível para a transferência desses ativos aos herdeiros legítimos, dentro do possível. Nesse contexto, salienta que os dados digitais que dizem respeito à privacidade e intimidade da pessoa falecida, aparentemente, devem ser preservados e desaparecerem com ela, sendo crucial desenvolver uma abordagem equilibrada que considere as preocupações legais, éticas e sociais, bem como os direitos dos herdeiros e o acesso aos ativos digitais deixados pela pessoa falecida.

Nesse sentido, a precisa reflexão de Burille (2023, p. 38-39):

[...] Como reflexo direto do direito de propriedade, a Constituição Federal de 1988 igualmente garante como direito fundamental o direito à herança. No entanto, mais do que isso, a sucessão *causa mortis* tem esteio na valorização constante da dignidade humana, seja do ponto de vista individual ou coletivo, conforme preceituam os artigos 19., inciso III, e 3º, inciso Iº, da Constituição Federal de 1988. No entanto, o direito fundamental à herança acaba por desaguar em outros princípios constitucionais como o da liberdade. Na medida em que, o ordenamento atribui liberdade ao autor da herança de dispor de seus bens, mas limita o exercício desse direito no princípio da solidariedade familiar, uma vez que a lei garante a intangibilidade da legítima dos herdeiros necessários. Com isso, quer-se dizer que, muito embora o direito à herança figure como direito fundamental - concretizado pelo

legislador ordinário que estabelece seu conteúdo, a forma do seu exercício e seus limites, no Livro V do Código Civil de 2002 -, não se trata de um direito absoluto.

Os direitos de personalidade e privacidade do falecido devem ser considerados e respeitados mesmo após a morte, considerando que a herança digital pode conter informações íntimas e pessoais do falecido, como conversas privadas, conteúdos sensíveis e outros dados protegidos pela privacidade. Por outro lado, existem interesses legítimos dos herdeiros em acessar e administrar os bens digitais deixados pelo falecido. Isso pode incluir contas de mídia social, arquivos digitais, milhas aéreas e outros ativos que podem ter um valor econômico, de caráter patrimonial, sendo possível aos herdeiros adquirir direito de usufruir desses ativos.

A grande dificuldade atual na matéria se constitui porque os bens digitais podem conter conteúdos tanto patrimoniais quanto pessoais, afetando interesses importantes e conflitantes. Essa imprecisão, em conjunto com a falta de regulação específica para essa questão, dificulta entender como lidar com a sucessão digital, uma vez que existe uma colisão entre direitos igualmente relevantes e protegidos pela Constituição, o direito de propriedade dos sucessores e os direitos personalíssimos do falecido no que concerne à sua intimidade, vida privada, honra e imagem.

Em relação à colisão entre direitos, do mesmo modo que ocorre com os demais direitos fundamentais, a proteção de dados pessoais não é absoluta e acaba gerando conflitos quando confrontada com os outros direitos protegidos, principalmente no modelo de sociedade que vivemos: ainda no contexto do direito à privacidade, da proteção dos dados pessoais e seus respectivos limites, assume crescente relevo o problema da colisão de tais direitos com outros direitos fundamentais, notadamente no âmbito da assim chamada “sociedade de vigilância” e no ambiente da internet, bem como em face do direito de acesso às informações, especialmente quando se cuida de informações detidas pelo poder público e quando referentes atos e agentes estatais. (MITIDIERO; SARLET; MARINONI, 2021, p. 1166- 1167).

Segundo Lacerda (2016), a resolução dos casos relacionados aos bens digitais requer uma interpretação filosófica, ao invés de uma inter-

pretação metódica e normativa. Nesse contexto, o intérprete do Direito precisa adotar uma abordagem criativa, uma vez que as soluções para os problemas decorrentes da incapacidade ou morte do titular de contas virtuais não são encontradas na intenção original do texto legal. Portanto, a construção da norma dependerá do intérprete, que irá resolver os dilemas concretos através da melhor combinação de normas encontradas na Constituição, no Código Civil e no Marco Civil.

Dworkin (2007) defende que cada caso deve ter uma resposta correta, especialmente em situações difíceis em que não há uma interpretação pronta. Para isso, propõe um modelo de interpretação construtiva que leva em conta o sistema aberto de princípios. Essas novas questões relacionadas aos bens digitais podem ser consideradas casos difíceis, desafiando os magistrados a encontrar a melhor solução dentro desse sistema, considerando, princípios como autonomia privada, proteção à privacidade, direito sucessório, propriedade privada e livre iniciativa. Assim, depreende-se que é imperativo elaborar uma legislação especializada sobre os ativos digitais em um futuro próximo, visando estabelecer de forma legítima e democrática quais princípios são prioritários, fornecendo diretrizes para o judiciário lidar com uma considerável quantidade de situações complexas.

Diante do conflito entre princípios, Alexy (2001) argumenta que o choque entre princípios fundamentais deve ser resolvido por critérios de valoração, enquanto o conflito entre regras deve ser solucionado pela invalidade de uma das regras ou aplicação de uma cláusula de exceção. No caso de colisão entre princípios, o critério de ponderação ou precedência é aplicado, levando em consideração o peso relativo de cada princípio diante das circunstâncias do caso concreto. Não há atribuição de prioridade absoluta a um princípio sobre o outro.

Quando a corrente minoritária proclama que deveria haveria uma transmissão irrestrita e absoluta, tem-se uma colisão entre os direitos autorais e o direito à privacidade do titular falecido. Por um lado, os herdeiros têm interesse legítimo em acessar e utilizar os ativos digitais, preservar memórias e continuar a identidade digital do falecido. Por outro, os direitos autorais garantem a proteção das obras e dos conteúdos digitais, bem como a remuneração adequada aos criadores. Entretanto, ao transmitir a herança de modo automático, sem essa análise de ponderação e colisão de direitos, verifica-se uma ofensa ao direito de privacidade, comprometo a dignidade do falecido.

Portanto, diante da colisão entre direitos igualmente relevantes e protegidos pela Constituição, como o direito de propriedade dos sucessores e os direitos personalíssimos do falecido em relação à sua intimidade, vida privada, honra e imagem, é necessário aplicar uma hermenêutica filosófica que permita uma construção normativa adequada. A ponderação de princípios é essencial para encontrar uma solução equilibrada que respeite os interesses envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa sobre herança digital continua em desenvolvimento, revelando a complexidade desse fenômeno no âmbito jurídico brasileiro. A transmissão de bens digitais após a morte do titular apresenta desafios significativos devido à falta de regulamentação clara e à ausência de práticas de planejamento sucessório. A análise das correntes doutrinárias ressalta a necessidade de conciliar a proteção dos direitos autorais, privacidade e dignidade do falecido com o acesso e uso dos bens digitais pelos herdeiros.

Essas correntes apresentam perspectivas distintas, destacando a importância de considerar as particularidades de cada categoria de bens digitais. Enquanto uma corrente minoritária defende a transmissão automática dos bens digitais aos herdeiros, a corrente majoritária ressalta a necessidade de proteger os direitos autorais, a privacidade e a dignidade do falecido.

Nesse contexto, a colisão de direitos se torna uma questão relevante, exigindo uma abordagem flexível e sensível aos princípios constitucionais. A proteção dos direitos de propriedade, privacidade, dignidade e autonomia privada do falecido requer a ponderação de interesses e a aplicação de critérios de valoração para encontrar um equilíbrio adequado. Enquanto uma legislação especializada para a herança digital não é estabelecida, é necessário buscar soluções dentro do arcabouço jurídico existente. A interpretação do direito vigente, aliada à ponderação de princípios fundamentais do ordenamento jurídico, apresenta-se como um caminho para lidar com os casos concretos relacionados aos bens digitais.

A interpretação criativa e flexível do direito permite adaptar as normas existentes às novas realidades trazidas pela era digital. Ao ponderar os interesses em jogo, como os direitos de propriedade, privaci-

dade, dignidade e autonomia privada, os magistrados e profissionais do Direito podem encontrar soluções equilibradas e justas para os desafios apresentados pela herança digital. Embora essa abordagem dependa da criatividade e do discernimento dos profissionais do Direito envolvidos, ela pode fornecer respostas adequadas aos casos específicos de herança digital, assegurando uma abordagem jurídica justa e consoante os valores e princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALVES, Jones Figueirêdo. A herança digital como instituto de Direito Sucessório e a doutrina zenista. **IBDFAM**, 04 out. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1753/A+heranca+digital+como+instituto+de+Direito+Sucess%C3%B3rio+e+a+doutrina+zenista>. Acesso em: 22 mar. 2023.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Choque entre direitos fundamentais: Consenso ou controvérsia?** Brasília, volume 48, número 189, p. 259-268, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR, Eduardo C. B. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BURILLE, Cíntia. **Herança Digital - limites e possibilidades da Sucessão Causa Mortis dos Bens Digitais**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade**. Revista do EMERJ, Rio de Janeiro, v.8, n. 31, p.51-70, 2005.

FRANCO, Eduardo Luiz. **Sucessão nas redes sociais: tutela jurisdicional dos dados on-line do de cujus**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

FRITZ, Karina Cristina Nunes; MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital**. Revista de Direito da Responsabilidade, p. 525-555, 2019.

FRITZ, Karina Cristina Nunes. **Herança digital: comentário à decisão do TJ/SP sobre o caso do Facebook**. Revista Pensar, Fortaleza, v. 27, n. 3, p. 1-12, jul./set. 2022.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; AGUIRRE, Joao Ricardo Brandão; PEIXOTO, Maurício Muriack de Fernandes. **Transmissibilidade do acervo digital de quem falece: efeitos dos direitos da personalidade projetados *post mortem***. Revista de Direito das Sociedades e dos Valores, Curitiba, v. 10, n. 19, p. 564-607, jul./dez. 2018.

GIOTTI, Giancarlo Barth; MASCARELLO, Ana Lúcia de Camargo. **A herança digital no Brasil: uma análise jurídica**. In: I Congresso Interdisciplinar de Contemporaneidade. Faculdade Assis Gurgacz, 2016. p. 252-268. Disponível em: <https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/594c139f795e4.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2023.

GONÇALVES, Laura Marques. **Transmissão post mortem de patrimônio digital: em defesa da ampla sucessão**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2015.

GRECO, Pedro Teixeira Pinos. **Sucessão de Bens Digitais - Quem tem Medo do Novo**. São Paulo: Almedina, 2019.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **A tutela dos bens tecnodigitais: possíveis destinos frente à incapacidade e morte do usuário**. Belo Horizonte, 2016. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

LANDIM, Emiliano, Bens digitais: **O novo tipo de herança que surgiu na internet, 2018**. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/o-que-sao-bens-digitais/>. Acesso em: 22 mar. 2023.

LEAL, Livia Teixeira; BURILLE, Cintia; HONORATO, Gabriel. **Danos morais por exclusão de perfil de pessoa falecida? Comentários ao acórdão proferido na apelação cível nº 1119688-66.2019.8.26.0100 (TJSP)**. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 28, n. 02, p. 207, 2021. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/737>. Acesso em: 22 mar. 2023.

LEAL, Livia Teixeira; HONORATO, Gabriel. **Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas: reflexões jurídicas a partir do caso Gugu Liberato**. Re-

vista Brasileira de Direito Civil, [S. l.], v. 23, n. 01, p. 155, 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/523>. Acesso em: 22 mar. 2023.

LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 16, p. 181, 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/237>. Acesso em: 22 mar. 2023.

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. **Inventário e Partilha - Teoria e Prática**. 5 ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Editora JUSPO-DIVM, 2023.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil**. 8. ed. Salvador: Jus Podium, 2012. v.5.

SANTOS, Victória Gabrielle Moreira dos. **Herança digital: análise da transmissão post mortem de bens digitais no direito brasileiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília, v. 21, n. 197, p. 1-12, 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/60260/heranca-digital-analise-da-transmissao-post-mortem-de-bens-digitais-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 22 mar. 2023.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das sucessões**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, v. 6.

TARTUCE, Flávio. **Herança digital e sucessão legítima - primeiras reflexões**. Migalhas, [S.l.], 25 fev. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/288109/heranca-digital-e-sucessao-legitima---primeiras-reflexoes>. Acesso em: 22 mar. 2023.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. **O enquadramento dos bens digitais sob o perfil funcional das situações jurídicas**. IN: LEAL, Livia Teixeira; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.). **Herança Digital: Controvérsias e Alternativas**. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 21-40).

A (I)LEGALIDADE NA MANUTENÇÃO DA MONOGAMIA ENQUANTO ASPECTO OBRIGATÓRIO NO RECONHECIMENTO DE RELACIONAMENTOS CONJUGAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE PELO VIÉS DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE

The (I)Legality Of Maintaining Monogamy As A Mandatory
Aspect In The Recognition Of Marital Relationships In Brazil: An
Analysis From The Perspective Of The Constitutional Principle Of
Solidarity

Roger Wiliam Bertolo¹
Jorge Renato dos Reis²

-
- 1 Mestrando em Constitucionalismo Contemporâneo no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC) com bolsa PROSUC/CAPES II. Especialista em Advocacia Cível (FMP/RS), em Direito de Família e Sucessões (UNISC) e, em Advocacia Trabalhista e Previdenciária (UNISC). Bacharel em Direito (URCAMP/RS). Pesquisador e Membro do Grupo de Pesquisa “Intersecções Jurídicas Entre o Público e o Privado”, vinculado ao PPGD/UNISC. Advogado. E-mail: roger_bertolo@outlook.com
 - 2 Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Desenvolvimento Regional (UNISC). Especialista em Direito Privado (UNISC). Bacharel em Direito (FISC). Pesquisador e Coordenador do Grupo de Pesquisa “Intersecções Jurídicas Entre o Público e o Privado”, vinculado ao PPGD/UNISC. Professor. Advogado. E-mail: jreis@unisc.br

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, ainda preliminar, ingressa em debate acerca da monogamia como aspecto legal e obrigatório no contexto das relações conjugais brasileiras na atualidade e, nesse panorama, busca-se responder, quando analisada pelo viés do princípio constitucional da solidariedade, a monogamia pode ser considerada como aspecto legal e válido na imposição ao reconhecimento das relações conjugais contemporâneas? Parte-se de duas hipóteses - negativa e positiva - acerca da monogamia poder ser considerada como uma norma válida e obrigatória, conforme a problemática trazida.

Para tal, foi empregado o método hipotético-dedutivo, ao qual, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica, buscou-se analisar preferencialmente a legislação e a doutrina atinentes ao assunto em voga. Assim, passa-se pelo exame da origem e dos contornos jurídicos da monogamia no ordenamento pátrio, a verificação dos fundamentais princípios e características que norteiam as entidades familiares na atualidade, mormente, sob o viés da Constituição Federal de 1988 e, sob a prevalência da especial proteção estatal a esses núcleos, apresentando-se ao fim, os fundamentos do princípio constitucional da solidariedade e qual a sua aplicação nas relações familiares e conjugais hodiernas.

DESENVOLVIMENTO

Ainda que muitos dogmas relativos ao direito das famílias tenham sido superados com o advento da Constituição Federal de 1988 em relação aos existentes até então, tem-se que um deles se manteve um tanto intacto e apresenta uma grande dificuldade em ser sobrepujado. No caso, trata-se da monogamia, característica legislativa que influencia na formação das relações conjugais, mormente, naquelas legalmente protegidas pelo Estado.

Inúmeros são os debates que permeiam a monogamia e sua caracterização enquanto dogma presente na formação familiar brasileira, os quais vão desde a sua importância como fonte do direito das famílias, a entendimentos que a consideram como princípio do ordenamento jurídico – inclusive de matriz constitucional -, instrumento de controle estatal sobre a vida dos cidadãos, chegando até compreensões de que ela

seria inconstitucional ou, uma norma sem validade e eficácia diante da afronta a outros pilares do direito pátrio.

Certo é que, diante da opção legislativa, que reconhece apenas as relações conjugais fundadas no viés monogâmico, o Estado deixa desabrigadas quaisquer outros tipos de uniões esteadas no rompimento com a norma, não lhes dando guarida e amparo. Sob a ótica principiológica constitucional, tal aspecto pode representar tanto uma ofensa contra a dignidade das pessoas, como um descaso e uma omissão do Estado, visto que a Carta Magna, no *caput* do Art. 226, eleva a família a base da sociedade e com especial proteção estatal.

É notória a quebra do viés monogâmico na sociedade brasileira, tanto pelo que se observa na realidade, como nos aspectos trazidos pela doutrina e na própria jurisprudência. Em julgado de 2010 do Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Nancy Andrighi consignou que “as uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas tem ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos” (BRASIL, 2010, p. 11).

Contudo, a despeito da existência desses novos contornos conjugais, deles serem reconhecidos por parte da doutrina e baterem as portas do Poder Judiciário buscando reconhecimento e proteção, a justiça brasileira tem se posicionado claramente no sentido de empregar a monogamia como elemento basilar e estruturante das relações conjugais.³ Dessa forma, desconsideram-se as opções particulares das pessoas que elegem a formação do núcleo conjugal às avessas monogâmicas, que segue como *standard* aceito (DIAS, 2022).

Segundo Pereira (2016), a monogamia não se trata simplesmente de uma norma de origem moral ou religiosa, mas sim, como um princípio ordenador e organizador das relações familiares ocidentais, estando sua natureza fundada na proibição sexual, a qual reflete na esfera das relações conjugais, visto que justamente veda a existência de vínculos extraconjugais. Para Dias, a monogamia tem origem em um determinado pacto civilizatório que valoriza e protege a propriedade privada em detrimento ao amor e que, por albergar questões patrimoniais e econômicas, comporta regras de cunho moral que subsistiram com o passar dos tempos como um “imperativo da cultura” (DIAS, 2022, p. 52).

3 Vide julgados do RE 1.045.273/SE (STF), REsp 1.348.458/MG (STJ) ou Pedido de Providências n.º 0001459-08.2016.2.00.0000 (CNJ).

A monogamia iniciou como uma resposta a promiscuidade primitiva existente, tendo evoluído em etapas, primeiramente, com a proibição de relações sexuais entre irmãos, depois entre pais e filhos e por fim, visando a manutenção da consaguinidade e da linha sucessória na transmissão dos bens, as uniões conjugais ocidentais passaram a ser somente entre um homem e uma mulher, presumindo-se a paternidade da prole em face do marido (ENGELS, 1991). A monogamia, somente ganhou *status* de norma e dever conjugal diante do impulso de infidelidade das pessoas, os quais necessitavam ser reprimidos para conter os excessos que inviabilizariam o convívio social, tornando-se lei de viés puramente moral (PEREIRA, 2016).

Quando positivada nos ordenamentos jurídicos ocidentais - associada aos costumes religiosos, sobretudo das crenças judaico-cristãs -, a monogamia se tornou pilar de iniquidades cometidas em prol da proteção do ideário de virgindade e pureza feminina, de posse sobre a esposa (e os filhos), de resguardo à propriedade e sua transmissão e, de proteção a própria infidelidade masculina (ENGELS, 1991). Portanto, a monogamia se tornou regra estatal de caráter restritivo - e por vezes punitivo - a vontade das pessoas, vedando a existência de múltiplas relações conjugais, estabelecendo o dever de fidelidade recíproca aos cônjuges/companheiros, de modo que os vínculos afetivos, obrigacionais, carnavais e de comunhão da vida devam ser exercidos tão somente entre os consortes (RUZYK, 2005).

No contexto brasileiro, tamanha a força que a monogamia ganhou com o passar da história e a influência que ela teve na perpetuação das relações familiares sob seu manto, que, mesmo sem estar prevista explicitamente na Constituição Federal de 1988, ela é tratada como princípio basilar do direito de família pátrio (PEREIRA, 2016). Associa-se muito a quebra da monogamia a infidelidade e a promiscuidade, como se fosse isso que se busca reconhecer como família nos relacionamentos poligâmicos⁴ ou paralelos⁵, por exemplo (ROSA, 2020).

A recepção de relacionamentos conjugais não monogâmicos não busca dar guarida as relações extraconjugais furtivas ou ao exercício da sexualidade irresponsável sem qualquer intuito de constituir família, mas sim, dentro dos demais aspectos e princípios que compõem

4 Formado por um núcleo conjugal de três ou mais pessoas que se relacionam entre em si.

5 Formado por mais de um núcleo conjugal, onde geralmente apenas uma das pessoas é comum em ambos, dando origem a famílias que existem simultaneamente.

as modernas concepções familiares, dar amparo e proteção àqueles que possuem o precípuo objetivo de convivência familiar apenas, sem as amarras da monogamia (DIAS, 2022). A exemplo, existem relações poliafetivas e uniões paralelas pautadas pela boa-fé, pelo afeto, pela solidariedade, igualdade e autonomia, e mesmo, pela fidelidade e pela lealdade dos membros, pois o relacionamento ocorrerá apenas entre aqueles que compõem aqueles núcleos (ROSA, 2020).

Dessa forma, a manutenção da monogamia deixa de considerar aspectos da pluralidade cultural e democrática que a sociedade contemporânea vive, a laicização do Estado e da legislação, do foco central do ordenamento jurídico nacional, quer seja, a dignidade da pessoa humana, bem como, perpetua e reforça estereótipos da autoridade masculina sobre a feminina, cria espaços invisíveis de atuação protetiva estatal, não debate as repercussões pessoais e patrimoniais dos envolvidos e ainda, traz certa proteção a própria infidelidade, mormente aquela cometida pelos homens (SILVA, 2013).

Dessarte aos aspectos caracterizadores da monogamia – e alguns contrapontos –, faz-se necessária à sua análise com os fundamentais princípios e características que norteiam as entidades familiares na atualidade, mormente, sob o viés da Constituição Federal de 1988 e, sob a prevalência da dignidade da pessoa humana e da proteção estatal a esses núcleos.

A família contemporânea brasileira possui contornos multifacetados e desde a Constituição Federal de 1988 vem se desprendendo de suas características de outrora – patriarcalista, patrimonialista, institucionalizada e inflexível –, dando lugar ao afeto, ao respeito, ao pluralismo, a liberdade e ao cuidado mútuo (ROSA, 2020). Tais contornos romperam com muitos dogmas existentes no ordenamento jurídico e na cultura pátria no tocante as relações familiares, ofertando, não mais um modelo engessado em tradições e preconceitos, mas sim, democrático e atento a dignidade das pessoas (MADALENO, 2015).

A Carta Magna instituiu diversos princípios que servem de alicerce ao sistema jurídico constitucional (BONAVIDES, 2020), os quais, no tocante ao direito familista, serviram para alterar muitas características ultrapassadas da legislação, aproximando o ordenamento à realidade da sociedade (DIAS, 2022). Alguns desses princípios são gerais – e aplicáveis em todas as áreas –, enquanto outros são específicos às famílias (LOBO, 2018).

Os princípios constitucionais que refletem ou estão intimamente ligados ao direito das famílias podem ser classificados em fundamentais e gerais (LOBO, 2018). Mesmo sendo “difícil quantificar ou tentar nominar os princípios que norteiam o Direito das Famílias”, ainda assim existem “princípios especiais” a temática familista, alguns explícitos e outros implícitos no texto constitucional (DIAS, 2022, p. 54-55).

Seguindo classificação quase uníssona na doutrina, no tocante aos princípios constitucionais fundamentais do direito das famílias podem ser citados o máximo da dignidade da pessoa humana, assim como a solidariedade, a igualdade e a liberdade. Ao passo que em relação aos gerais, indicam-se a família como instituição básica da sociedade, a especial proteção estatal, afetividade, solidariedade familiar, igualdade de filiação, igualdade de direitos e deveres da sociedade conjugal, livre planejamento, melhor interesse da criança/adolescente, pluralidade de formas familiares e autonomia/menor intervenção estatal.

Contudo, para fins do presente estudo, ater-se-á na sequência com a análise mais detida dos reflexos da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade ligadas a afetividade, à solidariedade familiar, o livre planejamento, a igualdade de direitos e deveres relativos à sociedade conjugal e a pluralidade de formas familiares, e, a autonomia/menor intervenção com a proteção estatal da família como núcleo base da sociedade. Posteriormente no fecho, o princípio da solidariedade em apartado, tendo em vista o exame da validade e eficácia da monogamia sob seu viés.

A dignidade nasce juntamente com a própria condição das pessoas à medida que humanas, garantindo-lhes a titularidade de uma gama de direitos que devem ser admitidos e respeitados nas relações em sociedade, seja pelo Estado, seja pelos demais cidadãos (SARLET, 2019). O ser humano é o esteio da organização estatal na qual estão fundados os Estados Democráticos de Direito, os quais devem, obrigatoriamente, proteção e promoção a dignidade de seus cidadãos, coletiva ou individualmente (NOVAIS, 2004).

No ordenamento jurídico pátrio, a dignidade da pessoa humana representa o núcleo axiológico da organização constitucional, o qual propaga seus efeitos sobre todos os atos normativos, delineando não apenas as ações do Estado, mas todas as relações particulares no âmbito da sociedade brasileira (SARMENTO, 2003). Assim, tendo a Constituição Federal elencado a dignidade humana como alicerce do ordenamento jurídico, a Carta Magna deixa clara a opção em face das pessoas,

conectando a integralidade dos institutos na busca pela efetiva personificação dos cidadãos (DIAS, 2022).

A Constituição Federal elenca um rol de garantias e direitos fundamentais, dos quais se destacam a igualdade e a liberdade, que foram, inclusive, os primeiros princípios reconhecidos como tal no resguardo a dignidade da pessoa humana e, são primordiais à compreensão dos hodiernos contornos familiares (DIAS, 2022). Ambos, enquanto princípios e direitos fundamentais ganham repercussões multifacetadas ao se ligarem as relações conjugais e aos fundamentos ínsitos as entidades familiares, assumindo reverberações que desaguam justamente na garantia da personificação da dignidade humana (LOBO, 2018).

A igualdade, em sua busca por isonomia, traz a garantia de direitos e deveres iguais a homens e mulheres (CF, Art. 5º, I), no exercício equânime das prerrogativas e obrigações da sociedade conjugal (CF, Art. 226, §5º), na assistência estatal aos membros familiares (Art. 226, §8º), na equiparação das filiações (CF, Art. 227, §6º) e na solidariedade familiar (CF, Art. 229 e Art. 230). Além disso, serve de instrumento de fomento na busca pela igualdade material nas relações ainda marcadas por discriminações e, como preenchedora de lacunas legislativas, tal qual ocorreu com o reconhecimento das uniões homoafetivas (DIAS, 2022).

Já a liberdade, faz-se presente na pluralidade de formas familiares⁶ (CF, Art. 226, parágrafos 1º ao 4º), no livre planejamento e na autonomia familiar (CF, Art. 226, §7º, primeira parte) e, na menor intervenção estatal/sociedade (CF, Art. 226, §7º, segunda parte). Assim, oportuniza-se a plena autonomia aos cidadãos para optarem pelo modelo familiar que melhor lhes aprouver, em organizá-lo de acordo com seus desejos e ainda, em não sofrerem a interferência ou limitação estatal e de quaisquer outras entidades da sociedade, ressalvado o supervisionamento de potenciais abusos ou vilipêndios (PEREIRA, 2016).

Na sequência, adentra-se naquela que talvez seja uma das mais importantes características das modernas entidades familiares e conjugais, que é o afeto. Ainda que no presente trabalho ele esteja identificado como princípio da afetividade, faz-se a ressalva de que essa nomenclatura varia, visto que, além de não ser regra explícita na norma

6 Para Lobo (2002, p. 18), inclusive, o princípio da pluralidade de formas familiares oportuniza a liberdade ao cidadão escolher entre uma das opções legalmente previstas, bem como, em face da chamada “cláusula geral de inclusão”, de qualquer outro delineamento que preferir, desde que existentes os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

constitucional, o afeto encontra acepções diversas nas doutrinas que o abordam enquanto elemento fundante e integrante das relações familiares hodiernas.

Contudo, o direito deve compreender o afeto como uma característica objetiva que o valida e oferta-lhe motivo para existir, mormente, nas relações familiares, não necessitando ser concebido por seu viés subjetivista, emotivo e romântico, inerentes a natureza humana (SALOMÃO, 2021). Certo é que, mesmo sem uma correta distinção, é impossível negar que a partir do texto constitucional ter valorizado a dignidade como vértice do ordenamento jurídico pátrio, a afetividade, enquanto característica inerente ao ser humano, passou a ser resguardada e prestigiada conjuntamente (FARIAS; ROSA, 2021).

Por tal valorização, a afetividade passou a ser o esteio pelo qual os relacionamentos familiares se amoldam, suplantando muitas das características patrimoniais, distintivas e puramente legais de outrora (PEREIRA, 2018) e, como tal, é considerada a “mola propulsora” que dignifica as pessoas enquanto inseridas nas famílias formadas sob a égide do afeto (MADALENO, 2015, p. 104). Dessa forma, atribui-se o “*status* de elemento norteador do direito de família contemporâneo” à afetividade (ROSA, 2020, p. 70).

O princípio da solidariedade familiar, encontrado nos artigos 229 e 230 da Constituição Federal, atribui um dever legal de reciprocidade a todos os integrantes da família no tocante o cuidado e o zelo com seus membros, principalmente, quando houver necessidade latente por parte de algum deles (DIAS, 2022). Tal princípio é fundamental na proteção e preservação dos núcleos familiares, pois, as relações existentes no seio dessas entidades apenas conseguirão se desenvolver por meio da reciprocidade, complacência e assistência mútuas, mormente, quando um dos integrantes necessitar (MADALENO, 2015).

Em fecho aos princípios constitucionais atinentes às famílias, citam-se aqueles oriundos do reconhecimento da família como base da sociedade e da especial proteção do Estado aos núcleos familiares, ambos contidos no *caput* do Art. 226 da Carta Magna. Sendo a família o esteio sob o qual se edifica a sociedade brasileira, parece ser lógico que tal núcleo necessita de proteção e amparo, não só do Estado, mas de todos os cidadãos e entidades, pois violar ou deixar desguarnecido o pilar, retira seu poder de sustentação (PEREIRA, 2018).

Porém, ainda que a Constituição Federal traga expressamente que a família contará com especial proteção estatal, não há qualquer de-

finição acerca da forma na qual essa salvaguarda ocorrerá, nem mesmo, a quais entidades familiares ela se aplicará. Não há como se excluir do âmbito da proteção estatal e suas respectivas tutelas qualquer família, mormente, aquelas não expressas na legislação, visto que são justamente elas as que mais precisam de amparo e guarida (DIAS, 2022).

Após a apresentação dos princípios constitucionais atinentes as relações familiares, principalmente, as conjugais, passa-se a traçar quais os fundamentos do princípio da solidariedade – que possui igual assento na Constituição Federal (Art. 3º, inciso I), como objetivo fundamental da República –, e qual a sua aplicação nas relações familiares e conjugais hodiernas.

A solidariedade enquanto princípio constitucional ligado a um objetivo fundamental da República pode ser entendida como a responsabilidade - direito e dever - que deve pautar as pessoas com as demais em decorrência da utilização de um mesmo espaço coletivo na sociedade, os quais formam as relações humanas e sociais (FARIAS, 1998). Dessa forma, a solidariedade apresenta um viés cooperativo entre os cidadãos, pois todos - cada um em suas individualidades -, devem agir responsável e conscientemente em prol da coletividade, renunciando aos atos egoístas e indiferentes com os demais (CARDOSO, 2012).

Além dessa característica de interação no espaço comum entre as pessoas e o Estado em prol do bem-estar social comum, a solidariedade é dotada de um aspecto instrumental que visa justamente efetivar a dignidade da pessoa humana, seja por meio da satisfação dos direitos sociais, seja pela superação do individualismo, tanto no aspecto vertical (Estado-cidadão), como horizontal (cidadão-cidadão), sem exclusões ou marginalizações (REIS; QUINTANA, 2017). Dessarte, a solidariedade viabiliza a concretização das transformações sociais em prol de uma sociedade mais justa, ética e que valoriza e dignifica a pessoa humana e os direitos fundamentais inerentes a ela (CARDOSO, 2012).

Nesse contexto de instrumentalidade, direito, dever e reciprocidade entre todos (Estado e cidadãos), a solidariedade assume com exatidão os dois vértices – horizontal e vertical - quando inserida no plano familiar. O eixo vertical resta afigurado na proteção estatal aos mais diversos núcleos familiares, respeitando e assegurando os espaços de intimidade e afeto das pessoas, bem como, as suas predileções, edificando ainda salvaguardas àqueles que eventualmente se mostrarem vulneráveis nessas relações (OLIVEIRA, 2014).

No plano horizontal, a solidariedade no âmbito familiar se desvela na compreensão entre os membros em relação as suas vontades, necessidades, liberdades e diferenças, bem como, no apoio, no afeto, na felicidade, na intimidade, na coexistência e nas interações que levam todos a atingirem (ou buscarem) em conjunto suas dignidades pessoais de maneira individualmente considerada (WELTER, 2006). Em fecho, a conclusão da exata dimensão da aplicabilidade da solidariedade no âmbito familiar pode ser entendida nas palavras de Fachin, que pontua “*O projeto existencial do homem só é possível se todos os homens livres estiverem dispostos a cooperar solidariamente em sua realização*” (2006, p. 48).

Portanto, a monogamia precisa ser lida igualmente pelo viés do princípio constitucional da solidariedade na busca pela verificação de sua validade e eficácia, visto que ele estabelece o contorno de direito-dever a todos integrantes da sociedade na busca do bem-estar e de um corpo social justo, como meio de atingir a plena dignidade dos cidadãos. E, nesse contexto, ela precisa ser sopesada enquanto norma estatal que oportuniza ou não, tanto a vivência digna as pessoas, quanto o cumprimento dos fundamentos da Carta Magna, sobretudo, nos relacionamentos conjugais não monogâmicos. Também, no tocante a proteção estatal ao núcleo embrionário da sociedade, ao respeito pela liberdade e igualdade dos integrantes dessas famílias e, a deferência pela pluralidade dos formatos familiares e a autonomia dos cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, não há como negar que a monogamia possui contornos que delimitaram a configuração das famílias ao longo da história, influenciando diretamente em suas características tidas como clássicas. Contudo, diante das acepções basilares trazidas pela Constituição Federal de 1988, mormente a valorização da dignidade da pessoa humana enquanto vértice do ordenamento jurídico e a existência de outros princípios que afiguram as relações familiares contemporâneas, a monogamia enquanto peça de concepção dos vínculos conjugais urge ser revista e debatida sob tais vieses constitucionais.

O Estado, que em seu âmbito possui o dever de proteger os núcleos familiares, pois são seu esteio, deixa de fornecer amparo as pessoas que convivem em relacionamentos conjugais não monogâmicos, redundando em consequências nefastas a tais cidadãos. Assim, aqueles que

fogem ao molde normativo estatal da monogamia, ainda que visando atender a sua dignidade, autonomia, afetividade e aspirações solidárias de composição familiar, restam desamparados pelo aparato estatal, sendo, portanto, vilipendiadas em seus basilares direitos.

Portanto, como parcial resposta ao problema apresentado e com os argumentos até então colhidos, tem-se que a monogamia não poderia subsistir na atualidade como aspecto normativo obrigatório ao reconhecimento das relações conjugais no ordenamento jurídico pátrio, pois ela confronta diretamente com princípios e fundamentos que dão os hodiernos contornos às entidades familiares, tornando-se um preceito ilegal e ineficaz, sobretudo, em face da dignidade da pessoa humana e da especial proteção que deve ser dada às famílias.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). *Recurso Especial 1.157.273/RN*. Direito civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas [...]. Recorrente: D A DE O. Recorrido: A L C G e outros. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 18 de maio de 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/medio/?componente=ATC&sequencial=9455246&num_registro=200901892230&-data=20100607&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 09 jul. 2023.

CARDOSO, Alenilton da Silva. Princípio da Solidariedade: a confirmação de um novo paradigma. *Revista Direito Mackenzie*. São Paulo, v. 6, n. 1, p. 10-29, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 15. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução: Leandro Konder. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

FACHIN, Luis Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. *Teoria Geral do Afeto*. Salvador: Juspodivm, 2021.

FARIAS, José Norberto de Castro. *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 5.

LÔBO, Paulo. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerusclausus. In: III Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Cidadania – o novo CCB e a “vacatio legis”. 2001, Belo Horizonte. *Anais Eletrônicos [...]*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/193.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2023.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

OLIVEIRA, Luís Fernando Lopes de. *Direito de família e princípio da solidariedade: o princípio constitucional da solidariedade como direito fundamental e a sua incidência nas relações familiares*. Curitiba: Juruá, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2016.

REIS, Jorge Renato dos; QUINTANA, Júlia Gonçalves. O princípio da solidariedade como meio de realização do macro princípio da dignidade. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, Natal, v. 10, n. 1, p. 223–242, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/13470>. Acesso em: 09 jul. 2023.

ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de Família Contemporâneo*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias Simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SALOMÃO, Luis Felipe. Prefácio. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. *Teoria Geral do Afeto*. Salvador: Juspodivm, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARMENTO, Daniel. *Ponderação de interesses na Constituição Federal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do Direito de Família*. Curitiba, Juruá, 2013.

WELTER, Belmiro Pedro. A compreensão dos preconceitos no Direito de Família pela hermenêutica filosófica. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 8, n. 38, p. 5-25, out./nov. 2006.

A INEFICÁCIA DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS À PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES À LUZ O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM FACE DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO INSUFICIENTE

The ineffectiveness of normative instruments for the protection of women's fundamental rights through the prism of proportionality in face of the prohibition of insufficient protection principle.

Beatriz Aquaroni Favarin Cadamuro¹
Fernanda Cristina Gasparotto²

INTRODUÇÃO

Torna-se cada vez mais insustentável ser mulher em um mundo no qual uma vertente autônoma do comportamento delinquente

-
- 1 Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS); Especialista em Direito Digital pela Faculdade Estácio de Sá; **membro do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, vinculado ao PPGD da FMP/RS, sob coordenação do prof. Conrado Paulino da Rosa**; advogada; beatriz.aquaroni@gmail.com.
 - 2 Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS); Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV); **membro do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, vinculado ao PPGD da FMP/RS, sob coordenação do prof. Conrado Paulino da Rosa**; advogada; fernandacgasparotto@gmail.com.

e criminoso viola a sua integridade física e moral, oprimindo o pleno gozo de seus direitos. Trata-se de comportamentos agressivos voltados exclusivamente à figura feminina como forma de deprecia-la. Diante dessa realidade, imperioso investigar a necessidade de criação de novas políticas públicas que atendam às demandas reais das mulheres em contexto de violência doméstica, ante a lacuna existente na proteção eficaz dos seus direitos.

Tendo isso em vista, busca-se expor que os instrumentos normativos existentes, voltados para proteger os direitos fundamentais das mulheres, não são eficazes. A título de exemplo, não tem se mostrado suficiente a concessão das medidas protetivas de urgência. Na realidade, apesar de haver a prestação jurisdicional, com a concessão das medidas, a sua eficácia está intimamente conectada a atuação do Estado e de seus agentes, dentro de um contexto sociocultural marcado por altos níveis de violência contra a mulher.

Essa premissa leva o estudo a uma análise, com um breve recorte, do dever do Estado de garantir a proteção dos direitos fundamentais das mulheres sob a ótica do princípio da proporcionalidade em face da vedação à proteção insuficiente em relação a estes mecanismos normativos ineficazes, os quais acabam colocando os direitos fundamentais em posição de vulnerabilidade. Para tanto, busca-se encontrar alternativas para que os direitos sejam alcançados e resguardados, tais como a criação da Casa da Mulher Brasileira.

A contribuição deste estudo consiste na identificação das limitações existentes no que diz respeito à eficácia dos instrumentos existentes, bem como sugerir a adoção de alternativas para o desenvolvimento de novas políticas públicas mais eficazes.

Conduz-se este estudo a partir de uma pesquisa bibliográfica qualitativa aplicada, com um levantamento e análise da literatura científica existente acerca do tema abordado, utilizando-se como critério de seleção das fontes a relevância para o assunto, com atualidade e abrangência de discussão. A análise das informações coletadas será feita por meio de uma abordagem qualitativa, com a finalidade de se identificar as lacunas e os desafios enfrentados pelos mecanismos existentes na proteção dos direitos fundamentais das mulheres.

DESENVOLVIMENTO

Fato é que a sociedade brasileira, apesar de apresentar um avanço civilizatório no que diz respeito às políticas de igualdade de gênero, tem suas relações marcadas pela misoginia e

sexismo, tornando o Brasil um dos países mais perigosos para ser e estar mulher. Mesmo que existam no ordenamento jurídico contemporâneo instrumentos afirmativos que buscam a proteção dos direitos das mulheres, tais como as medidas protetivas de urgência ou qualquer das demais medidas da Lei Maria da Penha (nº. 11.340/06), aqueles têm se mostrado ineficazes.

Antes de adentrar especificamente nos motivos pelos quais os instrumentos existentes são ineficazes e na necessidade de criação de novas alternativas que visem garantir a tutela dos direitos fundamentais, imperioso criar um plano de fundo e discorrer acerca do dever do Estado de garantir a eficácia³ dos direitos das mulheres no âmbito das relações intrafamiliares. Para tanto, é imprescindível discorrer acerca do que se tratam os direitos fundamentais, bem como tecer breves comentários sobre o princípio da proporcionalidade em face da vedação à proteção insuficiente no contexto dos direitos fundamentais.

No que concerne ao uso da expressão ‘direitos fundamentais’, há que se ter em mente que o legislador brasileiro se inspirou principalmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976, rompendo, dessa forma, com toda uma tradição em nosso direito constitucional positivo (SARLET, 2009, p. 28). No Brasil, os direitos fundamentais foram tratados com a devida relevância na Constituição Federal de 1988 (SENRA, 2021, p. 131). Sarlet (2009, p. 27) explica que a Carta Magna utiliza diversos termos para se referir aos direitos fundamentais, tais como os direitos humanos (art. 4º, inciso II); direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título Segundo e art. 5º, §1º); direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inciso LXXI); direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, inciso IV).

Fato é que a Constituição, tida como uma norma jurídica central, vincula a todos, principalmente o Poder Público (BARCELLOS, 2005, p. 89). Nesse sentido, para que se possa falar em promoção e proteção dos direitos fundamentais, necessárias omissões e ações estatais

3 A eficácia está associada à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica (SARLET, 2009, p. 237).

(BARCELLOS, 2005, p. 89). Acerca disso, o princípio da proporcionalidade, segundo Sarlet (2009, p. 396), trata-se de um dos pilares do estado democrático de direito, caracterizando-se como um instrumento de controle dos atos – tanto comissivos quanto omissivos – estatais, sem prejuízo de aplicação a atos de particulares.

Mendes (2012, p. 243) sustenta que os direitos fundamentais são tidos como princípios objetivos, visto que o Estado se obriga não somente a observar o cumprimento dos direitos de qualquer sujeito em face do Estado, mas também a garantir a observância dos direitos fundamentais contra agressões praticadas por terceiros. A par disso, o princípio da proporcionalidade é relevante para a percepção dos direitos fundamentais como deveres de proteção, o que implica em uma atuação positiva do Estado, o qual é obrigado a intervir tanto na esfera preventiva como repressiva, inclusive quando se trata de agressões de particulares (SARLET, 2009, p. 396/397).

Em outras palavras, os direitos fundamentais contemplam não somente uma proibição de intervenção, mas também um postulado de proteção. Abrangem a proibição do excesso, bem como a proibição da proteção insuficiente (MENDES, 2012, p. 879). Sobre a temática da proibição da proteção insuficiente, Sarlet (2009, p. 399) ensina que:

(...) uma vez determinada a existência de um dever de proteção e o seu respectivo objeto, o que constitui um pressuposto de toda a análise posterior, é possível descrever as três etapas da seguinte maneira: a) no que diz com o exame da adequação ou idoneidade, é necessário verificar se a(s) medida(s) – e a própria concepção de proteção – adotada(s) ou mesmo prevista(s) para a tutela do direito fundamental é(são) apta(s) a proteger de modo eficaz o bem protegido; b) em sendo afirmativa a primeira resposta, cuida-se de averiguar se existe uma concepção de segurança (proteção) mais eficaz, sem que com isso se esteja a intervir de modo mais rigoroso em bens fundamentais de terceiros ou interesses da coletividade? (..) c) no âmbito da terceira etapa (que corresponde ao exame da proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade, como preferem alguns), é preciso investigar se o impacto das ameaças e riscos remanescentes após a efetivação das medidas de proteção é de ser tolerado em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos.

Em relação ao princípio da proporcionalidade em face da vedação à proteção insuficiente, Mendes (2012, p. 332) ensina que conceituar uma medida como insuficiente para a proteção de um direito fundamental é o mesmo que dizer que ela é desproporcional em sentido estrito. Dito de outra forma, uma medida é tida como insuficiente se ela não consegue atender ao seu propósito inicial.

Em atenção ao recorte realizado neste estudo, no contexto familiar, base da sociedade, importa trazer à lume a fundamentação da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, do Distrito Federal (BRASIL, 2012), da qual se depreende que, ao se criar instrumentos próprios para buscar coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher, bem como estabelecer medidas especiais de proteção, assistência e punição, tomando como base o gênero da vítima, utiliza-se o legislador de meio adequado e necessário visando fomentar o fim traçado pelo artigo 226, § 8º, da Carta Federal.

O princípio da proporcionalidade na sua face da vedação à proteção insuficiente está relacionado com o dever do Estado de garantir a proteção efetiva dos direitos fundamentais, ou seja, ao provimento de um mínimo existencial (SENRA, 2021, p. 130). Nesse sentido, a Lei Maria da Penha é consequência do referido instituto, visto que compete ao Estado a adoção dos meios imprescindíveis à concretização efetiva dos preceitos constitucionais (BRASIL, 2012). Apesar da tentativa de estipular medidas, cuja finalidade precípua é evitar a violência contra o gênero feminino, fato é que há diversas lacunas que carecem de preenchimento, haja vista que além de as medidas serem falhas, há um problema estrutural que deve ser trabalhado desde sua origem (SILVA, 2022).

Para Barcellos (2005, p. 90), as atividades legislativa e jurisdicional contemplam a aplicação da Constituição e o cumprimento de suas normas. A partir dos princípios constitucionais, o legislador busca disciplinar os temas mais diversos, enquanto que o magistrado procura aplicar as normas constitucionais, direta ou indiretamente. As decisões judiciais, ainda de acordo com Barcellos (2005, p. 90), limitam-se a efeitos pontuais, ao passo que a legislação se sujeita a atos de execução para alcançar o plano fático.

De acordo com o Anuário de Segurança Pública de 2022 (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022, p. 10), não é suficiente a concessão das medidas protetivas de urgência, visto que a eficácia da decisão judicial está relacionada à (inexistente) fiscalização do Estado e dos seus agentes de segurança.

Sancionada em 2006, a lei em comento tem como finalidade não somente regulamentar a violência doméstica, mas também proteger e dar segurança às vítimas, penalizando o agressor. De acordo com Dias (2012, p. 145) “a Lei Maria da Penha traz um rol de medidas para assegurar efetividade ao seu propósito: garantir à mulher o direito a uma vida sem violência. Tentar deter o agressor bem como garantir a segurança pessoal e patrimonial da vítima e sua prole agora não é encargo somente da polícia”.

Nesse sentido, mister colocar em relevo as medidas protetivas destacadas nos artigos 18 ao 21, quais sejam, o afastamento do agressor do lar ou local em que acontece a convivência, a proibição de chegar perto da vítima em sua casa e a suspensão ou restrição das convivências com os filhos em comum (DE SALLES e MOREIRA, 2022).

Apesar de sua regulamentação, a legislação não tem alcançado a máxima efetividade nas searas jurídica e social, ante a existência de determinantes exteriores à vontade da lei, tais como a falta de profissionais qualificados para o atendimento e cumprimento das ordens judiciais (SILVA, 2018, p. 19). Dentre os obstáculos pode-se citar a falta de fiscalização do cumprimento, a inexistência de estrutura adequada para que a lei seja exercida e a impunidade (SOUZA, 2019. p. 40).

Somando-se às barreiras acima delineadas à morosidade do judiciário, as vítimas de violência doméstica passam a sofrer risco iminente, ficando à mercê do seu agressor, vez que este, na maioria das vezes, mora dentro do próprio lar da vítima (DE SALLES e MOREIRA, 2022).

No Brasil existem apenas 125 Juizados de Violência doméstica e familiar contra a Mulher. O número aparenta ser expressivo, porém, se for considerado que também existem mais de 5.000 cidades, o que se percebe é que menos de 10% destas possuem Juizados especializados para atender mulheres vítimas de violência doméstica e, consequentemente, material humano (SILVA, 2018. p. 28). É visível as disparidades de eficiência e mecanismos de proteção à mulher entre as cidades com e sem atendimento especializado (SILVA, 2018).

Um exemplo diz respeito às medidas de afastamento do agressor do local de convivência da vítima e a proibição de frequentar lugares que esta possa estar. Na prática, esbarra-se na seguinte problemática: como proibir o ofensor de frequentar determinados locais nos quais está a ofendida se, em algumas ocasiões, ofensor e vítima trabalham no mesmo local, moram no mesmo terreno, frequentam mesmo supermerca-

do, a mesma padaria ou o mesmo banco? (TOLEDO e DE OLIVEIRA, 2017. p. 266). Quem irá exercer tamanha fiscalização?

Outro empecilho encontrado pelas vítimas é o que se chama de vitimização secundária, abordado por Ávila (2017, p. 109) como “o fato de uma vítima de violência voltar a ter novas experiência de sofrimento psíquico na interação com as instituições que deveriam protegê-la, usualmente na forma de tratamento inadequado, insensível ou recriminatório”. Em sua maioria, a vitimização ocorre por parte de policiais, membros do Ministério Público, Defensores Públicos e Juízes.

Inicialmente, a vítima é estimulada pelos policiais que atendem a ocorrência a se retratar da representação ou não registrar a ocorrência policial (DE ÁVILA, 2017. p. 109) e após, desincentivada por Juízes e Promotores, lhe fazendo acreditar na inexistência da justiça.

Em uma audiência de custódia, realizada no Recife e acompanhada pelo Grupo Asa Branca de Criminologia em parceria com o instituto de Defesa do Direito de Defesa, foram verificadas as seguintes atitudes (VALENÇA e DE MELLO, 2020. p. 1240):

Após a entrada do custodiado, a juíza iniciou a busca pelos seus antecedentes. Nesse tempo, mencionou em tom de deboche o fato de já ser o quarto processo em que a mesma mulher figura como vítima daquele homem, dizendo que o fato de a mulher se deixar passar por isso quatro vezes lhe dá raiva. Por sua vez, o promotor respondeu: “Pancada de amor não dói. Já dizia o poeta, né?”, após o que, disse que existe uma música de forró que fala de “surra de amor”. A defensora pública pede, aos risos, que ele cante a canção, mas ele responde que não pode fazer isso, já que estava sendo tudo gravado. Logo que a magistrada avisa que não está gravando ainda, ele canta e todos riem, inclusive o custodiado.

No episódio exposto acima, há uma nítida culpabilidade, por parte dos servidores públicos – os quais deveriam proteger e apoiar a mulher vítima de violência doméstica – à mulher, por esta não ter rompido a relação violenta, aumentando a credibilidade do custodiado.

O quadro é de nítida ausência de servidores, falta de estrutura adequada, falta de capacitação e a não aplicação integral de dispositivos da Lei Maria da Penha em todo o Brasil, causando uma baixa efetividade desta, privilegiando o agressor (DE ÁVILA, 2017)

Assim, partindo da premissa básica de que a resposta penal traz mais impasses do que soluções para as vítimas, agressor e sociedade, imperioso o estudo da viabilidade de se criar estruturas de justiça alternativa para dirimir conflitos provocados por violência doméstica e familiar (BAUER, 2022).

Para Macedo (2013) a Justiça restaurativa consiste em “uma alternativa de resolução de conflitos através da participação da vítima, compreendida enquanto um direito da parte e com vistas a facilitar o processo dialógico e a compreensão do conflito”.

O objetivo é devolver os conflitos aos reais interessados, através de técnicas específicas, acolhendo as vítimas e dialogando com o agressor, evitando a reincidência das agressões (SABADELLI e PAIVA, 2019).

Por fim, outra alternativa, desta vez na seara judicial, é a criação, nos municípios, da instituição denominada Casa da Mulher Brasileira, que, inclusive, já tem sede na cidade de Curitiba, Estado do Paraná, funcionando como um Posto Avançado do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Curitiba. Lá tramitam apenas as medidas protetivas de urgência (SILVA, 2018). Assim, com a diminuição da sobrecarga dos servidores em razão do alto número de processos em trâmite, há a possibilidade de maior capacitação e, conseqüentemente, maior empatia daqueles com as vítimas, abolindo a vitimização secundária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Denota-se, portanto, do presente desenvolvimento, que apesar de existirem instrumentos normativos que buscam a proteção dos direitos das mulheres, tais como as medidas protetivas de urgência ou qualquer das demais medidas da Lei Maria da Penha (11.340/06), aqueles têm se mostrado ineficazes às dores femininas, principalmente em contexto de violência intrafamiliar.

Os direitos das mulheres são direitos fundamentais, os quais obrigam o Estado a observar o seu cumprimento inclusive contra agressões praticadas por terceiros. Os direitos fundamentais abrangem uma proibição de intervenção, além do postulado de proteção. Contemplam a proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente.

Ante a insuficiência de proteção dos instrumentos afirmativos existentes, necessário criar políticas públicas que auxiliem a garantir a

prestação de determinados serviços e alcançar a tutela dos direitos fundamentais que dependem de ações para sua promoção.

Verifica-se a necessidade, na prática, da necessidade de alternativas que, além de trazerem punições ao agressor, possam educá-lo a não cometer novos crimes de Violência Doméstica, além de trazerem segurança e proteção à vítima.

Apesar das tentativas do legislador em trazer mecanismos que paralise a violência contra a mulher, principalmente em relação a punição do agressor, os órgãos públicos, bem como o Judiciário Brasileiro, não se encontram preparados para a respectiva demanda ou por falta de pessoal qualificado, por sobrecarga ou por absoluta incompetência destes.

As alternativas encontradas até o presente momento foram: a instauração da justiça restaurativa e a criação da instituição Casa da Mãe Brasileira, já existente em Curitiba no Estado do Paraná, nas diversas cidades do Brasil.

A justiça restaurativa tem por finalidade educar o agressor e proteger a vítima física e psicologicamente. É uma forma de trazer a responsabilidade pelo crime àquele que realmente o cometeu, deixando de terceirizar ao ente Estatal, através de técnicas específicas que tem por finalidade resolver todas as questões que levaram às agressões.

Já a Casa da Mãe Brasileira tem por objetivo capacitar os profissionais para acolher e dar seguimento a demandas que envolvam a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Por fim, para se assegurar a observância dos direitos fundamentais das mulheres, com uma proteção suficiente, deve haver investimento do Poder Público em programas e ações com a finalidade de garantir a prestação de determinados serviços e alcançar a tutela dos direitos fundamentais que dependem de ações para sua promoção.

REFERÊNCIAS

BAUER, Ana Júlia Rocha. **A justiça restaurativa como proposta ao enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro. abr./jun. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 19/DF – Distrito Federal**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 09 fevereiro 2012.

DE ÁVILA, Thiago André Pierobom. Violência contra a mulher: consequências da perspectiva de gênero para as políticas de segurança pública. **Revista Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 62, n. 3, p. 109, set/dez. 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/51841>. Acesso em: 02 jul. 2023.

DE SALLES, André Moraes Soares Barbosa; MOREIRA, Carina Araujo Pacífico. **A ineficácia das medidas protetivas da Lei Maria da Penha**: O cotidiano da violência doméstica e familiar contra a mulher. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Direito), Centro Universitário Una, Belo Horizonte, 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. [São Paulo: FBSP], 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=15>. Acesso em: 26 jun. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SABADELL, Ana Lucia; PAIVA, Livia de Meira Lima. Diálogos entre feminismo e criminologia crítica na violência doméstica: justiça restaurativa e medidas protetivas de urgência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 153/2019, mar/2019. p. 173-206. Disponível em: https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Diálogos_entre_feminismo_e_criminologia_crítica.pdf. Acesso em 30 jun. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. Ed, rev. Atual e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2009.

SENRA, Carolina Maria Gurgel. Princípio da proibição da insuficiência: o dever do Estado de proteção mínima aos direitos sociais fundamentais. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 81, p. 127-153, jul./set. 2021.

SILVA, Brunna Ferreira da Silva. **Lei Maria da Penha (nº. 11.340/2006) A ineficácia das medidas protetivas de urgência**. Trabalho de Conclusão

de Curso de Graduação (Monografia), Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2022.

SILVA, César Brito da. **Lei 11.340/2006 – Análise dos mecanismos de proteção contra a violência doméstica no Brasil sob a ótica do judiciário**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação (Monografia), Universidade Federal do Paraná, 2018. f. 19 e 28.

SOUZA, Francisco Germeson de. **A ineficácia das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha: Uma análise acerca da aplicabilidade prática**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Graduação em Direito), Universidade Federal de Campina Grande, 2019. f. 40.

TOLEDO, Kelvia de Oliveira; DE OLIVEIRA, Estêvão Baesso Gabriel. A Lei Maria da Penha: a necessária releitura da legislação frente à ineficácia da prisão do agressor. **Revista das Faculdades Integradas Vianna Junior**, Juiz de Fora, v. 8, n. 2, jul/dez 2017. p. 266.

VALENÇA, Manuela Abath. DE MELLO, Marília Montenegro Pessoa. “Pancada de amor não dói”: a audiência de custódia e a visibilidade invertida da vítima nos casos de violência doméstica. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 02, 2020, p. 1240. ISSN: 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/issue/view/2280> . Acesso em: 30 jun. 2023.

VIDEIRA, Renata Gil de Alcântara. Medidas protetivas de urgência e o princípio da vedação à proteção insuficiente: uma questão de eficácia dos direitos fundamentais da mulher. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022.

A PROTEÇÃO INTEGRAL COMO FORMA DE GARANTIA DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PARA A ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

Full Protection As A Way Of Guaranteeing The Application Of Human Rights For The Eradication Of Child Labor

Andrei da Rosa Sauzem Machado¹

Camila Conrad²

-
- 1 Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, na linha de Políticas Públicas de Inclusão Social do PPGD/UNISC; Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Integrante externo do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC; Integrante do projeto de pesquisa “Articulação intersetorial para proteção de crianças e adolescentes contra a violação de direitos”, financiado pelo CNPQ; Sócio do Escritório Rosa e Sauzem Advogados Associados; Sócio na empresa Éthica Gestão e Consultoria. E-mail: adv.arasm@gmail.com.
- 2 Advogada, inscrita na OAB/RS n 114.654; Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pós-graduada em Direito das Famílias e Sucessões pela FMP/RS; Pós-graduada em Planejamento Patrimonial Familiar e Sucessório pela Faculdade Legale/SP; Pós-graduanda em Direito Societário e Governança Corporativa pela Faculdade Legale/SP; Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC - bolsista CAPES II; Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens - GRUPECA do PPGD/UNISC, que tem como estudo de dissertação a proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescente vítimas ou testemunhas de violência sexual nos procedimentos de depoimento especial nos tribunais de justiça entre os anos de 2010 e 2021. E-mail: milaconrad@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

As normas constitucionais e infraconstitucionais preveem formas de proteção para as crianças e os adolescentes, formando o sistema de proteção. Atualmente diante de inúmeros casos de violação de direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes, especialmente, daquelas expostas a formas de trabalho degradantes e que sofrem com todo e qualquer tipo de exploração de sua mão de obra, é que torna-se necessário o debate e o tema revelam preocupação, visto que existe o compromisso com a efetivação da proteção integral e a garantia como prioridade absoluta dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, em busca de sua efetivação plena.

Evidencia-se como hipótese que a exploração da mão de obra infantil é o meio em que ocorre as mais diversas formas de violação aos direitos humanos e fundamentais, bem como afronta o princípio da dignidade humana, o qual é vetor máximo do ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, o objeto do resumo é analisar a teoria da proteção integral como meio de garantir a aplicação dos direitos humanos para a erradicação do trabalho infantil.

Por tanto, o problema proposto busca compreender como à proteção integral contribui para a erradicação do trabalho infantil e para concretização dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes? Assim, visando responder ao problema de pesquisa, utiliza-se o método de procedimento monográfico e o método de abordagem dedutivo, visto que se parte da análise de uma premissa maior para o estabelecimento de uma premissa menor. Além disso, a técnica de pesquisa é bibliográfica e documental.

Desta forma, para tanto, divide-se o trabalho em três momentos, sendo que: primeiro, centra-se em realizar a conceituação histórica, de forma breve, dos direitos humanos e sua relação para a aplicação da proteção para crianças e adolescentes. Segundo, averigua-se a contextualização do trabalho infantil e sua concepção. Por fim, em terceiro momento, estuda-se a proteção integral e sua relação com a erradicação do trabalho de crianças e adolescentes.

2. CONCEITO HISTÓRICO DE DIREITOS HUMANOS APLICADOS PARA A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Os direitos fundamentais se compreendem, como sendo, direitos inerentes ao homem, que se encontram positivados nas Constituições, recebendo um maior nível de garantia e segurança (BONAVIDES, 1997). Para complementar Bulos (2012) acrescenta que os direitos fundamentais são um conjunto de princípios, normas, prerrogativas, deveres e institutos, característicos da soberania popular, onde garantem a convivência harmônica, livre, digna e igualitária. Assim, o sistema de proteção dos direitos fundamentais em âmbito internacional deriva-se por meio de esforços direcionados à sua conceituação, sendo utilizado como objeto de estudos por inúmeras ciências. Observa-se que podem ter determinações variadas, tais como: direitos humanos, direitos dos homens, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, liberdades fundamentais e liberdades públicas.

Para alguns autores os direitos humanos não podem ser considerados propriamente como direitos, mas são considerados como pretensões ou valores inerentes à escolha de cada cidadão, sendo que o conceito da palavra direito seria referente às demandas passíveis de se exigir ao Estado, devendo assim, fazer parte do ordenamento jurídico do Estado. Seguindo nesta linha, para Sarlet (2007) os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados, ou seja, é quando os direitos humanos se encontram no texto constitucional de um Estado, na proporção que os direitos humanos são vinculados aos ajustes e documentos internacionais, não importando o nível de vinculação do indivíduo com o Estado, tendo em vista o caráter supranacional dos mesmos.

Os direitos humanos surgiram para proteger todas as pessoas, independente de qual país, etnia, condição social, condição econômica, ou qualquer que seja a nomenclatura determinada. Sendo obrigação de qualquer país garantir aos seus cidadãos a não violação de seus direitos, onde os direitos humanos impõem obrigações específicas para cada Estado, bem como para cada pessoa (LEAL, 2024).

Os direitos humanos são compreendidos como um conjunto de normas que se encontram inseridas em uma posição superior, quando comparados com outros direitos, visto que são assegurados por normas jurídicas superiores ou por serem compreendidos como direitos próprios dos seres humanos. Entretanto, destaca-se que estes direitos não se tratam apenas de uma simples concessão de uma sociedade ou Estado

político, mas deve-se ter em mente que já nascem com o homem, estando incorporado a sua própria natureza e constituindo a sua dignidade. Desse modo, é compreendido por seu caráter fundamental, porque sem este o homem seria incapaz de existir, de se desenvolver e de se relacionar com a sociedade. Além disso, os direitos humanos representam as características mínimas de condições indispensáveis para se ter uma vida digna (GORCZEWSKI, 2006).

Alguns direitos se encontram em um nível mais elevado do que outros, devendo abranger sem distinções a todos os homens. Evidencia-se que em virtude das várias formas e critérios para compreensão dos direitos humanos, apresentar uma definição precisa e pronta pode ser um desafio nada fácil (GORCZEWSKI, 2009).

O conceito de direitos humanos, não apresenta um entendimento unânime, pelo fato de que existem um significativo rol de ciências que estudam a temática, tais como: o direito, a política, filosofia, sociologia, antropologia, e outras mais, que atribuem denominações diferenciadas para denominar o mesmo objeto a ser estudado. Portanto, a nomenclatura “direitos humanos” está interligada a outras expressões muito conhecidas, como direitos naturais, direitos públicos subjetivos, direitos morais e direitos fundamentais (GORCZEWSKI, 2009).

Para Gorczevski, (2009), Jacobs atribui três critérios que são importantes para caracterizar os direitos humanos: o primeiro se refere que o direito deve ser fundamental; no segundo o direito deve ser reconhecido de forma universal e garantido para todos; e no terceiro critério o direito deve ter uma formulação precisa e clara, a fim de impor obrigações ao Estado de tal maneira que não seja apenas para que este venha estabelecer um padrão.

Ressalta-se que através da Declaração dos Direitos Humanos foi reconhecido o direito dos cidadãos de terem direitos, sendo conferidos os direitos sociais, políticos e civis, os quais passaram a abranger um número maior de pessoas. Neste sentido, Bobbio (1992) afirma que a Declaração Universal dos direitos dos Homens pode ser considerada como o grande fundamento histórico e concreto dos direitos humanos, tendo em vista o forte posicionamento ao seu entorno. Porém, foi a Revolução Francesa que trouxe uma predominância social para os direitos humanos, visto que os conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade tiveram um destaque de grande relevância para a evolução dos direitos humanos, sendo uma base forte para a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, em que os países se reuniram para celebrar um pacto e estipular princípios básicos para a valorização das pessoas, com o objetivo central de os países seguirem o acordo estipulado com a declaração de buscar o bem-estar de seus cidadãos em benefício da dignidade da pessoa humana. A Declaração emergiu da necessidade de garantir efetivamente a dignidade dos povos e garantir a paz após os acontecimentos da segunda guerra mundial, a qual vitimou milhões de pessoas cruelmente, estipulando direitos e princípios fundamentais a serem cumpridos pelos Estados. Entretanto, mesmo após passados muitos anos disso, os direitos humanos continuam a ser violados por vários países. Mesmo não se restringindo a situação de violação dos direitos humanos, normalmente atinge mais as crianças e os adolescentes, por muitas vezes se encontrarem em situações de maior vulnerabilidade.

A partir da Declaração Universal passaram a ser estabelecidos mecanismos que visam a proteção da infância e adolescência, bem como a convenção dos direitos da criança da Organização das Nações Unidas (ONU), onde também se formulou o princípio de que as crianças devem ter prioridade absoluta no tocante às políticas públicas da sociedade na Constituição Federal brasileira. Servindo também a Declaração para embasar Convenções que visam erradicar - proibindo/vedando - o trabalho infantil. Ademais, verifica-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos está revestida de princípios que estão inseridos em todas as Constituições - Normas Fundamentais - no mundo (PIOVESAN, 2003).

Destaca-se, ainda, que uma das grandes contribuições das Convenções foi o acolhimento da doutrina da proteção integral para crianças e adolescentes, onde ambos são compreendidos de fato como sujeitos possuidores de direitos. Vislumbra-se que esta doutrina basilar tem como escopo a lógica direcionada para a prevalência e primazia do melhor interesse para a criança e ao adolescente (PIOVESAN, 2003).

Desta forma, frisa-se que os objetivos da Convenção dos Direitos das Crianças é a promoção de todos os direitos humanos inerentes às crianças e adolescentes. Nesse sentido, observa-se que como a educação é um direito que estes têm resguardados, o trabalho também deve ser um direito humano assegurado. Assim, apresenta como premissa maior, a garantia de que todas as crianças e adolescentes estarão protegi-

dos pelas liberdades fundamentais e os direitos inerentes a todos os seres humanos assegurados, desde o seu nascimento (ROSA, 2004, p. 12).

Desse modo, nota-se que a Convenção dos Direitos das Crianças nada mais é do que um tratado internacional que versa sobre direitos humanos inerente à proteção da infância e da juventude. Em decorrência disso, é utilizada por diversos movimentos e programas internacionais que lutam pela erradicação do trabalho infantil. Além disso, salienta-se que a referida convenção foi ratificada por quase todos os países, inclusive sendo referendada e aprovada pelo Estado Brasileiro, pelo Congresso Nacional no ano de 1990, inspirando, desta maneira, a redação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ROSA, 2004, p. 12).

No Brasil, no período de redemocratização do Estado, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, foi promulgada e reconhecida como Constituição cidadã, em decorrência dos direitos nela protegidos, sendo que a Norma também reconheceu os direitos inerentes às crianças e adolescentes, se aplicando de forma positiva no Estado brasileiro a doutrina da proteção integral.

Ademais, no que se refere aos direitos humanos, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, §1º, estipula a aplicação imediata das normas dos direitos e garantias fundamentais. De modo que a aplicação do artigo é resultante de sua natureza principiológica, a qual vincula os entes do Estado, a uma maximização da eficácia de tais direitos, buscando minimizar sempre as diferenças existentes entre as pessoas, ou seja, visando, desta maneira, garantir a dignidade da pessoa humana (SARLET, 1998).

Desta forma, o que pode se dizer que o direito de ter direitos, assim como a possibilidade de crianças e adolescentes serem reconhecidos como cidadãos, nasce de fato com o *caput* do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que determina o dever da família, da sociedade e do Estado garantir e assegurar as crianças e adolescentes, com prioridade o direito a vida, a saúde, a educação, a alimentação, ao lazer, a cultura, a dignidade, a liberdade e o convívio familiar e comunitário, bem como, devendo resguarda-los de quaisquer formas de discriminação, negligência, exploração, crueldade, opressão e violência.

Com isso, a Constituição Federal ao instituir a proteção integral de para crianças e adolescentes os reconheceu de pronto, como verdadeiros sujeitos de direitos. Encontrando-se tal categoria na concepção de direitos humanos, isto é, está presente nos novos direitos que surgem a partir do exercício dos direitos que já foram adquiridos. Assim, o indivíduo possuidor de direitos seria o sujeito, compreendido pelo

ordenamento jurídico, que tem a possibilidade efetiva de ser um sujeito cidadão (VERONESE, 1999, p. 225).

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi promulgado em 1990, surgindo em prol das crianças e adolescentes, através dos movimentos sociais que buscam garantir e assegurar o princípio da igualdade, visando, assim, a garantia da aplicação dos direitos humanos, além de proporcionar condições de assegurar, prioritariamente, o direito à vida, à saúde, a alimentação, à educação, a profissionalização, a dignidade, ao lazer, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária, e também os protegendo de todas as formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade, e opressão, conforme disposto no artigo 227, da Constituição Federal.

Veronese (1999, p. 655) ressalta que quando houver desrespeito aos direitos das crianças e adolescentes, mesmo que de forma flagrante ou mascarada, está se quebrando o paradigma que busca instituir, ou seja, se rompe com o paradigma de que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos. Conforme a autora, isso quer dizer que não é mais possível a sua coisificação, não sendo permitido que sejam tratados como objetos, que passivamente são postos à frente da família, da sociedade e ao mesmo tempo do Estado. Com isso, constitui-se, assim, o conceito de criança cidadã, de adolescente cidadão, pois eles não são mais um elemento carente, que é merecedor de pena, a necessitar de benefícios, portanto, deste modo antes de mais nada é um cidadão e um sujeito de direitos exigíveis.

Desta maneira, parece ser incontroverso o reconhecimento formal da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, se questionando o porquê ainda continuam sofrendo com a exploração, a violência e a violação de seus direitos, bem como sendo expostos a situações inadmissíveis de abandono moral, intelectual, social, familiar, entre tantas outras formas degradantes de exploração, que se encontram privados do pleno exercício da cidadania, o que vem a violar de maneira clara e evidente a dignidade da pessoa humana.

Assim, evidencia-se que é recente o marco na sociedade mundial que distingue as crianças, adolescentes e adultos. Além disso, também é recente a atribuição a crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, ou seja, que estão resguardados pela proteção integral e por políticas públicas destinadas a suprir as suas necessidades específicas.

3. A CONTEXTUALIZAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL E SUA CONCEPÇÃO

O trabalho infantil é claramente uma violação aos princípios constitucionais que se baseia o Estado democrático, principalmente no que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo uma afronta aos direitos humanos e aos direitos fundamentais para crianças e adolescentes. Mesmo com a existência de normativas jurídicas que buscam proteger estes, vedando o trabalho infantil, ele continua a ocorrer.

Destaca-se que o trabalho infantil é uma grave violação aos direitos humanos de crianças e adolescentes, visto que é, um grande problema social complexo e de grande magnitude, que remonta à Antiguidade e, embora não seja uma ocorrência exclusiva entre as famílias com baixa renda, é nesta classe social em que ocorre a sua predominância.

Vislumbra-se que o conceito de trabalho infantil é algo complexo que se requer uma boa construção teórica, buscando, assim, identificar de forma precisa o seu conceito fundamental para se entender a magnitude e o desenvolvimento da exploração do trabalho infantil (REIS, 2025. p. 64). Ressalta-se que independente do limite de idade determinado nas normativas que visam a proteção, ou até mesmo, a nomenclatura utilizada para se intitular o trabalho infantil, o seu significado nunca mudará e sempre será o mesmo, ou seja, crianças e adolescentes devem ser protegidos, especialmente quando estes se encontram em situações de vulnerabilidade, estando expostos ao trabalho infantil.

O trabalho infantil compreendido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), como toda atividade econômica desenvolvida por crianças e adolescentes. A Convenção nº. 138, foi ratificada por 156 países, bem como pelo Brasil, por meio do Decreto nº. 4.134 de 15 de fevereiro de 2002, estabelece que a idade mínima não pode ser superior à idade referente à escolaridade obrigatória, e de maneira nenhuma, seja inferior a 15 anos de idade.

A Constituição Federal de 1988, determina os limites de idade para o trabalho. O artigo 7º, inciso XXXIII, proíbe o trabalho perigoso, insalubre e noturno antes dos dezoito anos, assim como veda qualquer forma de trabalho antes dos dezesseis anos, salvo para aqueles que se encontrem em condição de aprendiz, os quais podem se enquadrar nessa categoria a partir dos quatorze anos (BRASIL, 1988).

A definição de trabalho infantil para o Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil tem relação com a realização

de toda e qualquer atividade econômica ou para sobrevivência da criança ou adolescente, sendo assim:

O termo 'trabalho infantil' refere-se, neste Plano, às atividades econômicas e/ou atividades de sobrevivência, com ou sem finalidade de lucro remuneradas ou não, realizadas por crianças ou adolescentes em idade inferior a 16 (dezessex) anos, ressalvada a condição de aprendiz a partir dos 14 (quatorze) anos, independentemente da sua condição ocupacional. Para efeitos de proteção ao adolescente trabalhador será considerado todo trabalho desempenhado por pessoa com idade entre 16 e 18 anos e, na condição de aprendiz, de 14 a 18 anos, conforme definido pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 (BRASIL, 2011, p. 07).

No Brasil existem diversas questões que constituem o problema da exploração do trabalho infantil, entretanto destaca-se duas questões importantes que influenciam a exploração da mão de obra de crianças e adolescentes. Uma é a questão referente à pobreza de crianças e adolescentes, bem como de suas famílias; outra questão, é a oportunidade da exploração de mão de obra barata à disposição. Estando estas questões ligadas diretamente a uma relação de dependência, em que uma não existiria sem a outra. Evidencia-se que não existem chances de alguém submeter-se à servidão sem que lhe falte condições e estímulos adequados para viver uma vida digna sem passar por extrema necessidade.

Assim, a cultura da exploração, somada às desigualdades sociais, à pobreza e à baixa escolaridade são os principais fatores determinantes para o trabalho infantil. mesmo assim, boa parte da sociedade ainda é omissa com relação ao trabalho infantil, o que contribui para a naturalização do problema. Além disso, é importante mencionar que a mão de obra do adulto pobre com pouca ou nenhuma instrução escolar, pode ser precarizada e barateada, já a força de trabalho de crianças e adolescentes pobres exercendo as mesmas funções de um adulto, por sua vez, pode ser reduzida à metade do preço em relação ao adulto.

Para melhor compreender a questão da pobreza e barateamento da mão de obra de crianças e adolescentes, deve-se considerar uma conjuntura de elementos, que vão desde a concepção da sociedade sobre a infância indo de encontro até os interesses do modelo capitalista de produção. Assim, as crianças e adolescentes que estão neste contexto de trabalho realizam as mais diferentes atividades econômicas, até mesmo no recinto doméstico. Ademais, a exploração do trabalho infantil não

ocorre somente no recinto urbano, mas também nas áreas rurais, em todas as localidades do país.

De outro modo, observa-se que os acontecimentos do trabalho infantil são amplos, e como regra o fato de existir sempre vai desvendar uma realidade escondida de abusos, negligências ou violências, onde deve-se responsabilizar a própria família, de terceiros que se beneficiam com o trabalho de crianças e adolescentes, podendo também alcançar as esferas cível, penal, trabalhista, administrativa e o poder público (MEDEIROS NETO; MARQUES, p. 08).

Neste sentido, verifica-se que o enfrentamento do trabalho infantil não está único e exclusivamente restrito as piores formas de trabalho. Entretanto, também está interligado a qualquer tipo de trabalho em que crianças ou adolescentes sejam submetidos com idade inferior aos dezoito anos. Dessa maneira, passa-se a abordagem da proteção integral como forma de erradicação do trabalho infantil.

4. A TEORIA DA PROTEÇÃO COMO UMA FORMA DE GARANTIR A APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

A teoria da proteção integral fornece subsídios teóricos em apoio ao Direito da Criança e do Adolescente e, como qualquer teoria, sua formação é resultado de um processo desenvolvido ao longo da história. A base teórica inicial da teoria da proteção integral desenvolveu-se a partir da compreensão da infância como uma construção social. A produção teórica advém de pesquisas em diferentes áreas do conhecimento e os resultados tornam-se cada vez mais consistentes, ao mesmo tempo em que são fornecidos subsídios para a compreensão da infância e de seus direitos, os quais serão incorporados às normas internacionais (REIS, 2015, P. 23).

A compreensão da teoria da proteção integral tem uma dimensão constituída em fatos históricos que a satisfazem, por isso é necessário vivenciar o caminho da história social da infância. Nessa perspectiva, o reconhecimento das crianças como sujeitos de direito é fundamental para a formação da teoria. Da mesma forma, é preciso perceber que as crianças não são “adultos em miniatura” ou que a infância é apenas uma etapa de preparação para a vida adulta. Além disso, não basta reconhecer as condições de sujeito de direitos, é preciso tratar a infância e a

criança como sujeitos específicos e inseri-los em determinados ambientes políticos, sociais e econômicos. (REIS, 2015, p. 23).

A Doutrina da Proteção Integral veio contrapor a Doutrina da Situação Irregular então vigente instituída pelo Código de Menores de 1979, “[...] onde a criança era vista como problema social, um risco à estabilidade, às vezes até uma ameaça à ordem social [...] a infância era um mero objeto de intervenção do Estado regulador da propriedade [...]”. Assim, a doutrina da situação irregular não atingia a totalidade de crianças e adolescentes, mas somente destinava-se àqueles que representavam um obstáculo à ordem, considerados como tais, os abandonados, expostos, transviados, delinquentes, infratores, vadios, pobres, que recebiam todos do Estado a mesma resposta assistencialista, repressiva e institucionalizam-te. (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 68).

Ressalta-se que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e não simplesmente objetos de intervenção no mundo adulto, portadores não só de uma proteção jurídica comum que é reconhecida para todas as pessoas, mas detêm ainda uma “supra proteção ou proteção complementar de seus direitos”. (BRUNÖL, 2001, p. 92). A proteção busca atender a todas as crianças e adolescentes sem nenhuma distinção, não sendo cabível qualquer tipo de restrição.

Neste sentido, todas as crianças e adolescentes revestidos de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, conforme dispõe o *caput* do artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 3º A criança e ao adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

O valor recebido pela dignidade da pessoa humana junto à Constituição Federal de 1988 brasileira, deu início ao sistema de proteção à infância. Do artigo 227 da Constituição Federal e também do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se observar que o dever de assegurar este sistema de proteção é cabível a família, a comunidade em geral, ao poder público, tendo como obrigação maior promover o sistema com absoluta prioridade. Isto é, devendo colocarem as crianças e adolescentes em primeiro lugar no que diz respeito às obri-

gações dos governantes, independente da esfera (municipal, estadual ou federal), que se encontrem. Devendo sempre atender as necessidades das crianças e adolescentes.

A efetivação dos direitos fundamentais pressupõe a criação de um Sistema de Garantia de Direitos, que atue para promover a defesa e o controle. Devendo tal direito ser produzido na sociedade, onde se experimenta um intenso processo de correlações de forças, considerando a histórica postura de negligência e arbitrariedade com crianças e adolescentes no Estado brasileiro.

Assim, os direitos fundamentais contemplam o alcance geracional, e por esse motivo a Constituição Federal reconhece crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direito. Da mesma forma, o texto constitucional reconhece a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e, portanto, alvo da proteção estatal e social. A proteção integral e a prioridade absoluta se constituem, desse modo, no cerne da teoria da proteção integral (REIS, 2015. p. 42).

Por conseguinte, nota-se que o princípio da proteção se concretiza por meio da criação de um Sistema de Garantia de Direitos, atuando na promoção da defesa e do controle, visando com isso desvendar os abusos, negligências ou violências, responsabilizando os envolvidos – a própria família, terceiros que se beneficiam com o trabalho de crianças e adolescentes, podendo também alcançar as esferas cível, penal, trabalhista, administrativa e o poder público.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho apresentou como o objetivo geral o de analisar a teoria da proteção integral como meio de garantir a aplicação de direitos humanos e erradicar o trabalho infantil. Desse modo, buscou-se observar como a proteção integral contribui para a erradicação do trabalho infantil e para concretização dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes.

Desta forma, visando responder o problema, dividiu-se a pesquisa em três momentos – objetivos específicos –, sendo que no primeiro, centrou-se em conceituar historicamente, de forma breve, os direitos humanos e sua relação para a aplicação da proteção para crianças e adolescentes. Assim, verificou-se que os direitos fundamentais são compreendidos como direitos inerentes ao homem, que se encontram

positivados nas Constituições e recebem um maior nível de garantia e segurança. Além disso, os direitos fundamentais são princípios, normas, prerrogativas, deveres e institutos, característicos da soberania popular, que visam garantir a convivência harmônica, livre, digna e igualitária.

O sistema de proteção dos direitos fundamentais em âmbito internacional deriva de esforços direcionados à sua conceituação, sendo utilizado como objeto de estudos por inúmeras ciências, assim como apresenta determinações variadas. Dessa maneira, evidencia-se que alguns direitos se encontram em um nível mais elevado do que outros, os quais devem abranger sem distinções a todos os homens. Contudo, em virtude das diversas formas e critérios para compreensão dos direitos humanos, apresentar uma definição precisa e pronta pode ser um desafio nada fácil.

Ademais, nota-se que na Declaração Universal dos Direitos Humanos foi reconhecido o direito dos cidadãos de terem direitos, sendo conferidos os direitos sociais, políticos e civis, os quais passaram a abranger um número maior de pessoas. A partir da Declaração Universal passaram a existir mecanismos que visam a proteção da infância e adolescência, bem como a convenção dos direitos da criança da Organização das Nações Unidas (ONU), onde também se formulou o princípio de que as crianças devem ter prioridade absoluta no tocante às políticas públicas da sociedade na Constituição Federal brasileira. Frisa-se, ainda, que os objetivos da Convenção dos Direitos das Crianças é a promoção de todos os direitos humanos inerentes às crianças e adolescentes.

No Brasil, no período de redemocratização do Estado, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, foi promulgada e reconhecida como Constituição cidadã, em decorrência dos direitos nela protegidos, sendo que a Norma também reconheceu os direitos inerentes às crianças e adolescentes, se aplicando de forma positiva no Estado brasileiro a doutrina da proteção integral. Em 1990, foi inaugurado o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em um segundo momento, contextualizou-se o trabalho infantil e sua concepção. O trabalho infantil é compreendido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), como toda atividade econômica desenvolvida por crianças e adolescentes. A Convenção nº. 138, foi ratificada por 156 países, bem como pelo Brasil, por meio do Decreto nº. 4.134 de 15 de fevereiro de 2002, estabeleceu que a idade mínima não pode ser superior à idade referente à escolaridade obrigatória, e de maneira nenhuma, seja inferior a 15 anos de idade. Assim como, obser-

vou-se as vedações contidas na Constituição para o trabalho de crianças e adolescentes – artigo 7º, inciso XXXIII, e a definição contida no Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil.

Por fim, em terceiro momento, investigou-se à proteção integral e sua relação com a erradicação do trabalho de crianças e adolescentes. Dessa maneira, vislumbrou-se que a teoria da proteção integral tem como escopo o de fornecer subsídios teóricos em apoio ao Direito da Criança e do Adolescente e, como qualquer teoria, sua formação é resultado de um processo desenvolvido ao longo da história. Salienta-se que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e não, simplesmente, objetos de intervenção no mundo adulto, portadores não só de uma proteção jurídica comum que é reconhecida para todas as pessoas, mas detêm ainda uma supra proteção ou proteção complementar de seus direitos. Portanto, a proteção busca atender a todas as crianças e adolescentes sem nenhuma distinção, não sendo cabível qualquer tipo de restrição.

Conclui-se que o princípio da proteção se concretiza por meio da criação de um Sistema de Garantia de Direitos, atuando na promoção da defesa e do controle, visando com isso desvendar os abusos, negligências ou violências, responsabilizando os envolvidos – a própria família, terceiros que se beneficiam com o trabalho de crianças e adolescentes, podendo também alcançar as esferas cível, penal, trabalhista, administrativa e o poder público.

Dito isso, frisou-se que as normas constitucionais e infraconstitucionais preverem formas de proteção de crianças e adolescentes, assim como vislumbrou-se que com a teoria base da proteção integral é possível que se atinjam os meios – através de fiscalização e controle – para tornar o sistema de proteção cada vez mais efetivo e eficaz, especialmente diante dos inúmeros casos de violação, pois diversas crianças e adolescentes se encontram expostas a formas de trabalho degradante e que sofrem exploração da mão de obra, com isso garantindo e viabilizando o acesso destes aos direitos humanos e fundamentais, e, consequentemente, viabilizando a erradicação do trabalho infantil.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo, Malheiros, 1997.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069compilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. *Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador*. Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil. – 2. ed. – Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2011.

BRUNÔL, Miguel Cillero. *O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança*. In: MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (Org.). Tradução de Eliete Ávila Wofff. Infância, lei e democracia na América Latina. Análise crítica do panorama legislativo no Marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1990-1998). Blumenau: Edifurb, vol. 1, 2001. p. 91-111.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry Veronese. *Crianças Esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil*. Curitiba: Multidéia, 2009

GORCZEVSKI, Clóvis. *Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GORCZEVSKI, Clóvis. *Direitos Humanos, Educação e Cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

LEAL, Rogério Gesta; DA SILVA, Ianaí Simonelli. *As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea*. Santa Cruz do Sul, 2014, Edunisc.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REIS, Suzéte da Silva. *Ações e estratégias de políticas públicas para o enfrentamento da exploração do trabalho infantil nos meios de comunicação no marco da*

teoria da proteção integral aos direitos da criança e do adolescente. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Santa Cruz do Sul, 2015.

ROSA, Patrícia. *Trabalho Infantil*. Biblioteca Jurídica Virtual. Santa Catarina: 2004. Disponível on-line em:<http://www.buscalegis.ufsc.br/corruptao-brasil/artigos/artgeral>.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente: construindo o conceito de sujeito-cidadão*. Revista da ESMESC ã Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, p. 225. 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Discriminação e atentados ao exercício da cidadania da criança e do adolescente*. In:PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar, p. 655. 1999.

A SEPARAÇÃO JUDICIAL E O DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UM ESTUDO À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66 DE 13 DE JULHO DE 2010 E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.167.478/RJ

Judicial Separation And Divorce In The Brazilian Legal System: A Study In The Light Of Constitutional Amendment N. 66 Of July 13, 2010 And Extraordinary Appeal N. 1.167.478/Rj.

Yan Roberto Santos de Oliveira¹

INTRODUÇÃO

Sobre a dissolução do casamento civil, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispunha em seu capítulo VII, art. 226, § 6º a seguinte regra: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos

1 Graduando em Direito pela Faculdade de Tecnologia e Ciências – UniFTC, Vitória da Conquista/BA. Pesquisador do Grupo de Pesquisa de Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS, sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Presidente do Coletivo Myrthes Gomes de Campos do Curso de Direito – UniFTC, Vitória da Conquista/BA. Pesquisador da Liga Acadêmica de Processo Civil José Joaquim Calmon de Passos – LAPASSOS, sob coordenação do Prof. Me. Ricardo Gomes Menezes. Graduando em História pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB, Vitória da Conquista/BA. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0470259417248740>. Contato eletrônico: historyan.roberto@gmail.com

expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos” (BRASIL, 1988). Desse modo, o entendimento estabelecido pelo texto constitucional era que a dissolução do casamento por meio do divórcio seria possível apenas após a separação judicial ou mediante a comprovação da separação de fato.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 66 de 13 de julho de 2010, a Constituição Cidadã sofreu modificações em seu capítulo VII, art. 226, § 6º, gerando discussões acerca da alteração do dispositivo “que deixou de condicionar o divórcio à prévia separação de judicial ou de fato” (BARROS, 2017, p. 232).

Nota-se que antes da alteração ocasionada pela Emenda Constitucional n. 66/2010, os dois institutos, a separação e o divórcio, faziam-se presentes, sendo a separação judicial um requisito para o divórcio. Em termos práticos, a distinção entre os institutos assenta-se no fato de que a separação encerra a sociedade conjugal, os deveres recíprocos impostos pelo matrimônio e o regime de bens, mas não extingue o vínculo matrimonial, que impede o indivíduo separado de casar-se novamente. Já o divórcio encerra o vínculo conjugal e, por consequência, extingue os deveres recíprocos e o regime de bens, além disso, dissolve o vínculo decorrente do casamento, o que possibilita a celebração de novas núpcias.

Nesse cenário, a problemática que o presente estudo visa examinar é a insegurança jurídica causada pela divergência sobre a extinção ou existência do instituto da separação judicial no ordenamento pátrio. Desse modo, o embaraço jurídico que perpetua a discussão sobre a matéria faz-se surgir no ordenamento diferentes entendimentos tanto por parte de juristas e estudiosos, como de tribunais de justiça do país. Tal divergência impede a uniformidade do ordenamento jurídico brasileiro sobre o desaparecimento ou permanência da figura da separação após a Emenda Constitucional n. 66/2010 em ações do Direito de Família.

Cabe pontuar que a extinção do instituto da separação judicial extingue também uma possibilidade de encerramento da sociedade conjugal sem a dissolução do vínculo matrimonial. Sem essa possibilidade, o término do casamento será sempre definitivo, dificultando o eventual restabelecimento do casamento. Por outro lado, o divórcio sem o requisito da separação torna o processo de dissolução do casamento mais simples.

Destaca-se que a Emenda Constitucional n. 66/2010 não determinou se o instituto da separação foi extinto ou não no ordenamento jurídico do Brasil. De tal forma, é pertinente avaliar se a extinção da

separação é benéfica ou não e se está de acordo com as normas e princípios do Direito de Família e a Constituição.

Assim, este trabalho desenvolve-se por meio de levantamento bibliográfico e com utilização de método dedutivo a fim de cumprir o objetivo geral de analisar a separação judicial e o divórcio à luz da Emenda Constitucional n. 66/2010, bem como dialogar com a doutrina e jurisprudência no tocante da importância jurídica e social da problematização do estudo. São objetivos específicos do artigo estudar os institutos da separação judicial e do divórcio a partir das bases doutrinárias; demonstrar a divergência de interpretações sobre a extinção da separação judicial após a Emenda Constitucional n. 66 de 2010; e avaliar a separação judicial por meio dos entendimentos jurisprudenciais.

DESENVOLVIMENTO

A figura da separação judicial está prevista nos artigos 1.575 e 1.576 do Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, e é compreendida como o instituto responsável pela extinção da sociedade conjugal que põe fim à fidelidade recíproca, à coabitação e ao regime de bens, cessando assim os deveres matrimoniais. É importante salientar que, na separação judicial, a sociedade conjugal pode ser restabelecida sem a necessidade contrair um novo matrimônio, conforme Emanuelle Pimenta (2011) destaca em seu estudo sobre a EC 66/2010.

Dessa maneira, o instituto da separação judicial permitia ao casal repensar e solucionar o conflito por meio de uma reconciliação podendo assim, em lapso de tempo, recompor a sociedade conjugal, diferentemente do divórcio conforme explicita Emanuelle Pimenta (2011). Na separação judicial, os laços de afinidade não são dissolvidos. Eles apenas se extinguem com o fim do casamento, seja por morte ou divórcio. Contudo, a afinidade em linha reta é sempre preservada, resultando em um impedimento absoluto para o casamento, o qual também se aplica à união estável, elenca Conrado Paulino da Rosa (2023, p. 196).

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 434) afirmam que o instituto do divórcio “dissolve integralmente o casamento, atacando, a um só tempo, a sociedade conjugal (isto, é, os deveres recíprocos e o regime de bens) e o vínculo nupcial formado (ou seja, extinguindo a relação jurídica estabelecida)”. Assim, o divórcio é um instrumento jurídico que põe fim ao casamento. Ain-

da, conforme Henrique Rocha (2016, p. 432) explica, “com o advento da Lei do Divórcio em 1977 garantiu-se aos cônjuges oficializar o término do casamento em vida mediante reconhecimento de nulidade, separação ou divórcio”.

Anteriormente à Lei do Divórcio, Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, o casamento era considerado indissolúvel, mas, após a Lei supracitada, o matrimônio tornou-se dissolúvel e pautado no cessamento dos deveres recíprocos, do regime de bens e vínculo nupcial como pontuam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012).

O desquite², antecessor do instituto do divórcio, colocava fim ao casamento, entretanto, sem a dissolução do vínculo existente entre os cônjuges. No período oitocentista que se admitiu “a quebra do vínculo matrimonial, quando cessado o próprio afeto”, complementam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 432). O divórcio começou a “dar as caras” de maneira tímida na sociedade brasileira após o fim do desquite e gerou amplas discussões e debates, oriundos, principalmente, de religiosos e conservadores que se opunham ao tema.

Para Conrado Paulino da Rosa (2023), o divórcio abre caminhos para um novo arranjo familiar, devido ao aumento frequente de divórcios, tanto em nossa sociedade como em todo o mundo, bem como o surgimento de novas uniões estáveis após a dissolução de um casamento anterior ou mesmo casamentos em que um dos parceiros já tenha filhos de um relacionamento anterior, a figura do padrasto e do enteado se torna cada vez mais comum nas chamadas famílias reconstituídas. (2023, p. 195).

Nessa linha de ideias, nota-se que o divórcio baila sobre a ótica de direitos fundamentais da pessoa humana, e que, portanto, o indivíduo tem a vontade de exercício da continuidade ou não do enlace matrimonial estabelecido frente ao casamento.

Nesse mesmo panorama, frisa-se o posicionamento da jurista Maria Berenice Dias (2010) em seu estudo sobre o fim da separação, no qual diz que “qualquer dos cônjuges pode, sem precisar declinar causas ou motivos, e a qualquer tempo, buscar o divórcio”. Corrobora Dias

2 Instituído no Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e dissolvido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, conhecida como Lei do Divórcio, o desquite permitia a separação entre os cônjuges e de bens, mas sem a dissolução do vínculo matrimonial. Assim, o casamento era regido neste período como sendo indissolúvel e perpétuo, ou seja, aos cônjuges não era permitido contrair um novo casamento.

(2010) ao proferir que o fim do instituto da separação é um avanço, pois segundo autora, atende os princípios fundamentais da liberdade e da autonomia da vontade da pessoa humana.

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 33, apresentada em 10 de abril de 2007, de autoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e relatoria do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro (PT-BA), culminou na Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, que dispõe sobre a supressão do instituto da separação judicial, e assim despertou uma série de discussões sobre o tema entre doutrinadores e estudiosos do Direito de Família.

Na regra anterior, a separação judicial figurava como requisito ao qual os cônjuges se submetiam para pedir o divórcio, configurando um sistema dualista³. A doutrina majoritária compreende que a figura da separação foi extinta com a EC n. 66/2010 e a minoritária interpreta a existência do instituto, mesmo não explícito na Carta Magna, devido às alterações estabelecidas pela emenda supracitada.

A divergência se dá porque a EC n. 66/ 2010, possibilitou a aplicação imediata e direta do instituto do divórcio. Com a nova redação ao art. 6º, § 6º da Constituição Federal, retirou-se da Carta Magna o requisito temporal e da separação prévia, para o divórcio (GONÇALVES, 2016).

Nesse mesmo paralelo, Rodrigo da Cunha Pereira (2010, p. 8) em seu estudo sobre a EC n. 66/2010, afirma que a emenda “suprimiu a prévia separação como requisito para o divórcio, bem como eliminou qualquer prazo para se propor o divórcio, seja judicial ou administrativo (Lei n. 11.441/07)” com o novo texto constitucional.

A doutrina majoritária está alinhada com a decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia⁴, relatada pelo desembargador Emílio Salomão Pinto Resedá, que fundamentou a extinção do instituto da separação judicial após a Emenda Constitucional n. 66, eliminando o prazo da dissolução do vínculo matrimonial entre os cônjuges no texto constitucional.

3 O sistema dualista é compreendido no âmbito do Direito de Família como sendo a submissão das partes em duas ações judiciais diferentes envolvendo cada um dos institutos separadamente, sejam eles a separação judicial e o divórcio.

4 BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Cível 0004074-23.2005.805.0256.0, Processo 0004074-2/2005, Quinta Câmara Cível, Teixeira de Freitas – BA, Relator Desembargador Emílio Salomão Pinto Resedá, julgamento: 25.01.2011.

No entanto, em sentido oposto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ⁵sob relatoria do desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, entendeu que a Emenda Constitucional n. 66, de 14 de julho de 2010, não suprimiu o instituto da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro.

Contraponto, o entendimento proferido pelo Tribunal Gaúcho, o Enunciado 514, da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal afirma que “a Emenda Constitucional nº 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial” (BRASIL, 2012). Nota-se o sentido contrário em relação ao entendimento majoritário dos doutrinadores até então, levantando assim uma discussão sobre a extinção da separação judicial.

Em contrário, o jurista Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 433) escreve que que, “a separação judicial deixou de ser contemplada na Constituição Federal (...) desaparecendo ainda o requerimento temporal para a obtenção do divórcio, agora exclusivamente direto, por mútuo consentimento ou litigioso”. Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira (2010, p. 12), também compartilha desse entendimento ao proferir que “a nova redação da Constituição que eliminou expressamente prazos para o divórcio e instalou novas concepções sobre a dissolução do vínculo conjugal”.

No mesmo sentido, a posição doutrinária de Maria Berenice Dias (2010) vai ao encontro da tese de extinção da figura da separação judicial ao afirmar que “a mudança provoca uma revisão de antigos paradigmas, pois de uma só vez, elimina o instituto da separação, os prazos para a concessão do divórcio e a culpa no âmbito do Direito das Famílias”. Nesse sentido, é notório destacar que Maria Berenice Dias (2010) concebe que a separação foi extinta no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no Direito das Famílias, pois a Constituição Cidadã após a EC n. 66/2010 que eliminou os requisitos, bem como os prazos para a dissolução do casamento pelo divórcio.

Portanto, a doutrina majoritária entende que “a Constituição deixou de tutelar a separação judicial” (LÔBO, 2010). Afirma-se que pela interpretação sistemática do ordenamento pátrio não se deve compreender que a separação judicial foi apenas restringida na nor-

5 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70044638138, Passo Fundo – RS, Sétima Câmara Cível, Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, DJRS 02.09.2011.

ma, e que “tampouco, podem prevalecer normas do Código Civil ou de outro diploma infraconstitucional, que regulamentavam o que previsto de modo expreso na Constituição e que esta excluiu posteriormente” (LÔBO, 2010).

Em 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao abordar o Tema 1.053 intitulado “Separação judicial como requisito para o divórcio e sua subsistência como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da EC n. 66/2010”, reconheceu a relevância e a natureza constitucional da matéria em discussão. Esse reconhecimento foi condicionado à análise da supressão da separação judicial após a promulgação da Emenda Constitucional n. 66, ocorrida em 13 de julho de 2010. Atualmente, o Recurso Extraordinário n. 1.167.478/RJ, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, encontra-se em tramitação com o propósito de proferir uma decisão definitiva sobre a permanência ou não do instituto da separação no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias (2022) no estudo sobre o instituto da separação elencam que o Poder Judiciário poderá sobrecarregar novamente se houver a manutenção do instituto da separação judicial, uma vez que ressuscitará a possibilidade de “ter dois processos para se dissolver o casamento: processo de separação judicial e depois o de divórcio. Com isso ainda mais se sobrecarregaria a justiça e só traria benefícios ao mercado de trabalho”, conforme pontuam os juristas.

Na esfera religiosa, o argumento que permeia a discussão entre conservadores protestantes, católicos, entre outros, baseia-se na concepção do casamento como indissolúvel e algo divino. Nesse caso a “separação judicial significa um limbo, um purgatório pelo qual os casados devem passar antes do divórcio” (DIAS; PEREIRA, 2022).

Para a corrente contrária, a supressão do instituto da separação judicial deve-se ser definitiva pelo STF para que não haja a volta da figura no Direito de Família, e a violação de direitos fundamentais dos brasileiros em um Estado laico, globalizado e democrático, salienta os juristas Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias (2022).

O Recurso Extraordinário n. 1.167.478/RJ, ainda pendente de julgamento do STF, interposto contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, proferirá sobre o impasse da temática no tocante a problematização jurídica e social conforme supracitada anteriormente. complementam os mesmos autores que há motivo viável juridicamente o retorno da figura, devido “o fato de não ter sido revisado o Código

Civil e, por uma manobra revisionista, ter sido inseridas escassas referências à separação no Código de Processo Civil, não tem o condão de ressuscitar instituto completamente em desuso” ratifica os autores.

Assim sendo, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBD-FAM) e a Associação de Direito de Família e Sucessões (ADFAS) estão atuando como *amicus curiae* no RE 1.167.478/RJ. O diretor nacional do IBDFAM e cofundador Paulo Luiz Netto Lôbo (2022) salienta que o “Código de Processo Civil – CPC, de 2015, quando alude à “separação”, não remete às normas revogadas do Código Civil relativas à separação judicial, mas sim à separação de fato”, quando uma norma no ordenamento pátrio é cessada, seus efeitos jurídicos não podem ressurgir, principalmente por interpretação alude Lôbo (2022), manifestando contrário a manutenção do instituto da separação judicial.

Em vista disso, a repercussão geral entre os doutrinadores e estudiosos, e também nos Tribunais de Justiça, terá seu fim com a decisão do STF sobre a manutenção ou não do instituto da separação judicial no sistema jurídico do Brasil. Embora os tribunais entendam que a figura foi extinta definitivamente ou vice-versa, há juristas, que compreendem a existência infraconstitucional da separação judicial ou contrários a esse entendimento.

Assim, “a respeito da matéria encerrará polêmica que persiste há mais de dez anos, tanto na doutrina como no âmbito judicial. No entanto, carece o objeto do julgamento de precisão: a divergência se respalda tão somente na manutenção ou não” do instituto da separação judicial, elenca Natacha Back (2022).

Por conseguinte, não incumbe ao Supremo Tribunal a restrição de direitos já reconhecidos ao longo do processo histórico democrático do Brasil, inclusive os que denotam retrocesso às garantias constitucionais. Nesse contexto, complementa Back (2022), que o reconhecimento do STF pela existência “da separação como requisito para o divórcio seria desconsiderar a principal modificação trazida pela referida emenda e representaria um total retrocesso para o Direito de Família.” (BACK, 2022, p. 63). Assim, a EC n. 66/2010, de fato trouxe a polêmica em comento, cabendo ao Supremo, analisar e se pronunciar a respeito da matéria e formular sob aquiescência dos institutos da separação judicial e do divórcio, e apurar a permanência ou não no ordenamento pátrio.

Assim, o problema central que o estudo busca examinar diz respeito à insegurança jurídica ocasionada pela divergência sobre a extinção ou existência do instituto da separação judicial no sistema

pátrio. E, que com a decisão a ser proferida pelo STF cessará as discussões de entendimentos e uniformizará o tema no âmbito do Direito de Família. Ainda, o embaraço jurídico que perpetua a discussão sobre a matéria faz-se surgir no ordenamento diferentes entendimentos tanto por parte de juristas e estudiosos, como de tribunais de justiça do País. Tal divergência impede a uniformidade do ordenamento jurídico brasileiro sobre o desaparecimento ou permanência da figura da separação após a Emenda Constitucional n. 66/2010 em importantes ações do Direito de Família.

Portanto, cabe pontuar que, acaso se entendesse pelo fim do instituto da separação judicial no tocante aos cônjuges, não seria permitido repensar na decisão de fim do casamento pelo divórcio, tampouco na existência da separação com requisito decorrente para a dissolução entre as partes. Em sentido contrário, que a manutenção da figura permitiria aos cônjuges a obrigatoriedade da separação para a concessão do divórcio, bem como de demais requisitos normativos do direito familiar. Ainda, a estes aspectos negativos e positivos após a Emenda Constitucional n. 66/2010 não uniformizou o entendimento sobre o instituto da separação no ordenamento jurídico do Brasil, e avaliar a hipótese da extinção da obrigatoriedade da separação para a concessão do divórcio, não o fim da separação judicial, a qual esperamos o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, a fim do estabelecimento da simetria jurídica da matéria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo, verificou-se que a doutrina majoritária compreende a extinção da figura da separação e a minoritária interpreta a existência do instituto, mesmo não explícito na Carta Magna, devido às alterações estabelecidas pela Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010.

Nesse contexto, surgiram divergências e debates a respeito da supressão da figura da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, gerando discussões entre doutrinadores e estudiosos da temática sobre a extinção ou não do instituto no Direito de Família. Diante disso, o Recurso Extraordinário n. 1.167.478/ RJ, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, tramita com intuito de definitivamente proferir

decisão sobre permanência ou não do instituto da separação no sistema jurídico pátrio.

De modo geral, o artigo debruçou além da doutrina, o respaldo às decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, e também do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que compreendem de maneira adversa sobre a discussão objeto do estudo. Foi possível, concluir que a supressão do instituto da separação judicial deve-se ser definitiva pelo STF, se assim proferida, não retornará a figura supracitada no Direito de Família, bem como, a violação de direitos fundamentais dos brasileiros em um Estado laico, globalizado e democrático, salienta os juristas Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias (2022).

Portanto, conclui-se que há a hipótese da extinção da obrigatoriedade da separação para a concessão do divórcio, não o fim do instituto. Mas, há sem dúvida ressalvas sobre este entendimento, tendo em vista as discussões dos doutrinadores nesse sentido, bem como de decisões contrárias ou favoráveis a essa cognição, somente após o julgamento do STF sobre a matéria constitucional, e que teremos definitivamente o fim dessa repercussão no âmbito jurídico e social no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jun. 2023.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 21 jun. 2023.

_____. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 21 jun. 2023.

_____. **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, 2010. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%2066%2C%20DE%2013%20DE%20JULHO%20DE%202010&text=226%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%2C%20que,de%202%20\(dois\)%20anos](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%2066%2C%20DE%2013%20DE%20JULHO%20DE%202010&text=226%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%2C%20que,de%202%20(dois)%20anos). Acesso em: 21 jun. 2023.

_____. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 21 jun. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 1.167.478/RJ.** Relator: Ministro Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 21 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=8159082>. Acesso em: 21 jun. 2023.

BACK, Natacha. **A separação de direito, o divórcio indireto e a Emenda Constitucional n.º 66 de 2010:** uma análise das decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Superior Tribunal de Justiça. 79f. (Trabalho de Conclusão de Curso - Monografia), Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2022.

BARROS, Rafaela Rojas. A Separação Judicial e o Novo Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, 2017, n. 36. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/73426>. Acesso em: 21 jun. 2023.

BRASIL. Poder Judiciário. **Conselho da Justiça Federal.** Enunciado nº 514. V Jornada de Direito Civil. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>. Acesso em: 21 jun. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **O fim da separação:** um novo recomeço!. Disponível em: <https://bereniceditias.com.br/o-fim-da-separacao-um-novo-recomeco/>. Acesso em: 21 jun. 2023.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Instituto da separação:** para que serve? A quem serve?. Disponível em: <https://www.rodrigoda->

cunha.adv.br/instituto-da-separacao-para-que-serve-a-quem-serve/. Acesso em: 21 jun. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 4. ed. v. 6. Salvador: *jus*PODIVM, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado: Direito Civil 3**. 3 ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 2016.

IBDFAM. **Julgamento sobre requisito da separação judicial para o divórcio está na pauta do STF; IBDFAM atua como amicus curiae**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/9701/Julgamento+sobre+requisito+da+separa%C3%A7%C3%A3o+judicial+para+o+div%C3%B3rcio+est%C3%A1+na+pauta+do+STF%3B+IBDFAM+atua+como+amicus+curia>. Acesso em: 21 jun. 2023.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências. **IBDFAM**, 2010. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/>. Acesso em: 21 jun. 2023.

MANTOVANI, Lígia Barbieri. Emenda Constitucional n. 66/2010 e a supressão dos prazos para o divórcio: pontos positivos e negativos. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 5, n. 1, 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/4370>. Acesso em: 21 jun. 2023.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A emenda constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio – o direito intertemporal. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, n. 17, ano XII, p. 5-13, ago./set. 2010.

PIMENTA, Emanuelle Fernandes de Macêdo. **Emenda constitucional 66/2010: extinção da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro**. 66f. (Trabalho de Conclusão de Curso - Monografia), Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal de Campina Grande, Paraíba, 2011.

ROCHA, Henrique. **Do divórcio no novo CPC**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/244852/do-divorcio-no-novo-cpc>. Acesso em: 21 jun. 2023.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 10 ed. Salvador: *jus*PODIVM, 2023.

AS POLÍTICAS DE ATENDIMENTO NO ENFRENTAMENTO À EXPLORAÇÃO SEXUAL COMERCIAL

The service policies in combating commercial sexual
exploitation

Higor Neves de Freitas¹

Rafaela Preto de Lima²

Rafael Bueno da Rosa Moreira³

-
- 1 Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com Bolsa Proscap Capes Modalidade II. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com Bolsa Proscap Capes Modalidade I. Pós-Graduado em Novo Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Região da Campanha (URCAMP). Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário da Região da Campanha (URCAMP). Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social, do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do PPGD/UNISC e do Grupo de Pesquisas sobre Direitos Humanos e Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes (GEDIHCA-URCAMP). Endereço eletrônico: freitashigor_@hotmail.com.
 - 2 Mestra em Direito com Bolsa Proscap Capes Modalidade II pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). 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. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pelo Centro Universitário UniDomBosco e Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Região da Campanha - URCAMP. Integrante do Grupo de Pesquisas sobre Direitos Humanos e Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes (GEDIHCA-URCAMP). Endereço eletrônico: rafaelapretodelima@gmail.com.
 - 3 Doutor em Direito com Bolsa Proscap Capes Modalidade II e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Pós-Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC). Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC). Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário da Região da Campanha - URCAMP/Bagé. Líder do Grupo de Pesquisas sobre Direitos Humanos e Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes (GEDIHCA-URCAMP). Coordena o Projeto de Pesquisa

INTRODUÇÃO

A pesquisa aborda as políticas de atendimento no enfrentamento à exploração sexual comercial. O objetivo é compreender as políticas públicas no enfrentamento à exploração sexual comercial. Como objetivos específicos, busca-se contextualizar a exploração sexual comercial, estudar a proteção jurídica nacional e internacional contra a exploração sexual comercial, bem como analisar as políticas públicas de enfrentamento. A hipótese indica um sistema de garantia de direitos composto com políticas de atendimento que estruturam um espaço capaz de garantir os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, bem como de identificar e prevenir os casos de violações de direitos. O método de abordagem é o dedutivo e o método de procedimento monográfico, desenvolvendo-se a pesquisa por meio das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

DESENVOLVIMENTO

A Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas é a principal referência normativa universal de proteção aos direitos da criança e do adolescente, ela estabeleceu garantias fundamentais com o objetivo de estabelecer crianças e adolescentes como sujeitos titulares de direitos, e foi instituída em 20 de novembro de 1989 em sua Assembleia Geral, ficando esse período marcado pela mobilização internacional de proteção à infância (ONU, 1989).

Essa Convenção foi ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 99.710, em 21 de novembro de 1990, estabelecendo o alicerce para a proteção jurídica aos direitos da criança e do adolescente no país. Além disso, ela vinculou o país à obrigação de promulgar a legislação interna sobre o assunto, e estimulou a criação, estruturação e execução de políticas públicas, com o fim de cumprir o que já havia sido definido juridicamente em outras dimensões (ONU, 1989).

Violência contra Crianças e Adolescentes: a identificação de intersecções de violações de direitos no perfil de vítimas cadastradas nos bancos de dados de políticas públicas do município de Bagé-RS no período de 2011 a 2020, vinculado à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS. Endereço eletrônico: rafaelbmoreira2@yahoo.com.br.

O Brasil possui normas jurídicas que visam garantir os direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Foi através da Constituição Federal de 1988 que o país começou a se adaptar às normas internacionais que garantem a proteção de crianças e adolescentes, sendo abarcada a proteção integral pelo ordenamento jurídico brasileiro (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015, p. 37). O que, de acordo com o artigo 227 da Constituição Federal, é dever da família, da sociedade e do Estado garantir os direitos fundamentais, com prioridade absoluta, à criança, ao adolescente e ao jovem:

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 (BRASIL, 1988).

Esse artigo é essencial para garantir a condição de sujeito de direitos, visando assegurar o desenvolvimento humano integral, não agressivo e respeitando a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (MOREIRA; LIMA, 2020, p. 402).

O artigo 227 possui eficácia plena e imediata, necessitando ser reconhecido e respeitado na sua integralidade, servindo de bojo para o entendimento do direito, bem como para nortear a gestão e execução das políticas públicas. Ele vem gerando efeitos jurídicos desde sua promulgação, incumbindo o Poder Público de priorizar o desempenho de políticas públicas que tenham como propósito o cumprimento dos direitos de crianças e adolescentes (SILVEIRA; VERONESE, 2017, p. 129-130).

O Estatuto da Criança e do Adolescente também abarcou a proteção integral da criança e do adolescente, trazendo expressa no seu artigo 1º “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”, e seu artigo 3º assegurou o direito às crianças e aos adolescentes de gozar de todos os direitos fundamentais característicos de pessoa humana (BRASIL, 1990). Trouxe também, o princípio constitucional da prioridade absoluta em seu artigo 4º, reafirmando a tríplice responsabilidade compartilhada (BRASIL, 1990).

A tríplice responsabilidade compartilhada trata-se do dever atribuído à família, à comunidade e à sociedade e ao Estado de garantir

a proteção dos direitos da criança e do adolescente, pelo ordenamento jurídico brasileiro. Devendo a família assegurar os direitos para a ocorrência do desenvolvimento integral, a comunidade e a sociedade em conservar as condições fundamentais a esse desenvolvimento e assegurar a elaboração de políticas públicas, e o Estado, sempre que ocorrer a violação de algum direito, agir para defender os direitos da criança e do adolescente, e também a incumbência de assegurar o acesso aos direitos sociais, garantindo o atendimento integral através de políticas públicas (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2015, p. 38).

O objetivo da proteção jurídica é assegurar às crianças e aos adolescentes os direitos à vida, à saúde, à educação, à alimentação, à convivência familiar e comunitária, ao esporte, à dignidade, à liberdade, ao lazer, à cultura, à proteção contra qualquer forma de crueldade, violência, discriminação, dentre outros.

O artigo 5º do Estatuto expressa a proibição a qualquer forma de “negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, sendo punido qualquer atentado aos direitos fundamentais, seja esse por ação, seja por omissão (BRASIL, 1990).

A lei que que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, n. 13.431 de 2017, além de conceituar a violência sexual, também aduz as suas formas, sendo uma delas a exploração sexual comercial, a qual é definida pela legislação como uma atividade sexual que ocorre mediante contraprestação, podendo ser de cunho financeiro ou não, presencial ou virtual, e que pode realizar-se de forma autônoma ou por incitamento de terceiros (BRASIL, 2017).

A exploração sexual comercial, além de ser uma forma de violência sexual, é considerada, ainda, como uma das piores formas de trabalho infantil. O artigo 3º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e de ação imediata para a sua eliminação, aborda o que se consideram as piores formas de trabalho infantil e na alínea “b” está a exploração sexual: “b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de pornografia ou atuações pornográficas;” (OIT, 1999).

Então, a exploração sexual comercial é considerada uma das piores formas de trabalho infantil, podendo ocorrer mediante uma retribuição monetária ou outros benefícios de caráter econômico ou não, abrangendo todos os atos de natureza sexual (MOREIRA, 2020, p. 68).

Assim, é imprescindível o reconhecimento da garantia aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, a fim de que haja espaço para pleitear a materialização desses direitos nos locais públicos, com a participação das famílias, da sociedade e do Estado, visto que são corresponsáveis. Desse modo, as políticas públicas necessitam organizar as ações a fim de que ocorra a concretização do acesso aos direitos pelos indivíduos (CUSTÓDIO, 2008, p. 32).

Em suma, a Organização das Nações Unidas, em sua Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 foi de extrema importância para o país, pois influenciou, positivamente, na construção da proteção jurídica dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. Portanto, conclui-se que o Direito da Criança e do Adolescente está consolidado no Brasil, a fim de assegurar as garantias fundamentais com o objetivo de estabelecer crianças e adolescentes como sujeitos titulares de direitos e de garantir o seu pleno desenvolvimento integral.

As políticas são elaboradas nos municípios por meio de uma colaboração intersetorial de diversos órgãos que formam um sistema, com o compromisso de reconhecer a dignidade humana e os direitos fundamentais e sociais das crianças e dos adolescentes (SOUZA; SERAFIM, 2019). As políticas públicas são construídas através do compartilhamento de responsabilidades e decisões entre a sociedade e o Estado. Nesse sentido, busca-se uma ação que atue como mecanismo para modificar a correlação de forças políticas no que diz respeito ao estabelecimento de prioridades na realização dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes (CUSTÓDIO; VERONESE, 2013).

As políticas públicas são desenvolvidas por meio da partilha de responsabilidade e decisões entre a sociedade e o Estado. Essa abordagem busca capacitar os “operadores do sistema” para atuarem como mecanismos que buscam modificar a correlação de forças políticas a fim de priorizar a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente (CUSTÓDIO; VERONESE, 2013).

A integração intersetorial das políticas públicas resulta em uma rede articulada que atua em conjunto para garantir um objetivo compartilhado: erradicar e prevenir o trabalho infantil, de forma que as ações não sejam isoladas e realizadas de maneira pontual por alguns órgãos específicos (MOREIRA, 2020).

A estruturação das políticas públicas no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente, em uma perspectiva político-institucional, prevê a criação de arranjos complexos. O desenvolvimento estratégico é

concretizado através de um Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente, que estabelece transformações estruturais em diferentes níveis: o de atendimento, o de proteção e o de justiça (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2018).

O primeiro nível estruturante de políticas públicas na área da infância é o de atendimento, que envolve um planejamento pelos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente por meio de uma atuação nos três níveis federados e por uma participação conjunta entre as representações da sociedade civil e as entidades governamentais (MOREIRA; CUSTÓDIO, 2018).

Os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente constituem órgãos paritários, contando com representantes tanto de organizações da sociedade civil quanto do governo, em proporções iguais. Essa configuração equitativa é essencial para promover a construção intersectorial das políticas públicas, assegurando uma abordagem detalhada na execução das atribuições de cada órgão envolvido. Ao adotar essa composição, os Conselhos estabelecem um espaço de diálogo e cooperação entre diversos atores, permitindo a inclusão de diferentes perspectivas e necessidades na tomada de decisões (MOREIRA, 2020).

Esse nível estratégico do Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente é fundamental para assegurar o atendimento a todos e possibilitar a garantia dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes. Isso inclui direitos como o acesso à saúde, à educação, ao lazer, à cultura e muitos outros. (MOREIRA, 2020). O Estatuto da Criança e do Adolescente ainda estabelece que, segundo artigo 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios” (BRASIL, 1990).

As violações e privações de direitos estabelecem a precarização das condições de vida de crianças e adolescentes em vista das necessidades básicas de subsistência. Tais fatores ensejam exploração sexual comercial de crianças e adolescentes, especialmente nos municípios que não tenham ações para romper com os processos excludentes próprios da situação de rua e não deem a devida visibilidade ao problema, o que é mais acentuando em grandes conglomerados urbanos. As estratégias de ações que proporcionem renda para a subsistência familiar são muito significativas no processo de enfrentamento da exploração sexual

comercial de crianças e adolescentes, pois se busca romper com a causa econômica para o problema, que é uma das mais relevantes (MOREIRA, 2020, p. 227).

Há a promoção do acesso de crianças e adolescentes a atividades esportivas, culturais e de lazer, proporcionando oportunidades para o desenvolvimento de habilidades, talentos e sociabilização. Investir em espaços públicos adequados para a prática dessas atividades, de forma inclusiva e acessível. Deve-se implementar programas que garantam o acesso universal à educação, promovendo a inclusão de crianças e adolescentes. Há a necessidade de existir investimento em infraestrutura adequada, formação de professores e materiais didáticos que estimulem o desenvolvimento pleno dos estudantes. Assegurar o acesso gratuito e universal a serviços de saúde de qualidade, incluindo cuidados pré-natais, vacinação, atendimento médico e psicológico. Incentivar a prevenção de doenças, promovendo hábitos saudáveis e fornecer o apoio a crianças e adolescentes (FREITAS, 2021).

É necessário também investir na capacitação e formação contínua de profissionais que atuam na rede de atendimento à infância e adolescência, garantindo que estejam preparados para lidar com questões sensíveis e com a identificação de práticas violadoras de direito, entre elas, a exploração sexual comercial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exploração sexual comercial de crianças e adolescentes é frequentemente relacionada a privações econômicas decorrentes da condição de pobreza. Essa exploração teve origem em situações de violência sexual intrafamiliar, criando um ciclo contínuo de desumanização da infância e limitação das possibilidades de escolha, o que impacta negativamente seu desenvolvimento físico, emocional e psicológico.

A coisificação da infância, que os coloca como objetos de exploração, resulta em consequências profundas e duradouras, afetando negativamente suas perspectivas de vida e suas oportunidades futuras. Para enfrentar essa questão complexa, é imprescindível adotar uma abordagem integrada que combata as causas da exploração sexual comercial. Isso envolve o desenvolvimento de políticas públicas eficazes que busquem reduzir a pobreza e de garantir os direitos fundamentais

das crianças e adolescentes. Além disso, é necessário implementar programas de prevenção, conscientização e proteção, com enfoque na identificação das situações de potenciais violações de direitos.

É fundamental investir na capacitação de profissionais que trabalham com crianças e adolescentes, para que possam agir com sensibilidade e de forma adequada na identificação e atendimento das vítimas. Além disso, é essencial promover uma cultura de promoção aos direitos das crianças e adolescentes, envolvendo toda a sociedade nesse esforço conjunto de prevenir e erradicar a exploração sexual comercial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 03 mai. 2021.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm. Acesso em: 03 mai. 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017*. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 07 ago. 2022.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressupostos para a compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito: Revista do programa de pós-graduação do mestrado e doutorado, Santa Cruz do Sul*, n. 29, p. 22-43, jan./jun. 2008.

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. *Estratégias Municipais para o Enfrentamento da Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes*. In: XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, 27, 2018, Salvador. *Anais eletrônicos*. Salvador: UFBA, 2018.

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. *Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes: Reflexões Contemporâneas no Contexto do Brasil, da Argentina e do Uruguai*. Curitiba: Multideia, 2015.

FREITAS, Higor Neves de. *A prevenção e erradicação do trabalho infantil indígena Guarani na comercialização de artesanatos nas ruas : uma análise das políticas públicas a partir do reordenamento do PETI*. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc, Santa Cruz do Sul, 2020

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. *As estratégias e ações de políticas públicas para a erradicação da exploração sexual comercial nos municípios brasileiros no contexto jurídico e político da teoria da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente*. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc, Santa Cruz do Sul, 2020

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa; LIMA, Rafaela Preto de. O Ciclo de Políticas Públicas para o enfrentamento da exploração sexual comercial de crianças e adolescentes nos Municípios Brasileiros. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, n. 33, p. 395-429, 2020.

OIT. *Convenção 182 sobre a proibição as piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação*. 1999. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236696/lang--pt/index.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

ONU. *A convenção sobre os direitos das crianças*. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

SILVEIRA, Mayra; VERONESE, Josiane Rose Petry. Acesso à Justiça e Justiça da Infância e da Juventude: o juiz, o promotor de justiça, os serviços auxiliares e o advogado. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (Coordenadora). *Direito da Criança e do Adolescente: Novo Curso – Novos Temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SOUZA; Ismael Francisco de; SERAFIM; Renata Nápoli Vieira. *As recomendações do comitê para os direitos da criança, da convenção das nações unidas sobre os direitos da criança* (1989). Santa Cruz do Sul, RS: Esserenel Mondo, 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry; CUSTÓDIO, André Viana. *Trabalho infantil doméstico no Brasil*. Editora Saraiva, 2013.

A TRANSFERÊNCIA DE CRIPTOMOEDAS AOS SUCESSORES DO TITULAR FALECIDO NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

The transfer of Cryptocurrencies to the successors of the
deceased holder in the current Brazilian legal system

Samanta de Freitas Iensen¹

INTRODUÇÃO

Atualmente, vive-se uma era digital, onde relações e transações são diariamente realizadas no mundo virtual, o qual torna-se cada vez mais complexo e utilizado para realização de diversas operações pelos indivíduos. Nesse cenário, surgem os bens digitais, os quais se referem às operações realizadas virtualmente e, sobre os quais, necessária a análise do regulamento jurídico aplicável.

Paralelamente, as relações sociais seguem acontecendo no mundo físico, com reflexos diretos advindos do mundo virtual. Diante desse novo contexto, pautado por inúmeras mudanças na sociedade, destaca-se o óbito dos usuários e a necessidade de apuração do tratamento dado aos bens digitais deixados pelo falecido, com atenção especial às criptomoedas.

1 Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Damásio Educacional. Integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogada e sócia atuante no Núcleo de Família e Sucessões na Bochi Brum & Zampieri Sociedade de Advogados S/S. Endereço eletrônico: samantaiensen@gmail.com

Nesse sentido, o presente estudo tem como tema as criptomoedas e a sua transferência aos sucessores do titular falecido, buscando responder quais os cuidados devem-se tomar para garantir a transmissão hereditária de tais bens, considerando as peculiaridades desses ativos. Com esse intuito, trabalha-se com a hipótese de que as criptomoedas podem ser transmitidas aos sucessores do titular falecido devendo este, ainda, tomar algumas precauções em vida, a fim de viabilizar o acesso pelos herdeiros.

Para tanto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, aliado às técnicas de pesquisas bibliográficas e documental, verificando-se o que são as criptomoedas, seu enquadramento como bens digitais patrimoniais e como ocorre a transmissão delas em caso de óbito de seus titulares considerando o ordenamento jurídico brasileiro atual.

DESENVOLVIMENTO

O comércio possui suas bases nos primórdios das civilizações, tendo se iniciado com troca de bens entre pequenos grupos visando o bem comum e tendo como base a confiança, conforme ensina Leonardo Brendo Gomes Nascimento (et al, 2021, p. 15). Ainda segundo os autores, com a expansão das relações comerciais em grandes escalas surge a necessidade de se regular as negociações, originando-se as primeiras moedas, normalmente vinculadas ao governo do local onde realizadas as transações. Assim, o comércio deixa de ser um ato ligado diretamente entre os negociadores e passa a ter uma regulação e controle por uma terceira parte, que controla a moeda responsável pela negociação (NASCIMENTO et al, 2021, p. 15).

Ocorre que, em virtude das dinâmicas mercadológicas do sistema monetário mundial, com afetação da moeda decorrente de crises financeiras de instituições privadas como bancos, ou do próprio ente estatal, juntamente ao surgimento da rede mundial de computadores, ainda nas décadas de 1980 e 1990, grupos ativistas libertários tiveram a ideia de buscar a criação de um ativo digital, a fim de garantir a realização de transações de valores através de uma rede descentralizada, que não tivesse necessidade de interferência de instituições ou do estado e, nem mesmo, da confiança entre as partes, surgindo assim, o *Blockchain* (NASCIMENTO et al, 2021, p. 16).

O *Blockchain* é apresentado por Alexandre Fernandes de Moraes (2021, p. 19) como uma rede distribuída que não possui um órgão central encarregado, tendo como base um livro-razão, onde ficam registradas todas as operações realizadas armazenadas em blocos. O sistema da tecnologia *Blockchain* embora antigo, se desponta quando surge a rede de Bitcoins, a criptomoeda mais famosa no mercado (MORAES, 2021, p. 19).

Entender a origem da tecnologia mais utilizada para as criptomoedas atualmente, mostra-se de suma importância para que se possa compreender alguns conceitos vinculados a elas, dentre eles, o fato de que é um sistema que viabiliza a transferência de valores de maneira segura e independente de um sistema de intermediação financeira, ocorrendo as transações de forma descentralizada e utilizando uma rede de registros distribuída de modo a garantir a integridade das operações como um todo (STELLA, 2017, p. 151).

Nesta toada, justamente por estar vinculada a uma rede descentralizada e independente de um sistema de intermediação, as criptomoedas possuem a peculiaridade de que, ou estão na posse exclusiva de seu proprietário, que as acessa através de chaves criptografadas, ou constantes em carteiras digitais, acessíveis por senhas vinculadas ao terceiro corretor que presta o serviço (AFFONSO, 2023, p. 194).

Destarte, considerando-se que até dezembro de 2020, existiam por volta de 5.392 diferentes criptomoedas, das quais, possivelmente, boa parte deixará de existir nos próximos anos (MORAES, 2021, p. 28), em razão da baixa adesão do público, bem como que somente o titular tem acesso a elas, surge a dificuldade de como ocorrerá o acesso e a transferência desses ativos, em caso de falecimento do titular?

Uma primeira possível resposta é a Instrução normativa nº 1899, a partir da qual, desde 2019, a Receita Federal tornou obrigatória a declaração de Criptoativos na Declaração de Ajuste Anual. Com isso, tem-se ao menos uma forma de garantir o acesso à informação de existência dos ativos financeiros de titularidade do falecido, caso este proceda à declaração no imposto de renda.

Embora já se vislumbre os primeiros passos legislativos na regulação da matéria, por meio da Lei 14.478, de 21 de dezembro de 2022, voltada às prestadoras de serviços de ativos mobiliários, que trata basicamente das regras para operacionalização e segurança nas transações das criptomoedas, ainda verifica-se uma lacuna em vários outros aspectos, a exemplo de um forma segura de busca desses ativos, em caso

de óbito do proprietário que pode não ter declarado tais bens em sua declaração de imposto de renda.

No entanto, para além da informação acerca da existência de criptomoedas de titularidade do falecido, importa perceber como ocorrerá a transmissão dessas aos seus sucessores. Para tanto, faz-se necessário verificar-se a categorização das criptomoedas no atual ordenamento jurídico e, quais medidas devem ser adotadas para garantir sua transferência no âmbito sucessório.

Segundo Stella (2017, p. 160), as criptomoedas possuem uma natureza jurídica simplesmente de um bem, considerando-se o propósito de sua criação e o modo descentralizado com o qual são emitidas e transacionadas. Nesse sentido, considerando a definição de bem digital apresentada por Sampedro, D'Isep e Mostaço (2020, p. 09), de que esses seriam bens incorpóreos utilizados de forma cotidiana na era da informação, por meio da intermediação de um computador ou outro meio, através de uma sequência de bits, tem-se que as criptomoedas podem ser definidas como tal.

Destarte, os bens digitais são categorizados por Bruno Torquato Zampier Lacerda (2021, p. 89) como existenciais, patrimoniais-existenciais (híbridos) e patrimoniais, sendo que para categorização dos bens, importa verificar a valoração econômica desse. Nessa toada, bens digitais patrimoniais são aqueles que possuem uma repercussão econômica e valoração imediata, como as próprias criptomoedas, que possuem um caráter eminentemente financeiro (LACERDA, 2021, p. 89).

Ocorre que inexistente legislação que regule especificamente a transmissão de bens digitais². Assim, diante do vácuo legislativo, a doutrina apresenta duas correntes acerca da transmissão sucessória de bens digitais, que divergem em relação a quais desses bens podem ser transmitidos aos herdeiros.

A primeira defende que em relação aos bens digitais patrimoniais, como as criptomoedas, devem ser transferidos seguindo o regime de sucessão previsto na legislação brasileira, enquanto os bens digitais existenciais, somente ocorre a transmissão quando autorizado expressamente em vida pelo falecido e, desde que não viole direito de terceiros. Em relação aos bens híbridos, admite-se a transmissão automática do

2 Embora ainda não exista legislação, atualmente tramitam mais de 15 projetos de lei que abordam o tema, como por exemplo: Projeto de Lei 3.050/20; Projeto de Lei 3.051/2020, Projeto de Lei 410/2021; Projeto de Lei 1689/2021 e Projeto de Lei 5.820/2019.

conteúdo financeiro desses, desde que reste vedado o acesso ao conteúdo de natureza existencial (BURILLE, HONORATO, LEAL, 2020, p. 213).

A segunda corrente, não faz distinção acerca da natureza jurídica do bem para definir a transmissão aos sucessores. Dessa forma, segundo esse entendimento, todos os bens digitais devem ser transferidos aos herdeiros, sejam eles patrimoniais, existenciais ou híbridos, seguindo o regime previsto no atual ordenamento jurídico, nos termos do artigo 1.784 do Código Civil (BURILLE, HONORATO, LEAL, 2020, p. 214).

Veja-se que por se tratarem de bens digitais patrimoniais e, portanto possuir conteúdo financeiro, as criptomoedas devem seguir o ordenamento jurídico existente para transferência aos sucessores. Quando os ativos se encontram em uma carteira vinculada a uma corretora, o acesso às informações é facilitado, diante da regulamentação dessas pelo nosso ordenamento. A *Coinbase*, por exemplo, permite que o sucessor de um titular falecido acesse os criptoativos, exigindo para tanto o fornecimento de determinados documentos pelos sucessores, dentre eles a certidão de óbito, para liberar o acesso (PARTZ, 2020).

Ocorre que, nos casos em que não há uma corretora envolvida na aquisição dos ativos digitais, somente se tem acesso à carteira digitais e criptomoedas, quem possui as chaves públicas e privadas para tanto, de modo que, caso o titular faleça sem fornecer essas informações a outrem, as criptomoedas serão perdidas para sempre (CAMPOS, 2023, p. 53).

Uma possibilidade apresentada por Lucas Brandão Affonso (2023, p. 196-197), a fim de prevenir a perda dos ativos, é a utilização do testamento, com uma maneira do usuário garantir a transmissão das criptomoedas a seus sucessores, trazendo no instrumento quais seriam as chaves para acesso as carteiras digitais e/ou quais ativos possui, ressaltando a necessidade de se tomar medidas preventivas na escolha da modalidade de dito instrumento de planejamento sucessório, considerando-se que, ele pode ser acessado facilmente por terceiros.

Como sugestão para tais questionamentos, Emília Malguelro Campos (2023, p. 53) traz a possibilidade de que o titular informe aos seus sucessores ou, ao menos um deles, as chaves públicas de suas carteiras com criptomoedas e deixe em testamento somente as chaves privadas, já que, necessita-se das duas em conjunto, para acesso aos valores, o que garantia uma maior segurança.

Alternativamente, Lucas Brandão Affonso (2023, p. 199-200) indica a realização de testamento em *blockchain* como uma possibilida-

de para solucionar a questão, já que tratar-se-ia de informação criptografada e, através da qual com a inclusão de cláusula de prova de vida, através da qual o titular deverá informar eventual senha a cada período e, caso não o faça, será disparada automaticamente a transferência das criptomoedas aos herdeiros testamentários.

No entanto, embora pareça uma excelente opção, deve-se atentar que ela facilitaria a violação da legítima pelo testador, além de sonegação dos impostos devidos, já que a transferência das criptomoedas ocorreria de forma automática.

Dessa forma, tem-se que para além da possibilidade de transmissão das criptomoedas aos sucessores do usuário falecido, importa verificar a melhor opção para garantir como essa transmissão ocorrerá, sem ocasionar divulgação das informações privadas a terceiros ou mesmo a violação da legítima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As criptomoedas caracterizam-se como bens digitais patrimoniais, que podem ser transferidas aos sucessores do usuário falecido, considerando o atual regramento jurídico existente. No entanto, as peculiaridades referentes a esses bens surgem no momento em que se analisa o tipo de ativo financeiro que está se tratando.

Destarte, as criptomoedas são ativos constantes em um sistema de *Blockchain*, ou seja, uma rede centralizada que não possui um órgão controlador e, por tal característica, o acesso ocorrerá através de chaves específicas, que somente o titular possui, de modo que resta inviabilizado o acesso pelos sucessores de forma automática, salvo se constantes em uma carteira digital junto a uma corretora prestadora de serviços,

Veja-se que, embora haja a possibilidade de transmissão dos ativos caso depositados em carteiras digitais, esse prescinde do conhecimento de ditas carteiras pelos sucessores, a qual somente se dará caso constem no Imposto de Renda do falecido ou, esse tenha deixado testamento expressando a existência e as chaves para acesso.

Portanto, embora legalmente possa-se buscar o acesso e a transmissão de criptomoedas aos sucessores do usuário falecido, torna-se de suma importância que este, em vida, delimite através de testamento ou prestação de informações a alguém de sua confiança acerca de ditos ativos, pois o acesso às informações é restrito e condicionado.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Lucas Brandão. A relação da Herança Digital com as Carteiras de Criptoativos (criptomoedas e Non-Fungible Tokens – NFT) no direito brasileiro. *In* Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília. N. 22. Brasília, 2023, p. 185-209. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/issue/view/2574/790>. Acesso em 01 jul 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1.689/2021. Altera a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2280308>. Acesso em: 26 de jul. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.050/2020. Altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2254247>. Acesso em: 26 de jul. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.051/2020. Acrescenta o art. 10-A ao Marco Civil da Internet, a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2254248>. Acesso em: 25 de jul. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 410/2021. Acrescenta artigo à Lei do Marco Civil da Internet – Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, a fim de dispor sobre a destinação das contas de internet após a morte de seu titular. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2270016>. Acesso em: 25 de jul. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5.820/2019. Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2228037>. Acesso em: 25 de jul. 2023.

BRASIL. CENSEC. Colégio Notarial do Brasil. Conselho Federal. Disponível em: <https://censec.org.br/>. Acesso em: 07 de jul. de 2023.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Aceso em 07 jul. 2023.

BRASIL. Lei 14.478, de 21 de dezembro de 2022. Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14478.htm. Acesso em 24 jun 2023.

BRASIL, Receita Federal. Instrução Normativa RFB nº 1888, de 03 de maio de 2019. Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?naoPublicado=&idAto=100592&visao=compilado>. Acesso em 20 jun 2023.

BURILLE, Cintia. HONORATO, Gabriel. LEAL, Livia Teixeira. Danos morais por exclusão de perfil de pessoa falecida? Comentários ao acórdão proferido na Apelação Cível n 1119688-66.2019.8.26.0100 (TJSP). In: Revista Brasileira de Direito Civil. Belo Horizonte. V.28, n.2, p.207/227, abr/jun. 2021.

CAMPOS, Emília Malgueiro. Criptoativos e Blockchain: tecnologia e regulamentação. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

DO VALE, Myllena Reis Arruda; DINIZ, Rosalia Brandão; OLIVEIRA NETO, José Weidson. Herança Digital: a (im)possibilidade jurídica do reconhecimento de bens armazenados virtualmente como parte do patrimônio de um indivíduo e a transmissão desses bens após a morte. *Facit Business and Technology Journal*. v. 2, n. 33, 2022. Disponível em: <http://revistas.faculdadefacit.edu.br/index.php/JNT/article/view/1429>. Acesso em: 29 abr. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Coleção curso de direito civil, vol 7 - Sucessões. São Paulo: Atlas, 2015.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. Bens Digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. Ed. Indaituba (SP): Editora Foco, 2021.

MORAES, Alexandre Fernandes de. Bitcoin e Blockchain: a revolução das moedas digitais. São Paulo: Expressa, 2021.

NASCIMENTO, Leonardo Brendo Gomes; MIRA, José Eugênio de; BISON, Thaís. RODRIGUES, Thiago Nascimento. Criptomoedas e blockchain. Porto Alegre: Sagah, 2021.

PARTZ, Helen. Cointelegraph Brasil. O que acontece com seu Bitcoin quando você morre?, 27 de novembro de 2020. Disponível em: <https://cointelegraph.com.br/news/what--happens-to-your-bitcoin-when-you-die>. Acesso em: 28 jul 2023.

SAMPEDRO, Nancy; D'ISEP, Clarissa Ferreira Machado; MOSTAÇO, Gabriel Marques. Os aspectos jurídicos da Herança Digital. Revista Ibirapuera, São Paulo, v. 19, p. 9-16, jan/jun 2020. Disponível em: <https://www.ibirapuera.br/seer/index.php/rev/article/view/221>. Acesso em: 30 abr. 2023.

STELLA, Julio Cesar. Moedas Virtuais no Brasil: como enquadrar as criptomoe-das. *In* Revista da Procuradoria Geral do Banco Central. Vol. II. N. 2. Brasília. 2017. P. 149-162. Disponível em: <https://revistapgbcbcb.gov.br/revista/issue/download/26/A9%20V.11%20-%20N.2#:~:text=As%20caracter%C3%ADsticas%20mais%20relevantes%20para,por%20meio%20do%20qual%20funcio-nam>. Acesso em: 25 jun 2023.

BREVES NOTAS SOBRE A POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA DE BENS DIGITAIS

Brief notes on the possibility of testamentary disposition of digital goods

Rafaela de Vargas Pereira¹

INTRODUÇÃO

Com o advento da tecnologia, houve uma revolução no estilo de vida da sociedade, pois as inovações tecnológicas transformaram as relações sociais, em especial, o modo de interagir das pessoas e a forma de aquisição de patrimônio. É a partir desse novo contexto que surgem os bens digitais e com ele inúmeros desafios em relação aos seus desdobramentos jurídicos, em especial o da transmissão hereditária de tais situações jurídicas, que ganhou o nome de “herança digital”.

Os debates sobre a sucessão *causa mortis* dos bens digitais representam um interesse social, principalmente, no que se refere a proteção desses bens, os quais estão relacionados não somente às normas de direito sucessório, mas também a direitos da personalidade, com foco especial à privacidade do falecido e de terceiros interlocutores. Sob esta perspectiva, a pesquisa em questão busca fazer uma abordagem sobre os bens armazenados em ambiente virtual, tendo como escopo verificar

1 Especialista em Família e Sucessões pelo Centro Universitário Dom Bosco (Uni-DomBosco); Pós-graduanda em Direito Notarial e Registral; Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD da FMP/RS; Assistente de Gabinete na 1ª Vara Civil da Comarca de Farroupilha; rafaelavargaspereira@gmail.com.

se diante da ausência de legislação específica, o testamento apresenta-se como instrumento de planejamento sucessório viável aos bens digitais.

Para tanto, apresenta-se o trabalho em três tópicos: iniciando com o conceito de herança e patrimônio, bem como, a distinção entre os institutos. Por conseguinte, analisa-se a classificação dos bens digitais, a fim de identificar as diferentes naturezas jurídicas, assim como a divergência existente no posicionamento doutrinário, no que tange a sucessão *causa mortis* dos bens digitais. Após, apresenta-se algumas iniciativas legislativas e as primeiras decisões judiciais já proferidas sobre a temática e suas possíveis soluções. Por fim, verifica-se sobre a utilização do testamento como um instrumento viável de disposição de última vontade.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi adotado o método dedutivo, utilizando-se de referências bibliográficas amparada na doutrina e na legislação.

1. Herança digital: o que é e como se classificam os bens digitais

A democratização do acesso à Internet revolucionou o estilo de vida da sociedade dando origem a novos comportamentos. Afinal, as pessoas passaram a dedicar mais do seu tempo ao mundo digital, bem como, a armazenar fotos, músicas, vídeos e livros em serviços de nuvem virtual, substituindo, os compartimentos físicos de suas casas (MADALENO, 2020, p. 50). Logo, esses ativos digitais, também denominados de patrimônio digital, são considerados bens, sendo assim, a noção de bem deve ser ampliada a fim de abranger as mais diversas relações jurídicas patrimoniais, principalmente, as decorrentes do avanço tecnológico (VALADARES; COELHO, 2021, p. 13).

Assim, é a partir dessa nova perspectiva de ver, viver e se relacionar, que surge a expressão “herança digital”, terminologia que sintetiza e exprime o conteúdo criado ou armazenado por uma pessoa em ambiente virtual (FRITZ, 2020, p. 194). Por isso, o conceito tradicional de herança evoluiu, desconstruindo, dessa maneira, a clássica definição de patrimônio, uma vez que o acervo hereditário deixado pelo falecido se transformou ao longo dos últimos anos, passando a englobar bens de naturezas diversas. Portanto, atualmente, considera-se também como patrimônio, os bens desprovidos de aparência física, dotados, tão somente, de existência virtual (KLEIN, 2021, p. 55).

Desse modo, o real está cada vez mais virtual e vice-versa, porque o armazenamento de dados digitais tornou-se hábito rotineiro de grande parte da população, que passou a desfrutar diariamente de bens físicos móveis e imóveis, da mesma forma que usufrui também, com muita naturalidade, de diversos bens digitais. Sendo assim, entende-se como herança digital, o conjunto de bens incorpóreos, ou ainda, o conjunto de bens digitais que são transmissíveis com o falecimento do titular aos herdeiros legítimos ou testamentários (KLEIN, 2021, p. 56).

Além disso, os bens compreendidos no ambiente virtual, podem ser classificados em: bens econômicos de caráter patrimonial e bens insuscetíveis de valor econômico, que se referem a personalidade e a existência do titular. Entende-se por bens digitais com valor econômico, aqueles que são passíveis de conversão monetária, como por exemplo, criptoativos, e, como bens sem valor econômico, aqueles que contêm valor sentimental, a exemplo de fotos armazenadas em arquivos digitais (FLEISCHMANN; TEDESCO, 2021, p. 15). Os bens digitais personalíssimos abrangem o acervo dotado de valor existencial, tanto do titular, quanto de terceiros com os quais se envolveu, a exemplo de correios eletrônicos, redes sociais como o WhatsApp e Facebook (HONORATO; LEAL, 2020, p. 381).

Verifica-se, ainda, que nem sempre os bens digitais terão natureza puramente patrimonial ou existencial, podendo apresentarem-se como: híbridos. Tais bens englobam conteúdo de natureza patrimonial e existencial, perfazendo assim, um misto de economicidade com atributos da personalidade, como ocorre com os influenciadores, que são monetizados pelas plataformas digitais a partir de postagens de caráter pessoal (ROSA; RODRIGUES, 2022, p. 48).

Desse modo, os bens digitais que tiverem conteúdo patrimonial deverão ser transmitidos aos herdeiros, passando a integrar a herança, conforme estabelece o artigo 1.784 do Código Civil. Porém, os bens digitais que se referem a informações pessoais, isto é, de natureza existencial, não podem ser transmitidos aos sucessores, porque são extintos com o falecimento, em virtude de seu caráter personalíssimo (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 46-47).

De acordo com Conrado Paulino da Rosa e Marco Antônio Rodrigues (2022, p. 48) “os dados pessoais dos usuários falecidos não são transferidos aos herdeiros, na medida em que se referem a aspecto existencial do *de cujus*.” Bruno Torquato Zampier Lacerda (2021, p. 117), por sua vez, argumenta que os bens digitais de natu-

reza híbrida “não podem ser enquadrados isoladamente, como patrimonial ou existencial, por abranger questões de cunho patrimonial e existencial simultaneamente.”

Portanto, a análise não deve se restringir somente a transmissibilidade do patrimônio digital, tendo em vista que, o acesso pelos sucessores a e-mails, arquivos, mensagens, fotos ou vídeos íntimos poderia ofender os direitos da personalidade de terceiros, bem como, do *de cuius* (LACERDA, 2021, p. 117). Todavia, há um segundo posicionamento que entende pela transmissão universal dos bens digitais como regra geral. Para Karina Nunes Fritz (2022, p. 516-522) “se o usuário não afasta em vida o acesso dos herdeiros a todo ou em partes do conteúdo digital, usando da autonomia privada para resguardar sua privacidade e de seus interlocutores, aplica-se a regra da sucessão universal.”

Logo, é possível identificar que há um posicionamento pacificado na doutrina em relação aos bens digitais de conteúdo patrimonial, no sentido de que devem seguir as regras do direito sucessório. Porém, a questão diverge acerca da transmissibilidade ou não dos bens digitais existenciais ou híbridos, principalmente, a respeito do conteúdo personalíssimo (ROSA, 2022, p. 269). Diante desse cenário, verificar-se-á as propostas legislativas, bem como, as decisões judiciais já proferidas sobre o tema.

2. Iniciativas legislativas e as primeiras decisões judiciais: desafios a serem superados

No que tange à transmissibilidade dos bens e dados digitais, vale destacar que a Lei 12.965/14, que institui o Marco Civil da Internet, assim como, a Lei 13.709/18, que se trata da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), nada dispuseram de forma específica sobre o destino dos bens e dados digitais *post mortem*. A Lei 13.709/18, em seus artigos 15 e 16, prevê hipóteses para o término do tratamento de dados, porém, não especifica se a morte do usuário estaria englobada nos dispositivos (NEVARES, 2022, p. 390-391).

Dessa forma, considerando, que a legislação nada dispõe acerca da transmissão de tais bens, no que tange aos bens digitais de caráter pessoal e privado, não se deve permitir o acesso dos familiares, exceto

em situações excepcionais², diante de um interesse existencial, ou ainda, em casos de expressa manifestação de vontade. Assim entendeu o juiz da Vara Única da Comarca de Pompeu/MG, em 2018, no processo nº 0023375-92.2017.8.13.0520, quando julgou improcedente o pedido da autora, que ajuizou ação de obrigação de fazer cumulado com indenização por danos morais contra a empresa Apple, pois diante do falecimento da filha, buscava ter acesso ao iCloud (MINAS GERAIS, 2018).

No caso em concreto, o magistrado baseou seu argumento no art. 5º, XII da Constituição Federal, que trata do sobre o sigilo das correspondências, bem como, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Na decisão, o juiz entendeu que o pedido da genitora, não seria legítimo, uma vez que a intimidade da falecida não poderia ser invalidada para satisfação pessoal da mãe, além disso, os direitos da personalidade deveriam preponderar em face da ausência autorização expressa em relação ao acesso por parte da descendente.

Posteriormente, em 2021, os Desembargadores da 31ª. Câmara de Direito Privado de São Paulo, votaram de forma unânime, pela manutenção da decisão proferida em primeiro grau, que julgou improcedente o caso em que a mãe ingressou com uma ação de obrigação de fazer cumulado com danos morais em face do Facebook, diante da exclusão arbitrária do perfil da filha falecida. Na sessão, a Corte paulistana decidiu que a plataforma Facebook não está obrigada a autorizar o acesso da genitora à conta pessoal da descendente falecida, levando em conta que se trata de direito personalíssimo do titular da rede social. Por isso, deliberou pela improcedência da demanda afirmando que a plataforma digital agiu corretamente, alicerçada nos Termos de Uso e de Serviço aderidos pela titular falecida quando do ingresso na rede social (SÃO PAULO, 2021).

Ao tratar do tema em questão, Cíntia Burille, Gabriel Honorato e Lívia Teixeira Leal (2021, p. 216) ponderam que “os bens digitais de natureza existencial devem ou deveriam excepcionar a regra geral do direito sucessório, quanto à transmissibilidade, em virtude de seu

2 Bruno Zampier exemplifica como situação excepcional, aquela em que um descendente se depara com a morte de seu ascendente em virtude de uma doença rara que permaneceu em sigilo, e que precisa ser identificada a fim de cuidar de sua própria saúde. Portanto, se provado que, acessando as contas digitais do falecido, há a possibilidade de se obter os resultados referente aos exames que lhe foram enviados pela Internet, se estaria diante de uma situação excepcional em que poderia ser autorizado o acesso. (LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 138).

caráter personalíssimo.” Defendem ainda, duas opções para o tratamento das situações jurídicas existenciais contidas em redes sociais. A primeira opção refere-se à extinção da conta com o cancelamento *causa mortis* do perfil e a segunda opção pela manutenção da conta, com a transformação desta em um memorial, a ser administrada com poderes limitados pela pessoa indicada pelo usuário que não necessariamente precisa ser herdeiro legítimo do falecido (BURILLE; HONORATO; LEAL, 2021, p. 216).

Em outra decisão, um morador de Santos, no litoral de São Paulo obteve na justiça o direito de acesso aos arquivos salvos no Apple ID do filho falecido. O genitor justificou seu pedido no sentido de que, o aparelho continha inúmeros registros de família com imensurável valor sentimental, como por exemplo, fotos, vídeos, conversas etc. O juiz Guilherme de Macedo Soares, da 2ª Vara do Juizado Especial Cível de Santos, julgou a ação procedente e determinou a expedição de alvará judicial autorizando a empresa a transferir a conta Apple ID usada pelo falecido para o seu pai. Cumpre destacar, que a empresa Apple sustentou nos autos do processo que só transfere dados pessoais e privados mediante a apresentação de alvará judicial (SÃO PAULO, 2021).

Para Júlia Schroeder Bald Klein (2021, p. 142) a ausência de legislação referente ao assunto “é uma das justificativas para decisões divergentes, uma vez que, se durante a vida de uma pessoa, o Estado se preocupa com a sua propriedade e seus interesses econômicos, não poderia se omitir quando do falecimento de um cidadão.” Diante disso, cabe destacar a importância da tutela plena dos bens digitais existenciais que, inclusive, é tema do Projeto de Lei n. 410 de 2021 que determina a inclusão do artigo 10-A à Lei do Marco Civil da Internet, o qual estabelece que os provedores de aplicações de internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente após a comprovação do óbito (CAHALI; MARZAGÃO, 2022, p. 405).

Contudo, o parágrafo primeiro do referido dispositivo estabelece que a exclusão dependerá de requerimento aos provedores em formulário próprio, do cônjuge, companheiro ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive. Além disso, o parágrafo segundo dispõe ainda que, mesmo após a exclusão das contas, devem os provedores de aplicações de internet manter armazenados os dados e registros dessas contas pelo prazo de um ano, a partir da data do óbito, ressalvado requerimento cautelar da

autoridade policial ou do Ministério Público de prorrogação, por igual período, da guarda de tais dados e registros (BRASIL, 2021).

Outra iniciativa legislativa existente sobre o assunto, é o Projeto de Lei n. 1.144 de 2021 que prevê a alteração do Código Civil, buscando definir uma regulamentação específica no que se refere a destinação e maneiras de uso de contas digitais após a morte do titular. O referido Projeto propõe que somente os dados de natureza econômica sejam considerados herança e, conseqüentemente, transferidos conforme as regras de direito sucessório. Porém, no que tange aos dados pessoais e mensagens privadas, por sua vez, somente deverão ser objeto de sucessão quando não houver manifestação expressa em sentido contrário pelo falecido (BRASIL, 2021).

É nesse sentido também, o Enunciado n. 40 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (2021), o qual estabelece que “a herança digital pode integrar a sucessão do seu titular, ressalvadas as hipóteses envolvendo direitos personalíssimos, direitos de terceiros e disposições de última vontade.” Logo, ressalta-se a importância da manifestação de vontade, uma vez que, tal disposição é um relevante instrumento para direcionar o tratamento adequado do conteúdo deixado pelo titular da rede. Sendo assim, será analisado a seguir se o testamento é um mecanismo viável na transmissão de bens digitais.

3. Testamento como mecanismo viável para disposição dos bens digitais

A sucessão no sistema pátrio pode ser regulada tanto pela lei quanto por ato de disposição de última vontade do autor da herança. Dessa forma, aberta a sucessão, a herança será transmitida, desde logo, aos herdeiros, ou seja, o patrimônio não fica sem um titular, considerando que, de modo imediato, os herdeiros sejam eles legítimos ou testamentários, sub-rogam-se, de pleno direito, na titularidade do patrimônio do falecido (ALMEIDA, 2019, p. 57).

Ao tratar do assunto, Giselda Hironaka (2011, p. 21) observa que “no Brasil se testa pouco, portanto, com a morte há efeitos sucessórios, quase nunca regulados por vontade em vida, isto é, na maioria das vezes a sucessão se opera pela transmissão da legítima, dependendo muito mais da vontade do legislador do que da vontade do *de cuius*.” Muito embora, historicamente e culturalmente, o brasileiro evite querer resolver questões *post mortem* em vida, de acordo com os dados dispo-

nibilizados pelo Colégio Notarial do Brasil (2022), a partir da pandemia ocasionada pela Covid-19, constatou-se, nos últimos anos, um aumento no número de testamentos lavrados, o que, espera-se, não tenha sido um efeito isolado e passageiro da pandemia.³

Cumprе ressaltar que, no direito brasileiro, o testamento não serve apenas para regular a transmissão de direitos patrimoniais a herdeiros ou legatários, pois o artigo 1.857, §2º do Código Civil de 2002 prevê que “são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.” Porém, é necessário que a manifestação de última vontade preencha os requisitos previstos em lei, por isso, é preciso verificar o conteúdo do termo de declaração de última vontade, levando em conta que, a simples designação de alguém para ter acesso ao conteúdo digital não o transforma em herdeiro. Afinal, uma coisa é o acesso ao conteúdo do bem digital por manifestação de última vontade, outra, bem diferente, é a inequívoca transmissão do bem (LOPES JUNIOR, 2022, p. 471).

Diante da possibilidade de dispor de situações patrimoniais e extrapatrimoniais e, considerando as diferentes naturezas jurídicas que os bens digitais podem apresentar, o testamento se surge como uma possibilidade viável de disposição de bens digitais. Nesse sentido, o Enunciado n. 687 das Jornadas de Direito Civil (2022), destaca que “o patrimônio digital pode integrar o espólio de bens na sucessão legítima do titular falecido, admitindo-se, ainda, sua disposição na forma testamentária ou por codicilo”.

Moisés Fagundes Lara (2023, p. 92) entende que devido ao acesso substancial dos bens digitais que se encontram na nuvem, “o testamento se apresenta como uma das formas mais prática e segura no que se refere a transmissão de tais bens, além de evitar o perecimento dos ativos depositados na rede, bem como, demandas jurídicas envolvendo sucessores e empresas que administram sites e redes sociais”.

Para Júlia Schroeder Bald Klein (2021, p. 156) “a difusão do uso do testamento e as declarações proferidas em vida pelo titular do acervo

3 A pandemia de Covid-19 fez crescer o número de pessoas interessadas no planejamento e na destinação de seus bens após a morte. Dados do Colégio Notarial do Brasil mostram aumento de 21,38% no número de testamentos lavrados entre janeiro e julho de 2022. Portanto, foram lavrados 17.801 documentos nos cartórios nos sete primeiros meses de 2019 e 21.608 no mesmo intervalo de 2022. Nos últimos dez anos, 2021 foi o que obteve o maior número de registros, totalizando no período 38.604 testamentos. (Colégio Notarial do Brasil, 2022).

digital se revela como a melhor saída para o imbróglio da transmissibilidade da herança digital no sistema jurídico brasileiro.” Além disso, empresas como a Apple já trazem recomendações sobre a importância do planejamento patrimonial, ressaltando que, o testamento pode simplificar o processo de aquisição de uma ordem judicial e reduzir o atraso e a frustração de familiares em um momento tão difícil (APPLE, 2023).

Ademais, no que toca as formas de disposições testamentárias, Caroline Pomjé (2022, p. 642) assevera que “tem-se a viabilidade de inclusão de cláusula testamentária específica acerca dos bens digitais, sendo possível a inserção de disposição em relação à destinação desejada aos bens digitais existenciais.” Bruno Zampier (2020, p. 285-286), ao tratar do assunto, pondera que “é aí que entra a manifestação de vontade do titular dos ativos digitais.” Destaca ainda, que o titular poderá optar, voluntariamente, entre pelo menos seis destinos para esses bens, quais sejam:

- a) transformar, se for possível tecnicamente, a conta digital em um memorial, em que as pessoas próximas possam deixar recados, fotos, vídeos ou outros registros em homenagem ao morto; b) excluir a conta, ou outro ativo, não permitindo assim que ninguém a eles tenha acesso; c) congelar a conta, a fim de que apenas aquilo que fora postado em vida seja digno de acesso, sem qualquer permissão para novas inserções de informações; d) ceder a administração da conta a um terceiro determinado, a fim de que este possa acessar as informações existentes e fazer novas alimentações (post-mortem), em conformidade com o que fora declarado como expressão da última vontade do de cujus; e) permitir o acesso à conta de maneira irrestrita por seus familiares; f) permitir o acesso à conta apenas por pessoas expressamente indicadas, sem que estas possam, contudo, realizar modificações.

Todavia, cumpre ressaltar que, diante de um eventual conflito entre a vontade constante em testamento e aquela manifestada via plataforma digital, devem ser consideradas as modalidades testamentárias previstas no Código Civil, já que possuem maior garantia quanto á veracidade de declaração feita pelo *de cujus*. Sendo assim, a vontade manifestada em testamento deve prevalecer, de modo a resguardar a vontade do testador. (HONORATO; LEAL, 2020. p. 387).

Para Rose Melo Vencelau Meireles (2022, p. 374-375) “a autonomia privada é o meio para conferir acesso aos bens digitais, muitas vezes protegidos por login, senha, chave de acesso, dados personalíssimos etc.”. Além disso, salienta que a autonomia privada serve tanto para autorizar, quanto desautorizar o acesso a certos bens digitais, considerando, que cabe ao titular dispor acerca de tais bens, para tornarem-se conhecidos dos seus herdeiros, tanto na sua existência, quanto no seu acesso.

Portanto, diante da ausência de regulamentação específica, bem como, da falta de consenso doutrinário e jurisprudencial, no que tange a sucessão dos bens digitais, sobretudo, os de natureza existencial e dual, o testamento apresenta-se como um instrumento viável para suprir uma necessidade que a legislação brasileira ainda não alcançou.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa realizada concluiu-se que o conceito tradicional de herança evoluiu, passando a englobar bens de características diversas (corpóreos e incorpóreos), já que, atualmente, considera-se também como patrimônio o conteúdo criado ou armazenado por uma pessoa em ambiente virtual. Além disso, a partir da classificação dos bens digitais, verificou-se que nem todos os direitos dos quais o falecido era titular são passíveis de transmissão, considerando que os direitos da personalidade se extinguem com a morte.

Contudo, embora haja um posicionamento pacificado em relação aos bens de conteúdo patrimonial, no sentido de que devem seguir as regras do direito sucessório vigente, isto é, de transmissão automática aos herdeiros, constatou-se que há um contrassenso em relação aos bens digitais existenciais. Por essa razão, o testamento se apresenta como um mecanismo eficaz, já que se dá a partir do exercício da autodeterminação e da autonomia privada, além de viabilizar o acesso tanto de situações patrimoniais aos herdeiros, como por exemplo, informação da localização da chave de acesso de determinada carteira virtual, ou de situações existenciais, como a nomeação da administração de perfis em redes sociais a determinada pessoa.

Diante de toda discussão doutrinária, jurisprudencial e legislativa que a temática proporciona, especialmente pelas conclusões divergentes em relação a quais bens digitais podem ser transmitidos aos herdeiros com a morte do titular, a utilização do testamento e quiçá de

outros instrumentos de planejamento sucessório, a exemplo do codicilo, demonstra-se, indubitavelmente, não só viável, mas o mais seguro diante do atual cenário de incertezas em torno da sucessão *causa mortis* dos bens digitais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **Testamento Digital**: como se dá a sucessão dos bens digitais. Porto Alegre: Fi. 2019.

APPLE. Como solicitar acesso à conta da Apple de uma pessoa da família que faleceu. Disponível em: <https://support.apple.com/pt-br/HT208510>. Acesso em: 06.mai.2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 410, de 10 de fevereiro de 2021**. Acrescenta artigo à Lei do Marco Civil da Internet – Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, a fim de dispor sobre a destinação das contas de internet após a morte de seu titular. Brasília/DF,2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1962861&filename=PL%20410/2021. Acesso em: 06 mai. 2023.

BRASIL, Colégio Notarial do. **InfoMoney**: Dispara procura por testamentos no Brasil na pandemia Disponível em:<https://cnbsp.org.br/2022/09/08/info-money-dispara-procura-por-testamentos-no-brasil-na-pandemia-veja-regras-e-para-quem-compensa/>. Acesso: 08.jul.2023.

BRASIL. Pompeu/MG. **Decisão n. 0023375-92.2017.8.13.0520**. Autora: Marilei Maciel de Campos. Réu: Apple Computer Brasil Ltda. Julgado em 08/06/2018. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento.jsp?comrCodigo=520&numero=1&listaProcessos=17002337. Acesso em: 29 abr.2023.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Institui a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 20. abr.2023.

BRASIL. Santos/SP. **Decisão n. 1020052-31.2021.8.26.0562**. Requerente: Representando João Vitor Duarte Neves. Requerido: Apple Computer Brasil Ltda.

Julgado em 07/10/2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/1/98FA45C32CD0EF_decisaoapple2.pdf. Acesso em: 06 abr.2023.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 1144, de 2021**. Dispõe sobre os dados pessoais inseridos na internet após a morte do usuário. Brasília/ DF, 2021. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bica-rais/-/ver/1144-2021.2021>. Acesso em: 06 mai. 2023.

BURILLE, Cíntia; HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. **Danos morais por exclusão da pessoa falecida?** Comentários ao acórdão proferido na Apelação Cível n.111968866.2019.8.26.0100 (TJ/SP) Revista de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v.28, p. 207-227, abril/jun.2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 6ª.ed.rev.e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

FRITZ, Karina Nunes. A garota de Berlim e a Herança Digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia (Coord.). **Herança digital: controvérsias e alternativas** – Tomo 1. Indaiatuba: Foco, 2022.

FRITZ, Karina Nunes. Herança digital: quem tem legitimidade para ficar com o conteúdo digital do falecido? In: Guilherme Magalhães Martins; João Victor Rozatti Longhi, (coords.). **Direito digital: direito privado e internet**. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Propostas para a regulação da herança digital no direito brasileiro. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). **Direito Civil e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

IBDFAM. **Enunciado n. 40**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em:24. jul.2023.

IX Jornada Direito Civil :**comemoração dos 20 anos da Lei n. 10.406/2022 e da instituição da Jornada de Direito Civil**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2022.

KLEIN, Júlia Schroeder Bald. **A (In)transmissibilidade da herança digital na sociedade da informação**. São Paulo: Dialética.2021.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais**: cyber cultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milha, aéreas, moedas virtuais.2. ed. São Paulo: Foco,2021.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. Bens Digitais: em busca de um microsistema próprio. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia (Coord.). **Herança digital**: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Foco, 2021.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. Porto Alegre. 2016.*Ebook* (200p.). ISBN 978-85-5697-011-4. Disponível em: <https://pt.scribd.com/read/421390775/Heranca-Digital#>. Acesso em: 25.abr.2023.

LEAL, Livia Teixeira Leal. Tratamento jurídico do conteúdo disposto na internet após a morte do usuário e a denominada herança digital. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LEAL, Livia Teixeira. **“Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital”**. Revista Brasileira de Direito Civil - RBD-Civil, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia e Herança Digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia (Coord.). **Herança digital**: controvérsias e alternativas – Tomo 1. Indaiatuba: Foco, 2022.

NEVARES, Ana Luiza. Testamento virtual: ponderações sobre a herança digital e o futuro do testamento. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia (Coord.). **Herança digital**: controvérsias e alternativas – Tomo 1. Indaiatuba: Foco, 2022.

ROSA, Conrado Paulino da. **Planejamento sucessório**: teoria e prática. Salvador: JusPodvim, 2022.

ROSA, Conrado Paulino da; BURILLE, Cíntia. A regulação da herança digital: uma breve análise das experiências espanhola e alemã. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia (Coord.). **Herança digital**: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Foco, 2021.

Texeira, Ana Carolina Brochado; BURILLE, Cíntia. “Herança digital”: reflexões sobre o presente e prospectos para o futuro. In: Texeira, Ana Carolina Brochado. et al.; PINHO, Ana Carolina. (coord.). **Manual de Direito na Era Digital**. Indaiatuba: Foco, 2022.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 31ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 1119688-66.2019.8.26.0100**. Rel. Des. Francisco Casconi, julgado em 09/03/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1179516485/inteiro-teor-1179516507>. Acesso em: 29 de abr.2023.

VALADARES, Maria Goreth Macedo; COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes. Aspectos Processuais Relacionados à Herança Digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia (Coord.). **Herança digital**: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Foco, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Sucessões e Herança Digital. Reflexões. In: Texeira, Ana Carolina Brochado. et al.; PINHO, Ana Carolina. (coord.). **Manual de Direito na Era Digital**. Indaiatuba: Foco, 2022.

CUSTEIO DE TRATAMENTO PSICOLÓGICO EM CASO DE VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR

Cost of Psychological Treatment in cases of Intrafamily Violence

Carolina D'Amorim Barreto¹

INTRODUÇÃO

O momento em que analisamos uma demanda familiar no campo do Direito de Família, entende-se que não se trata apenas de efeitos jurídicos, mas sim de desdobramentos carregados de uma carga emocional e psicológica que merecem a devida atenção dos aplicadores do direito.

Em um processo em que se busca a resolução de um divórcio, a regulamentação de guarda ou até mesmo a fixação de alimentos, se pode verificar que não se trata apenas da aplicação automática da legislação. A análise do caso concreto deve ocorrer muito além desses padrões, buscando observar a realidade fática da estrutura familiar com o objetivo de determinar o arranjo jurídico ideal e que garanta a preservação da integridade psicológica dos envolvidos e a efetiva reparação de danos.

¹ Advogada. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS) e especialista em Direito Tributário pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão (FBD). Integrante do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais”, junto ao Programa de Mestrado em Direito da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Membro do IBDFAM. Membro da Comissão de Direito de Família e da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OAB/BA. Membro da Comissão para a Promoção de Igualdade e Políticas Afirmativas em Questões de Gênero e Orientação Sexual (COGEN) do Poder Judiciário da Bahia. Endereço eletrônico: caroldamorim.adv@gmail.com.

A necessidade em observar essas características em cada caso ocorre, essencialmente, pelo motivo de que a violência doméstica intrafamiliar é uma realidade que assola diversos lares brasileiros. Isto é, mesmo 17 anos após a promulgação da Lei nº 11.340/06, popularmente conhecida como a Lei Maria da Penha, as taxas da violência em razão do gênero no Brasil continuam alarmantes.

Existe bastante debate no que diz respeito a reparação dos crimes cometidos em decorrência da violência de gênero, bem como a aplicação de condenação por danos morais relativo aos prejuízos causados nas vítimas. Todavia, os prejuízos que decorrem de uma situação de violência são imensuráveis e, na grande maioria das vezes, acompanham a vítima por muitos anos.

O cuidado com a saúde mental é tema de suma importância, visto que objetiva evitar o desencadeamento de diversas doenças, como depressão e ansiedade, de modo a buscar uma maior qualidade de vida.

Portanto, o presente trabalho busca ressaltar a necessidade do debate sobre a possibilidade de condenação do agressor, de maneira compulsória, a custear o tratamento psicológico das vítimas de violência doméstica.

Para o desenvolvimento da temática, nota-se que o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, criado em 2021 pelo Conselho Nacional de Justiça, passou a oferecer aos magistrados ferramentas conceituais e metodológicas para direcionamento das suas fundamentações.

Nesse sentido, visa-se garantir uma boa interpretação da Lei Maria da Penha em conjunto com o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, também no campo do Direito das Famílias, para conseguir efetivar o direito das mulheres em um dos momentos de mais vulnerabilidade.

De forma a atingir o objetivo central proposto, utilizou-se do método de pesquisa científico-dedutivo, baseado na revisão bibliográfica de publicações na seara jurídica e da psicologia.

1. Breve histórico da Violência Intrafamiliar e do surgimento da Lei nº 11.340/2006

No momento em que se fala de violência doméstica e familiar, compreende-se que se trata de um fenômeno complexo e que pode envolver uma sucessão e, até mesmo, uma gradação de acontecimentos.

Destaca-se que esse tipo de violência contra a mulher afeta, sobretudo, a esfera psíquica e física da vítima.

O fenômeno da violência doméstica está diretamente ligado às questões culturais e estruturais, sendo um grave problema de desrespeito aos direitos humanos em uma sociedade patriarcal. Isto é, pode-se verificar que se encontra presente em todas as classes sociais e não respeita fronteiras.

No Brasil, até a década de 80, não haviam dispositivos jurídicos de proteção e combate à violência contra às mulheres. De acordo com Analba Brazão (2010, p. 128):

Todo o percurso do Projeto, até ser transformado em Lei, foi marcado por mobilizações de apoio, realização de audiências públicas e seminários. Essa forma de discussão constituiu um diferencial na elaboração de leis, pois teve a participação ativa dos movimentos de mulheres e feministas, das mulheres que sofreram violência doméstica, de parlamentares, gestores públicos e representantes dos Poderes Judiciário e Executivo.

Com isso, a história demonstra que uma das primeiras ações do governo nesse sentido ocorreu 1985, com a abertura da primeira delegacia especializada em atendimento às mulheres. Contudo, na década de 90 foram firmadas duas convenções pelo Brasil, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW) e Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (DUARTE, 2021, p. 08).

Nessa época, os agressores respondiam os processos em liberdade, sem maiores consequências aos atos praticados, isto é, afetando diretamente a efetividade da proteção às mulheres. Todavia, em 1998 uma mulher conhecida como Sra. Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de uma dupla tentativa de feminicídio. O referido caso teve uma grande repercussão social, de modo que foi levado para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Por conseguinte, tal de denúncia resultou na condenação do Brasil por negligência e omissão em relação à violência doméstica e, em decorrência disso, foram revisadas as políticas públicas, o que levou ao surgimento da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Atualmente, a Lei de Violência Doméstica dispõe sobre diversos tipos de violência, tratando-se de cláusula aberta que permite a inclusão de outros tipos de violência, qual seja: física, moral, patrimonial, sexual e psicológica (TELES, 2012, p. 113).

As diversas formas de violência doméstica demonstram uma necessidade de uma maior sensibilidade, dos operadores e aplicadores do direito, considerando o próprio contexto da violência baseada no gênero.

2. Importância da preservação da integridade psicológica e da reparação de danos

Ao observar o histórico da criação da Lei Maria da Penha, consegue-se perceber que a temática trata de maneira direta sobre as relações familiares e seus consequentes reflexos no campo fático. Isto é, se pode notar que em alguns casos, os impactos estão intimamente relacionados ao cenário doméstico e familiar em si, sendo a prova muitas vezes dificultada em razão disso.

Nesse sentido, cumpre destacar o conceito da violência psicológica contra a mulher trazido pelo art. 7º, II, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), leia-se:

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

Apesar da violência psicológica estar prevista na Lei Maria da Penha, no ordenamento jurídico brasileiro ainda não havia um tipo penal correspondente. Em princípio, nota-se que as medidas protetivas de urgência eram possíveis apenas se houvesse risco à integridade física.

Foi apenas com a promulgação da Lei nº 14.188, de 29 de julho de 2021, que a violência psicológica contra a mulher foi incluída no Có-

digo Penal como crime, bem como, foi oficialmente criado o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica².

O Código Penal foi alterado para que fosse inserido uma nova qualificadora para o crime de lesão corporal simples (art. 147-B, Código Penal). Isto é, criado o tipo penal de violência psicológica contra a mulher, de forma que caso ocorra a pena conferida ao agressor é reclusão de seis meses a dois anos e multa.

Muito embora exista a previsão de penalidade na seara criminal, alguns operadores do direito ainda demonstram uma certa dificuldade de compreensão da integralidade e seriedade da tipificação, de forma que ainda vem sendo feita de maneira superficial e limitada aos tipos penas de ameaça, constrangimento ilegal e injúria. Contudo, as figuras retromencionadas não exaurem o conceito do dispositivo ora referido, muito embora a publicização da norma tenha criado demandas reais e expectativas de resolução satisfatória dos conflitos doméstico-conjugais (MACHADO; GROSSI, 2012).

Muitas mulheres se recusam a relatar ou até mesmo têm dificuldade em perceber que são vítimas, tendo em vista que o registro dessa violência não deixa marcas externas. Entretanto, a prática dessa violência pode desencadear diversos tipos de doenças, quais sejam: depressão, distúrbios e transtornos psicológicos, entre outras.

A busca pela preservação da integridade psicológica da mulher é matéria de suma importância, de forma que se deve buscar entender os sinais de que essa violência está ocorrendo para facilitar a identificação e auxiliar no acolhimento das vítimas. Conforme acertadamente noticiado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2021), se deve notar que:

As psicólogas dizem que é possível perceber se essa forma de violência está ocorrendo com familiares, amigas, vizinhas ou colegas

2 Mister ressaltar que a Campanha Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica foi criada pelo Conselho Nacional de Justiça, em junho de 2020, mas apenas lhe foi conferido o status de lei com a promulgação da Lei nº 14.188/21. À título de propagação de conhecimento, para aqueles que ainda desconhecem do Programa, este possibilita que mulheres que sofrem violência doméstica noticiem tal fato com o sinal “X” feito com batom vermelho (ou qualquer outro material) na palma da mão, permitindo que terceiros rapidamente verifiquem e promovam o acionamento da Polícia Militar. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Campanha Sinal Vermelho. [Agência CNJ de Notícias, 2021]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sinal-vermelho-se-torna-programa-nacional-de-combate-a-violencia-contra-a-mulher/>. Acesso em: 04 jul.2023).

de trabalho. Alguns sinais podem ser detectados como, por exemplo, quando há isolamento e a mulher se recusa a estar em ambientes sociais, não atende telefonemas, não recebe visitas e não se comunica. Destacam ainda que, em ambientes de interação social, o comportamento delas pode ser calado, com olhar distante, dificuldade de concentração e choro fácil. Outro momento é durante a comunicação, com cuidado excessivo na escolha das palavras e discurso cauteloso sobre o relacionamento familiar. Ainda, na escolha de vestimentas. Baixa autoestima, dificuldade de autoaceitação revelada em falas que desqualificam a si própria, que trazem o sentimento de não ser capaz e demonstram medo em situações cotidianas, como ir ao supermercado por exemplo. Outro sinal dessas mulheres está na tentativa de justificar ou minimizar o comportamento agressivo do companheiro.

Conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022), uma contabilização precisa da quantidade de denúncias realizadas nas delegacias ainda não é amplo, visto que alguns estados ainda não o contabilizaram, bem como se faz necessária uma maior divulgação da tipificação desse crime para as vítimas. Nada obstante, observa-se que em 2021 foram mapeadas 8.390 denúncias de violência psicológica no Brasil (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022).

Adelma Pimentel (2011, p. 41), psicóloga atuante em casos de intervenção clínica em situações de violências psicológicas, preconiza que “[...] o controle é um subproduto do sistema patriarcal. Controlar é tentar anular a subjetividade, modelar, amoldar, fazer cópia do outro, uso instrumental deste”. Compreende-se que a violência psicológica é utilizada como instrumento de violência, no qual pode desdobrar em diversos resultados, sejam eles na gradação para outro tipo de violência ou propriamente como prejuízo à autodeterminação da vítima.

3. Obrigação compulsória de custeio de tratamento psicológico

A violência doméstica e familiar contra a mulher, infelizmente, está presente em diversos lares de todo o mundo, mas o Brasil a mesma é gritante, estando o nosso país na 5ª posição no ranking dos países que mais mata mulheres por todo mundo, de acordo com os dados do Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil (FLACSO; OPAS-OMS; ONU MULHERES/SPM, 2015).

Os dados letais acima são bastante estarrecedores e devem continuar incomodando a população enquanto não houver uma diminuição significativa dessas métricas, contudo, também se deve direcionar o olhar para as violências que não deixam marcas visíveis.

O ordenamento jurídico já previa a possibilidade da condenação do agressor ao pagamento de indenização por danos morais em decorrência de violência física contra a mulher, sendo a compreensão do julgador pacificada nesse sentido.³ Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado sob o rito de recursos repetitivos (Tema 983),⁴ já manifestou ser favorável a esse entendimento, de modo a defender que não é exigida instrução probatória para dano moral sofrido pela vítima, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia.

Quando a temática adentra o campo dos abalos psicológicos e se distancia das lesões físicas, à primeira vista, parece que não há grandes desdobramentos sobre a aplicação de indenização por danos morais. Todavia, não se pode afirmar que os aplicadores do direito não o

3 “CERCEAMENTO DE DEFESA - Inocorrência – Desnecessidade de produção de prova oral – Nulidade afastada. RESPONSABILIDADE CIVIL – Dano moral – Autora que sofreu agressões físicas, que provocaram lesões corporais – Réu, ex-marido da autora, condenado pelo crime de lesão corporal, com sentença penal condenatória pendente de trânsito em julgado - Independência das esferas civil e criminal – Desnecessidade de suspensão do processo – Lesões corporais sofridas pela autora que restaram devidamente comprovadas por meio de fotografias, bem como prova pericial – Dano estético – Autora que sofreu perda leve dos movimentos do quarto dedo da mão esquerda – Indenizações devidas - Valor arbitrado em sentença que atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sendo incabível sua alteração – Dano material – Custeio do tratamento psicológico prescrito à autora – Cabimento - “Quantum debeatur” a ser apurado em fase de liquidação de sentença - Sentença mantida – Recurso desprovido.” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação Cível nº 10019409820198260007**. Relator: Luiz Antonio de Godoy, Data de Julgamento: 12/07/2021, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/07/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1709619153>. Acesso em: 03 jul. 2023).

4 “A Corte Superior determinou, então, a afetação do REsp 1.675.874/MS para julgamento conjunto com o REsp 1.643.051/MS, sob o rito dos repetitivos, nos termos do art. 1.037, II, do CPC, para firmar tese sobre a reparação de natureza cível por ocasião da prolação da sentença condenatória.” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Comunicação STJ**. Brasília: STJ, 2017. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/gerenciamento-de-precedentes/comunicados-e-informativos/comunicados-oficiais/comunicados-stj/2017/tema-983-stj-inclusao-de-novo-paradigma-24-10.2017>. Acesso em: 03 jul. 2023).

fazem, apenas que não adotam com a mesma ênfase a importância da reparação desse dano.

É sabido que uma das funções da condenação ao pagamento de dano moral, além da tentativa de reparação da lesão, consiste em inibir a prática reiterada da conduta ofensiva. Porém, quando se trata de abalos psicológicos o dano não é pontual, reverberando no cotidiano da vítima por muitos anos.

Por conseguinte, recentemente o magistrado, Frederico Ivens Mina Arruda de Carvalho, da 1ª Vara Cível de Cachoeiro de Itapemirim, determinou o agressor praticante de violência doméstica custeie o tratamento psicológico da ex-companheira.⁵

No referido processo, a vítima relata que adquiriu quadro de depressão, ansiedade e passou a depender de remédios e acompanhamento médico em razão do abalo psíquico ocasionado por seu agressor. Entretanto, a ex-companheira informa que não tem condições financeiras de arcar com acompanhamento de terapia, de forma que solicitou que o agressor custeasse seu tratamento em tutela de urgência.

Observa-se que os requisitos da concessão da tutela antecipada estavam observados no caso, visto que se busca a promoção da dignidade humana e a garantia da integridade psicológica da mulher. Acertadamente, o magistrado foi capaz de filtrar as narrativas para verificar o cerne do prejuízo ocasionado pelo ato, fazendo uma análise do processo considerando a vulnerabilidade e toda a questão estrutural.

Ao fundamentar sua decisão, nota-se que o magistrado utiliza das orientações constantes no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça.⁶ A aplicação das dire-

5 “Assim sendo, o magistrado determinou que o requerido custeie as despesas da ex-companheira com psiquiatra e psicólogo, com depósito judicial inicial no valor de R\$ 1.175,00, referente a uma consulta médica e quatro sessões de terapia. À autora caberá comprovar o gasto no prazo de 05 dias após cada consulta, bem como apresentar os planos de tratamento firmados pelos respectivos profissionais, com indicativo de quantidade de consultas e sessões.” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **Juiz determina que homem custeie o tratamento psicológico da ex-companheira.** [Assessoria de Imprensa e Comunicação Social do TJES, 2023]. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/juiz-determina-que-homem-custeie-o-tratamento-psicologico-da-ex-companheira/>. Acesso em: 03 jul. 2023).

6 “É reconhecido à vítima de violência de gênero o direito à ampla reparação, nos termos do art. 9º, § 4º, da Lei Maria da Penha, regra que está em compasso com o disposto no art. 387, IV, do CPP, modificado pela Lei n. 11.719/2008, que permite

trizes do referido protocolo nas decisões atuais demonstra que os aplicadores do direito estão no caminho correto de uma evolução social, realizando uma argumentação mais igualitária e se afastando de um viés de estereótipo de gênero.

Alcançar julgamentos que não levam em consideração preceitos inadequados de gênero, também significa garantir a preservação dos efeitos de ordem psicológica nos processos de Direito de Família. A obrigação compulsória de custear tratamento psicológico não é uma novidade legislativa, visto que o art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a referida aplicação.⁷

Nesse sentir, entende-se que a determinação de tratamento compulsório para a família é uma das medidas protetivas que podem ser aplicadas pelo magistrado, com o intuito de coibir práticas abusivas ou para reduzir seus efeitos naquele núcleo familiar (BARROS; ROSA; BRAZIL, 2023, p. 164).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Registra-se, atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, uma preocupação crescente com a integridade psicológica em casos de violência doméstica. A figura da mulher vem sendo agredida de maneira constante, de modo que o judiciário não pode incluir-se na imagem de agressor também.

Diretrizes como as estabelecidas no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça são essenciais para que existam julgamentos que efetivamente resolvam o cerne do conflito, sem deixar de observar as nuances e as vulnerabilidades de gênero. Portanto, embora ainda haja uma certa fluidez na definição no

a condenação do agressor na reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pela ofendida.” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021**. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023).

7 “Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: (...) VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado. (BRASIL. **Lei nº 8.069/90**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. DOU 16.7.1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 02 jul. 2023).

caso concreto de ocorrência de violência psicológica, entende-se que não há mais espaço para negar a sua existência e suas consequências transitórias ou permanentes na psique da vítima.

Evidente que, para que exista de fato uma garantia à integridade psicológica, se faz necessário buscar instrumentos que de alguma forma reparem e inibam o comportamento do agressor. À vista disso, além da condenação do agressor ao pagamento de indenização por danos morais, a determinação de que o violentador custeie com tratamentos psicológicos para a vítima é medida urgente e essencial para o processo transformador da sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alcina Juliana Soares; ROSA, Conrado Paulino da.; BRAZIL, Glicia Barbosa de Mattos. **Perícias Psicológicas e Psiquiátricas nos Processos de Família**, 2ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

BRAZÃO, Analba. **Violência contra as mulheres** - Uma história contada em décadas de lutas. Brasília: CFEMEA: MDG3 Fund, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Campanha Sinal Vermelho. [Agência CNJ de Notícias, 2021]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sinal-vermelho-se-torna-programa-nacional-de-combate-a-violencia-contr-a-mulher/>. Acesso em: 04 jul.2023

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021**. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023

BRASIL. **Lei nº 2.848/40**. Código Penal. DOU 07.12.1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069/90**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. DOU 16.7.1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 02 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340/06**. Dispõe sobre a Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e dá outras providências. DOU 08.8.2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 03 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.188/21**. Define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). DOU 29.7.2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14188.htm. Acesso em: 03 jul. 2023.

DUARTE, Mariana Perez. **A Explosão de Casos de Violência Doméstica e Familiar em Meio ao Distanciamento Social à Luz da Lei nº 11.340/2006 (Maria da Penha)**. Goiânia: PUC Goiás, 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. [São Paulo: FBSP], 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-segurancapublica/>. Acesso em: 26 jun. 2023. Acesso em: 03 jul. 2023.

FLACSO; OPAS-OMS; ONU MULHERES/SPM. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil**. Dados e Fontes: Instituto Patrícia Galvão, 2015. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/mapa-da-violencia-2015-homicidio-de-mulheres-no-brasil-flacsoopas-omsonu-mulheresspm-2015/>. Acesso em: 03 jun. 2023.

MACHADO, Isadora Vier; GROSSI, Miriam Pillar. **Historicidade das violências psicológicas no Brasil e judicialização a partir da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha)**. Revista Direitos Fundamentais e Justiça, ano 6, n. 21. Porto Alegre: HS Editora, out/dez. 2012.

PIMENTEL, Adelma. **Violência psicológica nas relações conjugais: pesquisa e intervenção clínica**. São Paulo: Summus, 2011.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **Violência psicológica é crime e mulheres podem pedir o afastamento do agressor**. [Assessoria de Imprensa/NCI, 2021]. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/violencia-psicologica-e-crime-e-mulheres-podem-pedir-o-afastamento-do-agressor>. Acesso em: 04 jul. 2023.

TELES, Paula do Nascimento Barros González. **Lei Maria da Penha – Uma História de Vanguarda**. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: EMERJ, 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/14/capacitacaoemgenero_110.pdf. Acesso em: 03 jun. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Comunicação STJ**. Brasília: STJ, 2017. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/gerenciamento-de-precedentes/comunicados-e-informativos/comunicados-oficiais/comunicados-stj/2017/tema-983-stj-inclusao-de-novo-paradigma-24-10.2017>. Acesso em: 03 jul. 2023

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **Juiz determina que homem custeie o tratamento psicológico da ex-companheira**. [Assessoria de Imprensa e Comunicação Social do TJES, 2023]. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/juiz-determina-que-homem-custeie-o-tratamento-psicologico-da-ex-companheira/>. Acesso em: 03 jul. 2023

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação Cível nº 10019409820198260007**. Relator: Luiz Antonio de Godoy, Data de Julgamento: 12/07/2021, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/07/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1709619153>. Acesso em: 03 jul. 2023

DE ABRIGO AO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL: O MODELO ATUAL ATENDE AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE?

From shelter to institutional care: the current model serves the best interests of children and adolescents?

Victória Gonçalves da Silva¹

INTRODUÇÃO

O tema abordado se centra na análise comparativa entre os benefícios e malefícios que o modelo de institucionalização de casas de acolhimento, outrora conhecidos como abrigos, pode gerar para as crianças e adolescentes que se encontram sob a tutela do Estado.

É importante compreender se a vinculação entre pretendentes e acolhidos é prejudicada pela estadia dos infantes nestas instituições, por um período maior que dois anos já que o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu artigo 19, § 2, que a permanência daqueles com menos de dezoito anos em programa de acolhimento institucional não pode ultrapassar este prazo, salvo comprovada necessidade, qual seja a de não ser adotado ou, até mesmo, a de uma possível devolução.

Diante de tal preocupação, o Superior Tribunal de Justiça determinou que crianças abrigadas a mais de cinco anos sejam colocadas

1 Victória Gonçalves; Graduanda do curso Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, campus Juiz de Fora; membro do grupo de pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal da Fundação Ministério Público; colaboradora externa do Núcleo de Estudos e Extensão Juventude e Socioeducação do campus de Governador Valadares da Universidade Federal de Juiz de Fora; e-mail vgoncalvess.estagio@gmail.com.

em família substituta, um programa que se destina a dar aos acolhidos a possibilidade de conviver temporariamente com uma família devidamente inscrita neste serviço até que sejam adotados por pretendentes inscritos no Sistema Nacional de Adoção (SNA), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Dado o exposto, as questões hipotéticas propostas versam sobre a identificação dos abrigos como sistemas defasados de acolhimento e como os efeitos da espera por uma nova família em um ambiente institucional em que inexistente vínculo afetivo reforça o sentimento de abandono e de rejeição já sentido pelas crianças no momento em que foram retiradas da família de origem e destinadas às casas de acolhimento.

Por fim, o método de aplicação utilizado foi o indutivo, uma vez que a constatação e a formulação de hipóteses a partir das informações recolhidas no painel analítico do SNA-CNJ têm maior eficácia a partir da adoção desta metodologia.

DESENVOLVIMENTO

Em sede de Recurso Especial (REsp 1.159.242-SP), a ministra do Supremo Tribunal de Justiça, Nancy Andriighi, reconheceu que, enquanto o cuidado se revela como um dever, o amor é uma faculdade que, à luz do tema deste resumo, não é fornecido a todas as crianças e adolescentes. Entretanto, quando não há demonstração de ambos os pilares de desenvolvimento sadio infantil, cuidado e amor, o Estado tende a acionar seus mecanismos legislativos para reivindicar seu poder sobre as crianças e jovens.

O primeiro aviso de que há ameaça ou violação de direitos é dado pelo Conselho Tutelar, que envia relatórios a Vara de Infância e Juventude da Comarca em que se encontra a criança ou adolescente em perigo. Por conseguinte, o papel do órgão público é analisar a situação e, constatada a violação de direitos, conforme artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), deve abrir uma ação de medida de proteção para o menino e/ou menina em questão. Isso porque é ao longo deste processo que o acompanhamento do caso pela Vara de Infância e Juventude será realizado, saindo da esfera do Conselho Tutelar.

Por conseguinte, concluindo-se pelo acolhimento institucional, de acordo com o artigo 101, VII, do ECA, o infante é direcionado ao abrigo de sua cidade, momento em que os pais biológicos devem rece-

ber todas as medidas de apoio e seguir as instruções da equipe institucional, como forma de objetivar o retorno do filho ao convívio familiar. Entretanto, quando todas as medidas são esgotadas, sem que os pais assumam o compromisso com os filhos abrigados, a casa de acolhimento pode indicar, em relatório endereçado à Vara de Infância e Juventude que cuida do caso, a destituição do poder familiar, cujas as hipóteses para a perda de poder estão elencadas no artigo 1.638, do Código Civil, sendo elas a de castigo imoderado do filho, abandono, pratica de atos contrários a moral e aos bons costumes, dentre outras.

Para se contrapor à violação de direitos, Maria Berenice Dias dispõe sobre os deveres familiares:

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. [...] (2015, p. 465-466).

Assim, a criança se sente abandonada pela segunda vez, estabelecendo a primeira quando é destinada ao abrigo. Já o sentimento de rejeição acontece especificamente neste momento, o qual entende que os pais biológicos não vão mais voltar para vê-la e que não fizeram o suficiente para retirá-la da casa de acolhimento.

É justamente pela sensação de perda de contato com as pessoas que conhecia como parentes e pais que a criança desenvolve o medo de reviver a mesma situação, criando barreiras na aproximação com pretendentes a sua adoção. O ambiente cercado por crianças que passaram pelo mesmo ocorrido fortalece o entendimento de que é necessário se cuidar sozinho, uma vez que os responsáveis por este dever são os que causaram o acolhimento. Sob esse viés, Marin 1999, p. 48) dispõe que “a instituição, enquanto tenta se colocar como substituta total da família, fazendo-se de mãe e pai, ou melhor, da mãe com pai ausente, procurando negar a falta vivida pela criança, estará justamente impedindo a vivência da demanda”.

Logo, toda essa junção de fatores, quais sejam, viver em um abrigo destinado a crianças e adolescentes afastados da família de origem, ser privado do convívio familiar e não ter uma única referência de afeto dentro do abrigo, leva o acolhido a se questionar se merece o amor que estará destinado a receber se se permitir a passar por uma adoção. Em contrapartida, o modelo de acolhimento Família Acolhedora é conceituado por Valente (2004, p. 17) como “aquela que, voluntariamente, tem a função de acolher em seu espaço familiar, pelo tempo que for necessário, a criança e o adolescente”.

Neste aspecto, as casas de acolhimento se distanciam da função de acolher, por gerarem um espaço propício à aversão à vinculação afetiva. Isso porque, durante a estadia na instituição, estão imersos na defasagem do Estado em promover as obrigações garantidas no artigo 227 da Constituição Federal, sendo a principal delas, a convivência familiar.

Logo, sendo dever do Estado assegurar esse convívio à criança e ao adolescente, conforme previsto no referido dispositivo legislativo, é nítido que a utilização de casas de acolhimento não garante a afetividade desse direito para os acolhidos, pois não há figuras afetivas em que possam se apoiar, a exemplo de pais, mães ou guardiões. Isso porque, segundo Linhares (2015, p. 72-73), “nesses ambientes, em geral predominam, no microsistema, a variabilidade de cuidadores, a alta densidade de pessoas no contexto e a multiplicidade de arranjos com pouca consistência no tempo”.

Assim, o princípio do melhor interesse da criança, cuja finalidade é a proteção dos direitos dos pequenos de modo integral, é colocado em segundo plano, justamente porque a grande rotação de cuidadores, além da divisão do ambiente com pessoas desconhecidas, impede que a criança se sinta como parte de um lar. Neste ponto, a convivência que tem se restringe a mera ocupação do ambiente em que está destinada a ficar, a instituição.

Para corroborar tal discussão, a Lei nº 14.321/2022 estabelece a violência institucional como um procedimento causado por agente público, que leve a vítima a reviver, sem qualquer necessidade, a situação que gerou estigmatização ou sofrimento. Sob esse viés, a coabitação da criança no ambiente institucional, sem a promoção de convivência, se revela como violência institucional, uma vez que o Estado, ao institucionalizar uma criança, faz com que ela se submeta a um ambiente que nada tem de acolhedor, em que não há como estabelecer relação alguma com os funcionários, por motivos de variabilidade, muito menos há um

espaço que o pertença, já que tem que compartilhar o ambiente com outras crianças e adolescentes que não conhece.

Dessa forma, a defasagem estatal ao utilizar abrigos como modelos para o acolhimento institucional de crianças e adolescentes reforça a inexistência do convívio familiar, o que não só viola a doutrina de proteção à infância, como fomenta a violência institucional. Assim, o meio necessário para garantir os mesmos direitos entre crianças acolhidas e crianças que se encontram sob os cuidados e proteção da família é promover a convivência familiar institucional por meio do programa de acolhimento Família Acolhedora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo aborda a análise comparativa entre os benefícios e malefícios do modelo de institucionalização de casas de acolhimento para crianças e adolescentes sob a tutela do Estado. Explora-se a preocupação com a vinculação entre pretendentes e acolhidos, especialmente quando a estadia nas instituições excede o prazo estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Diante desse contexto, o programa Família Acolhedora é apresentado como uma alternativa que visa proporcionar aos acolhidos a oportunidade de conviver temporariamente com uma família, até que sejam adotados.

Assim, explorou-se o processo de acolhimento institucional, desde o papel do Conselho Tutelar na identificação e proteção de crianças em situação de risco até a possibilidade de destituição do poder familiar quando todas as medidas de apoio falham. No entanto, destaca-se a falta de vínculo afetivo nas casas de acolhimento, levando as crianças a vivenciarem sentimentos de abandono e rejeição. Esse ambiente afeta negativamente a aproximação com possíveis pretendentes à adoção, gerando inseguranças e barreiras emocionais.

Ao contrastar a experiência vivida nos abrigos com o modelo de acolhimento familiar, conhecido como Família Acolhedora, argumenta-se que as casas de acolhimento não cumprem adequadamente seu propósito de proporcionar um ambiente acolhedor, pois falham em promover o direito fundamental da convivência familiar. A falta de convívio familiar adequado é considerada uma forma de violência institucional, pois expõe as crianças a reviverem situações de falta de afeto e cuidado que levaram ao seu acolhimento inicial.

Portanto, ressalta-se a necessidade de promover a convivência familiar institucional por meio do programa Família Acolhedora, a fim de garantir direitos semelhantes para crianças acolhidas e aquelas sob os cuidados de uma família. Destaca-se a importância de proporcionar um ambiente afetivo e acolhedor, respeitando a identidade e história de cada criança, como um meio mais adequado de cuidado e proteção durante o período de acolhimento.

Em suma, destaca-se as falhas do modelo de institucionalização e enfatiza a importância de priorizar o bem-estar emocional das crianças e adolescentes acolhidos, buscando alternativas que promovam vínculos afetivos saudáveis e a convivência familiar como um direito fundamental. A implementação de programas como o Família Acolhedora pode contribuir para proporcionar um ambiente mais acolhedor e propício ao desenvolvimento emocional dos acolhidos, garantindo-lhes uma base sólida para um futuro promissor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 jul. 2023.

BRASIL. Congresso. Senado. *Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília-DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 07 jul. 2023.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em: 09 jul. 2023.

LINHARES, Maria Beatriz Martins, Dualibe, Aline Limiéri, & Cassiano, Rafaela Guilherme Monte. (2013). *Temperamento de crianças na abordagem de Rothbart: estudo de revisão sistemática*. 18(4), 633-645. Retrieved August 04, 2014, from http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141373722013000400006&lng=en&tlng=pt. 10.1590/S1413-73722013000400006.

MARIN, Isabel Kahn. (1998). *Instituições e Violência – Violência nas Instituições*. In: Levisky, David L. *Adolescência pelos Caminhos da Violência A*. São Paulo: Casa do Psicólogo.

NOGUEIRA, Paula Cristina; COSTA, Liana Fortunato. *A criança, a mãe social e o abrigo: limites e possibilidades*. Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano, v. 15 n. 3, p. 36-48, 2005a.

RIZZINI, Irene. *Oséculo perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2007.

VALENTE, Janete Aparecida Giorgetti. Uma reflexão sobre o acolhimento familiar no Brasil. *Revista Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, n. 92, 2007.

VITALE, Maria Amalia Faller. Famílias monoparentais: indagações. *Revista Serviço Social e Sociedade: Família*, São Paulo, v. 23, n. 71, 2002.

GARANTINDO O DIREITO DE DECISÃO NO FIM DA VIDA: A RELEVÂNCIA DO TESTAMENTO VITAL PARA OS IDOSOS

Ensuring the right of decision at the end of life: the relevance of
the living will for the elderly

Isadora Hörbe Neves da Fontoura¹

Larissa Lauda Burmann²

INTRODUÇÃO

O testamento vital é considerado um instrumento ético e jurídico que permite ao indivíduo expressar a autonomia da vontade. Também conhecido como diretiva antecipada ou declaração de vontade

1 Isadora Hörbe Neves da Fontoura. Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC); Mestre em Direito pela 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 e Políticas Públicas do PPGD/UNISC; Bolsista PROSUC/CAPES; Integrante do projeto de pesquisa “Articulação intersetorial para proteção de crianças e adolescentes contra a violação de direitos”, financiado pelo CNPQ. Email: isadorahorbe@hotmail.com.

2 Larissa Lauda Burmann. Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC); Doutora em Gerontologia pela Universidade Católica de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias 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 e Políticas Públicas do PPGD/UNISC; Bolsista PROSUC/CAPES; Integrante do projeto de pesquisa “Políticas Públicas de Inclusão Social” do PPGD/UNISC e “Direito Civil Constitucional” da UFMT. Email: laraburmann@hotmail.com.

antecipada, possibilita que a pessoa expresse suas preferências e instruções médicas caso ela fique incapaz de tomar decisões de cuidados de saúde no futuro.

As pessoas idosas, em regra, estão mais próximas do fim da vida, sendo relevante a ciência da existência das diretrizes antecipadas de vontade. Poderá ser considerado um importante documento no que refere a tomada de decisões que envolvam questões relacionadas à saúde, cuidados médicos no final da vida, podendo ser evitados, por exemplo, procedimentos invasivos que não estejam alinhadas com seus valores e crenças pessoais.

Nesse contexto, essa pesquisa tem como objetivo analisar a relevância do testamento vital para as pessoas idosas. Para isso, pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: compreender os motivos pelos quais o Testamento Vital pode ser considerado um importante instrumento na vida da pessoa idosa.

A hipótese da pesquisa está relacionada à autodeterminação e empoderamento para a pessoa idosa. Ao fazer o testamento vital, ela assume um papel ativo em seu próprio cuidado. Suas vontades descritas no documento devem ser respeitadas. O método de pesquisa abordado será o dedutivo e a técnica de pesquisa será a bibliográfica.

O trabalho foi dividido em três capítulos, sendo que o primeiro tratou a respeito da positivação do testamento vital, o segundo capítulo discorreu sobre a essência do testamento vital e sua visão conceitual e o último capítulo tratou acerca da relevância do testamento vital na vida dos idosos.

1. Considerações sobre a positivação do testamento vital

O acesso aos cuidados de saúde, combinado com os progressos da biomedicina, tem influenciado na ampliação da expectativa média de vida da população a nível mundial, o que reflete no empenho de muitos indivíduos e organizações em postergar a morte a qualquer preço; muitas vezes desvinculando os cuidados de saúde da vida e das preferências dos pacientes. Isso faz emergir a indagação sobre até que ponto algumas intervenções no processo de vida podem exceder os limites do que é considerado aceitável eticamente.

Nesse sentido, em um contexto de envelhecimento populacional, questões sobre o fim da vida e a autonomia do indivíduo tornam-se

cada vez mais relevantes. Em nível global, há várias décadas, o testamento vital tem sido legalizado em alguns estados norte-americanos, sendo a Califórnia o primeiro estado a fazê-lo em 1976, por meio do California Natural Death Act. Alguns países europeus também aprovaram legislação específica sobre o assunto, como por exemplo, Holanda, Portugal e Itália. Na Holanda, o primeiro documento foi a Declaração sobre a Promoção dos Direitos do Paciente, em 1994, que reconheceu o direito ao consentimento da prática de procedimentos e informações sobre os procedimentos que o paciente será submetido.

Já em Portugal, a necessidade de adequar a legislação à realidade social levou, em 2006, à apresentação do primeiro projeto de lei sobre testamento vital pela Associação Portuguesa de Bioética. Em 2008, o próprio Código Deontológico da Ordem dos Médicos, que antes enfatizava a cura da doença e o prolongamento da vida como objetivo principal dos cuidados médicos, foi alterado para aceitar a prestação de cuidados a pacientes sem esperança de cura ou em fase terminal, bem como o respeito às diretivas antecipadas de vontade. (FERREIRA; NUNES, 2020)

Em 2012, foi aprovada a Lei 25/2012 que dispunha sobre as diretivas antecipadas de vontade e em especial sobre testamento vital. O artigo 2º, parágrafo 1º da mencionada lei, define o testamento vital como um documento unilateral e revogável a qualquer momento pela própria pessoa, no qual uma pessoa maior de idade e capaz possa manifestar antecipadamente sua vontade consciente, livre e esclarecida em relação aos cuidados de saúde que deseja ou não deseja receber, no caso de ficar incapaz de expressar sua vontade, pessoalmente e autonomamente. (FERREIRA; NUNES, 2020)

Além disso, foi criado o registro nacional de testamento vital. A criação do registro nacional de testamento vital tem como objetivo receber, registrar, organizar e manter atualizadas as informações e documentações relacionadas às diretivas antecipadas de vontade.

Na Itália, a legislação pertinente às diretivas foi estabelecida pela Lei 219, aprovada em 14/12/2017, e entrou em vigor em 31/01/2018. Essa lei regula o consentimento informado e as provisões de tratamento antecipado. A decisão de redigir uma diretiva é gratuita e voluntária, porém, deve ser formalizada por meio de uma escritura pública, escritura privada autenticada ou escritura privada entregue pelo interessado no gabinete do estado civil do município de residência ou em instalações de saúde.

Na América Latina, as diretivas podem ser encontradas no Uruguai, conforme Lei 18.473, de 3 de abril de 2009. Apesar do Brasil ainda não ter legislado sobre o tema, o estado de São Paulo foi o primeiro a legislar no país, promulgando a Lei 10.241/1999, conhecida como Lei Covas, estabelecendo o direito do paciente de consentir ou recusar procedimentos médicos após receber informações claras sobre os riscos e efeitos envolvidos, podendo recusar a tratamentos dolorosos ou para prolongar a vida.

Doutrinariamente, na V Jornada de Direito Civil, evento do ano de 2011, foi aprovado o enunciado n. 528, que reconhece a possibilidade do testamento vital, nos seguintes termos: “é válida a declaração de vontade, expressa em documento autêntico, também chamado ‘testamento vital’, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade”.

Em 31 de agosto de 2012, o Conselho Federal de Medicina aceitou a Resolução CFM 1.995, reconhecendo o direito do paciente de expressar suas vontades pertinentes aos tratamentos médicos. De acordo com a norma mencionada, a vontade do paciente deve prevalecer sobre a dos seus representantes, o que reflete a autonomia individual. No caso de o paciente estar incapaz de se comunicar ou expressar suas vontades de maneira livre e independente, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. Caso o paciente tenha designado um representante para esse fim, as informações fornecidas por ele também serão consideradas pelo médico. No entanto, de acordo com a legislação, as diretivas antecipadas de vontade do paciente têm precedência sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive os desejos dos familiares. É importante destacar que as diretivas antecipadas de vontade podem ser registradas no prontuário médico sem a necessidade de formalidades adicionais.

O reconhecimento da eficácia das diretivas antecipadas de vontade também é encontrado no Código de Ética Médica. No parágrafo único do artigo 41 é estabelecido que nos casos de doença incurável e terminal, o médico deve oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis, evitando ações diagnósticas ou terapêuticas desnecessárias ou obstinadas. Nesse contexto, a vontade expressa do paciente ou, na impossibilidade deste, a vontade de seu representante legal deve ser sempre levada em consideração. No entanto, é proibido ao médico abreviar a

vida do paciente, mesmo que seja feito um pedido do próprio paciente ou de seu representante legal.

É notável que a positivação do testamento vital é uma necessidade em nível global. Como a população mundial está envelhecendo (IBGE, 2018), as pessoas idosas, em especial, poderão ser grandes beneficiários do reconhecimento legal deste instrumento, garantindo que os desejos de fim de vida sejam respeitados.

2. A essência do testamento vital: uma visão conceitual

Rizzardo (2019) afirma que o testamento, entendido como um ato de última vontade de uma pessoa e um negócio jurídico personalíssimo, não se limita apenas a questões patrimoniais, mas abrange também questões existenciais. É especialmente na ausência da capacidade de manifestar a vontade que o ato conhecido como testamento vital, se revela eficaz. Esse documento serve para oficializar a escolha do indivíduo que deseja encerrar os últimos momentos de sua existência, especialmente quando se encontra em estado vegetativo.

O testamento vital tem sido objeto de diversas definições, permitindo conceituar como documento redigido por uma pessoa plenamente capaz, dispondo sobre cuidados, tratamentos e procedimentos que deseja ou não ser submetida quando estiver impossibilitada de expressar sua vontade. (DADALTO, 2013). Dessa forma, pode-se entender que um dos objetivos dessa espécie de testamento é influenciar os médicos quanto a uma determinada forma de tratamento ou, simplesmente, quanto a não realização de tratamento, refletindo a vontade do paciente que pode estar incapaz de expressar sua vontade devido à doença. (LOMBARDI; SANTOS, 2019)

De acordo com Lombardi e Santos (2019), a terminologia testamento vital não é a mais precisa, vez que esse difere do testamento tradicional, posto que se refere à divisão e administração dos bens e direitos após a morte do testador. Os autores sugerem a utilização da expressão empregada na Espanha, ou seja, declarações antecipadas de últimas vontades, que são a expressão da vontade de um paciente em relação aos cuidados e tratamentos que deseja ou não receber quando estiver incapaz de expressar sua vontade livre e autonomamente. Além disso, essa prática também pode evitar futuras ações legais contra médi-

cos, uma vez que não comete qualquer crime ao não oferecer determinado tratamento a um paciente terminal.

Tepedino, Nevares, Meireles (2023) e Tartuce (2023) também corroboram com Lombardi e Santos. Consideram a terminologia tratamento vital como sinônimo de testamento biológico que visa proteger a dignidade do paciente terminal, dentro da ideia do binômio beneficência/não maleficência. Para Tartuce (2023), o artigo 15 do Código Civil é a base legal que viabiliza o que é proposto pelo instituto mencionado. Além disso, há uma proteção indireta à dignidade dos familiares do paciente terminal, que também sofrem com os males e dores enfrentados pela pessoa querida. Nesse contexto, menciona-se a solidariedade familiar, amparada pela proteção constitucional da solidariedade social, conforme estabelecido no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, sendo o art. 15 do Código Civil o suporte legal para a viabilidade do que se propõe pelo instituto.

Do exposto, uma pessoa pode dispor sobre seus momentos finais de vida caso esteja em estado terminal e não possua capacidade mental para decidir. Permite-se que a pessoa delibere sobre o tipo de tratamento ou a recusa de tratamento no caso de estar em estado terminal e incapaz de expressar sua vontade. Reconhece-se a validade desse ato de vontade na hipótese de recusa de tratamento médico ou na prática da eutanásia, com o objetivo de evitar o sofrimento quando não há perspectiva mínima de vida. São levados em consideração os princípios da dignidade humana e da liberdade, que são pilares do Estado de Direito brasileiro, garantidos pelos artigos 1º, inciso III, e 5º da Constituição, e que asseguram o direito da pessoa de decidir e realizar suas escolhas individuais sem interferências externas. (RIZZARDO, 2019)

Além disso, com base no artigo 15 do Código Civil, ninguém pode ser obrigado a se submeter, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. Isso também permite que o paciente seja poupado de tratamentos médicos extraordinários e fúteis, que apenas visam prolongar a vida, mas acarretam maiores riscos. (LOMBARDI; SANTOS, 2019)

Tartuce (2023, p. 406) complementa que deve haver o direito de morrer com dignidade, que pode ser baseado na cláusula geral de tutela da pessoa humana constante do art. 1.º, inciso III, da Constituição Federal. Trata-se de um direito personalíssimo, que deve ser reconhecido nas relações privadas estabelecidas entre médicos e pacientes; e entre ambos

e o hospital. Deve prevalecer “na ponderação ou na escolha moral em relação ao direito de se prolongar a vida de forma desnecessária”.

Na ausência de regulamentação legal sobre o assunto, qualquer pessoa que tenha pleno discernimento pode realizar um testamento vital. É importante ressaltar que, para pessoas com deficiência, a curatela apenas afetará os atos de natureza patrimonial e negocial, de acordo com o artigo 85 da Lei 13.146/15. Portanto, mesmo que a pessoa tenha uma deficiência, desde que ela compreenda o ato, não há impedimento para a realização do testamento vital. (TEPEDINO; NEVARES; MEIRELES, 2023)

O consentimento do paciente pode ser considerado como um dos elementos mais importantes do testamento vital. Em relação à manifestação da vontade no direito privado, é necessário considerar a capacidade civil, sob pena de viciar o ato jurídico. Para ser válido, o consentimento do paciente deve ser livre e esclarecido. A forma desse ato é livre, conforme estabelecido no artigo 107 do Código Civil, sendo necessário apenas que seja devidamente constatado e comprovado. Diferentemente do testamento, que possui uma série de formalidades complexas, esse ato não se enquadra nessas solenidades. (TARTUCE, 2023)

Deve-se observar que disposições contidas no testamento vital que não estejam de acordo com o ordenamento jurídico, como por exemplo pedido de eutanásia ou a recusa de cuidados paliativos, devem ser tidas por não escritas, devendo ser observadas apenas os pedidos que forem lícitos. (DADALTO, 2018)

Sobre a forma do testamento vital, recomenda-se que seja lavrado por escritura pública ou escrito particular com a presença de duas testemunhas, sem prejuízo do que dispõe o art. 2º, § 4º, da Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que prevê que o médico registrará, no prontuário do paciente, as diretivas antecipadas de vontade que lhes forem diretamente comunicadas. (TEPEDINO; NEVARES; MEIRELES, 2023)

Pode-se entender, por analogia ao testamento tradicional, que a intenção do paciente deve prevalecer sempre que for conhecida, podendo ser revogada enquanto o paciente for pessoa capaz. Trata-se de um instrumento ético e jurídico que permite ao indivíduo expressar a autonomia da vontade, podendo ser complementado com a nomeação de um procurador ou mesmo com um conjunto de instruções médicas tomadas previamente com o seu consentimento.

2.1 Garantindo o direito de decisão no fim da vida: a relevância do testamento vital para os idosos

A sociedade brasileira tem envelhecido rapidamente e, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), estima-se que, até 2060, a população de idosos no Brasil seja de 73 milhões de pessoas, representando 32,1% da população total. (IBGE, 2018). Os dados expõem a necessidade de reflexões sobre decisões de fim de vida, em especial as preferências dos idosos que são muitas vezes subestimadas no contexto médico. (SANTOS; SANTOS; FREITAS, 2019)

As pessoas idosas, pela ordem natural, estão mais próximas do fim da vida, sendo relevante a ciência da existência das diretrizes antecipadas de vontade. Ao adotá-las, asseguram que seus desejos serão honrados, permitindo assim um controle maior sobre as decisões concernentes aos cuidados em suas etapas finais de vida. O testamento vital acaba por possibilitar que os idosos, enquanto ainda possuem plenas capacidades cognitivas, determinem suas preferências em relação aos cuidados e tratamentos que gostariam (ou não) de receber caso se encontrem em uma situação em que não possam expressar sua vontade. (GOMES et al., 2018)

Gomes et al (2018), realizaram um estudo que avaliou o conhecimento e a intenção de fazer diretivas antecipadas de vontade em diferentes grupos, incluindo acompanhantes de idosos em um ambulatório geriátrico, professores e alunos de medicina. Constataram que apenas 20% dos participantes tinham conhecimento ou alguma ideia sobre essas diretivas. A maioria dos pacientes em estado terminal expressou preferência por falecer em casa, com cuidados paliativos, enquanto os demais optaram pela hospitalização.

Ainda, o mencionado estudo indicou que poucos participantes se empenharam na criação de diretivas antecipadas de vontade. No entanto, uma confiança predominante foi notada na capacidade de equipes médicas e familiares para respeitar suas decisões. Os achados apontam para a necessidade de um diálogo mais abrangente na sociedade em relação ao tema, com um enfoque particular nas esferas da educação e da assistência à saúde, com o objetivo de elevar o nível de conhecimento e a consciência sobre as diretivas antecipadas de vontade.

Ferreira e Nunes (2020), realizaram uma pesquisa em Portugal investigando como as informações sobre o testamento vital são verificadas e compartilhadas em um contexto hospitalar. Eles constataram

que a verificação da existência de diretivas antecipadas de vontade não é uma prática comum entre os profissionais do grupo estudado, sendo necessários novos estudos que explorem as razões por trás dessa conduta. Tais investigações podem fornecer instrumentos para a implementação de estratégias para promover uma prática profissional alinhada com os referenciais éticos e legais para os cuidados no fim da vida. A execução de estratégias de educação em saúde que aumentem a consciência dos profissionais sobre a existência, amplitude e limitações das diretivas antecipadas de vontade é um eixo de ação prioritário para as políticas públicas, tanto em Portugal quanto no Brasil, onde se espera a aprovação de uma lei relativa ao testamento vital.

Cogo e Lunardi (2015), em seu artigo citaram um estudo com 110 pacientes que constatou que o conhecimento acerca do testamento vital alcançou 0,13 pontos (referência de 0 a 10 pontos) entre os pacientes, aumentando para 9,56 a intenção da elaboração das diretivas antecipadas de vontade, depois de que foi apresentado o seu significado, com menor tendência de elaboração do testamento vital em pacientes de 21 a 30 anos, quando comparados aos de outras faixas etárias. A média de aceitação do testamento vital no Brasil, entre os pacientes, foi de 9,56. Nesse sentido, é inquestionável que o testamento vital deve ser positivado no Brasil, para assegurar os direitos de todas as pessoas em estado terminal e para respeitar suas dignidades.

Gervásio Borges, um idoso de 63 anos, recebeu em 2021 o diagnóstico de Esclerose Lateral Amiotrófica, depois de realizar consultas por 12 consultórios tentando descobrir a causa de câimbras, perda de peso e fraqueza. Esclerose Lateral Amiotrófica é uma doença degenerativa que causa paralisia motora, restando somente os movimentos dos olhos quando chega a fase mais avançada da doença. Ao receber o diagnóstico se despediu das viagens sobre duas rodas e, também, decidiu que não passaria no tempo que lhe resta, não mais que três anos de acordo com o prognóstico médico, por sofrimentos desnecessários. Ao fazer uso das diretivas antecipadas de vontade, percorreu que não desejava chegar à parte final da doença, quando a pessoa só mexe os olhos. Quer estar sedado e ir embora, sem prolongar a agonia. Ainda, deixou registrado no documento que não deseja a ventilação mecânica, alimentação por sonda e nada artificial. (OGLOBO, 2022)

Diante do exposto, as pessoas idosas ao aderirem as diretivas antecipadas de vontade, possuem a tranquilidade de que todos os seus desejos serão respeitados, a sua autonomia ainda prevalecerá, mesmo

elas não tendo mais consciência e capacidades cognitivas. Dessa forma, o testamento vital possui como objetivo garantir a dignidade e a liberdade de expressão do paciente até o fim de sua vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso aos cuidados de saúde tem influenciado na ampliação da expectativa média de vida da população a nível mundial, o que reflete no empenho de muitos indivíduos e organizações em postergar a morte a qualquer preço. Isso faz emergir a indagação sobre até que ponto algumas intervenções no processo de vida podem exceder os limites do que é considerado aceitável eticamente.

As pessoas idosas ao aderirem as diretivas antecipadas de vontade, possuem a tranquilidade de que todos os seus desejos serão respeitados, sendo que a sua autonomia ainda prevalecerá, mesmo elas não tendo mais consciência e capacidades cognitivas. Nesse contexto, o Testamento Vital poderá servir como um instrumento eficaz na garantia do respeito aos desejos da pessoa idosa. Ao adotar essa medida proativa, são refletidos, muitas vezes, os valores da pessoa, contribuindo para uma abordagem mais humanizada em relação à saúde e ao envelhecimento. Portanto, o testamento vital garante a dignidade e a liberdade de expressão do paciente até seus momentos finais.

REFERÊNCIAS

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.995/2012. Diário Oficial da União, 2012.

DADALTO, L. *Testamento vital: direito à dignidade*. São Paulo: Matrix, 2013.

_____. *Testamento vital na prática jurídica brasileira*. In: Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

COGO, SB; LUNARDI, VL. *Diretivas antecipadas de vontade aos doentes terminais: revisão integrativa*. Revista Brasileira de Enfermagem, v. 68, p. 464-474, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/reben/a/kkmHTkrnvBSTRD-mxrHfyrSf/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 12 jul. 2023.

FERREIRA, C.; NUNES, R. *Testamento vital: verificação e compartilhamento de informações em um hospital português*. Revista Bioética, v. 27, p. 691-698, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/8xQ67j4nrRFfHNJVpcy-jN4v/?lang=pt>. Acesso em: 11 jul. 2023.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA F, R. *Novo curso de direito civil: direito das sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GOMES, B. M. M. *et al.* *Diretivas antecipadas de vontade em geriatria*. Revista Bioética, 26(3), 429–439, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422018263263>. Acesso em: 2 jul. 2023.

IBGE. *Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2018.

ITALIA. Legge n. 219, 22 dicembre 2017, G.U. Serie Generale, n. 12 del 16 gennaio 2018. Numero Atti 59433. Ministero della Salute. Disponível em: <http://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/dettaglioAtto?id=62663&articolo=1>. Acesso em: 02 jul. 2023.

LOMBARDI, L. P. V.; SANTOS, M. C. C. L. dos. *Testamento vital: o instrumento jurídico para uma morte digna!* Revista Internacional Consinter de Direito, Paraná, Brasil, v. 5, n. 8, p. 581–596, 2019. Disponível em: <https://consinter.openjournalsolutions.com.br/index.php/ojs/article/view/242>. Acesso em: 11 jul. 2023.

OGLOBO. 'Só quero ser sedado e ir embora', diz portador de ELA, sobre *testamento vital para evitar terapias paliativas e abreviar sofrimento*. 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/so-quero-ser-sedado-ir-embora-diz-portador-de-ela-sobre-testamento-vital-para-evitar-terapias-paliativas-abreviar-sofrimento-25381946>. Acesso em: 12 jul. 2022.

PORTUGAL. Lei n. 25/2012 de 16 de julho de 2012. Diário da República, Porto, 16.07.2012. 1ª Série, n. 136, p. 3.728. Disponível em: <http://dre.pt/pdf1s/2012/07/13600/0372803730.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2023.

RIZZARDO, A. *Direito das sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS, R.; SANTOS, C.; FREITAS, A. *Autonomia e idosos: o papel do testamento vital*. Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia, 22(1), e180164, 2019.

TARTUCE, F. *Direito civil: direito das sucessões*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TEPEDINO, G.; NEVARES, A. L. M.; MEIRELES, R. M. *Fundamentos do direito civil: direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

IGUALDADE DE GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS

Gender equality and affirmative actions public policies

Gilk da Silva Santos¹

Sabrina Abreu Dagostin Zanatta²

INTRODUÇÃO

Pretende-se pela presente pesquisa enfatizar a importância de políticas públicas de ações afirmativas para mulheres, em razão da desigualdade de gênero ainda presente na sociedade brasileira.

Muito embora a Constituição Federal de 1988 (BRASIL) tenha normatizado questões pertinentes a igualdade de gênero, bem como ser o Brasil signatário de importantes Tratados Internacionais referente a erradicação de toda forma de discriminação e de combate à violência contra mulheres, persistem as diferenças entre gêneros. Seja nos espaços públicos ou espaços privados, as relações de poder e dominação do homem sobre a mulher continua sendo uma constante, uma vez que práticas discriminatórias, conforme observou Roberta Matos de Menezes, permanecem enraizadas na sociedade. (TERRA, 2021)

1 Gilk da Silva Santos. Universidade do Extremo Sul Catarinense- UNESC; **Núcleo de Pesquisa em Política, Estado e Direito –NUPED**. Discente Mestrado no Programa de pós-graduação em Ciência Sócio- econômicas. gilk.silva@fied.edu.br.

2 Sabrina Abreu Dagostin Zanatta. Universidade do Extremo Sul Catarinense- UNESC; **Núcleo de Pesquisa em Política, Estado e Direito –NUPED**. Discente Mestrado no Programa de pós-graduação em Direito. sabrina.zanatta@hotmail.com

Nesse sentido, políticas públicas de ações afirmativas se apresentam como essenciais para fomentar o processo de emancipação feminina.

Objetiva-se, portanto, nesta pesquisa evidenciar a importância de políticas públicas de ações afirmativas para mulheres, afim de modificar a dinâmica social fortemente estruturada no poder patriarcal, bem como demonstrar sua importância para que as mulheres se sintam inseridas e seguras dentro da sociedade em que vivem.

O método de abordagem será o dedutivo, isto é, do estudo geral para o particular, através de levantamento bibliográfico e documental da legislação pertinente ao tema, com destaque a artigos especializados, e no apontamento de algumas políticas públicas sociais e de ações afirmativas já desenvolvidas.

DESENVOLVIMENTO

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL) foi o marco da reconstrução do Estado Democrático de Direito. Além de todo o processo histórico e político que representa, a Constituição Federal, segundo Flávia Piovesan (2008), está estruturada no princípio da dignidade humana.

Os direitos fundamentais formam a base normativa da Carta Constitucional, sendo o referencial para modificações legislativas, posicionamentos jurisprudenciais e as ramificações de políticas públicas que se seguiram.

Portanto, a Carta Constitucional pautou o processo de redemocratização do Brasil trazendo avanços significativos na tutela aos direitos humanos, ampliando direitos individuais e coletivos, consolidando a cidadania das mulheres no espaço público e na vida familiar. (BARSTED, 2011)

Foi a partir da Constituição Federal de 1988, que se consolidou a igualdade material de homens e mulheres (art. 3º, III e art. 5º, *caput*). Trazendo outros avanços constitucionais, assegurando a igualdade de gênero no âmbito doméstico, bem como o planejamento familiar e o reconhecimento da união estável como entidade familiar, e o dever do Estado de coibir a violência doméstica (art. 226); a proibição da discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil, com a proteção especial da mulher no mercado de trabalho, mediante incentivos específicos (art. 7º).

Soma-se a isso os tratados internacionais que o Brasil é signatário que, que permitiram que o país avançasse em uma legislação para coibir a violência de gênero. Neste sentido, destacam-se a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, de 1979; a Declaração e o Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, de 1993; o Plano de Ação da Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento do Cairo, de 1994; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994 e a Declaração e a Plataforma de Ação da Conferência Mundial sobre a Mulher de Pequim, de 1995.

Não basta, no entanto, estarem constitucionalmente garantidos, é essencial que estes direitos estejam inseridos na sociedade, se consolidem e possibilitem a efetivação da igualdade. Para isso, políticas pública pela vertente das ações afirmativas se apresentam como necessárias para romper com as práticas discriminatórias sedimentadas histórica e culturalmente.

Dentro deste contexto, as políticas públicas se apresentam, de acordo com Machado; Andrade (2021) como um instrumento de reequilíbrio de grupos socioeconomicamente mais vulneráveis a condições mais igualitárias de disputar as oportunidades existentes.

Levando em consideração o Estado de bem-estar social em que está pautado o ordenamento jurídico pós- 88, as ações afirmativas se tornam essenciais para o desenvolvimento de políticas e programas que visem a criação de ferramentas facilitadoras para a busca da igualdade formal e material. (MACHADO; ANDRADE, 2021)

Entendendo que as políticas públicas sociais buscam atender demandas específicas da sociedade relativamente aos grupos mais vulneráveis, as políticas públicas de ações afirmativas às mulheres atuam de forma a reconhecer a discriminação sofrida por este grupo, em razão da hierarquia de gênero em que se estrutura a sociedade, objetivando romper com este sistema culturalmente aceito. (VIGANO, 2019)

As ações afirmativas, neste caso, são vistas como uma forma de reparação histórica de uma construção social alicerçada no patriarcado, procurando, assim, diminuir a desigualdade de gênero dela decorrente.

O processo histórico assentado no androcentrismo está de tal forma enraizado na sociedade, que apenas a ideia de igualdade de gênero constitucionalmente garantida não é suficiente, sendo necessárias a inserção de políticas públicas, que vem propiciando as fissuras no tecido social. A intervenção estatal, segundo Friedrich; Leite; Gareff (2023), é

necessária para romper com as práticas discriminatórias, para a efetivação dos direitos fundamentais, através de uma atuação estatal positiva.

Neste sentido é que, após a Constituição Federal de 1988 houve um período benéfico referente a produção de uma legislação mais inclusiva, regulamentando os artigos constitucionais.

Também as recomendações internacionais relacionadas aos tratados em que o Brasil se tornou signatário, influenciaram na promoção de uma agenda política mais incisiva referente a proteção e aos direitos das mulheres.

Dentre elas as Leis nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994 e nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que regulamentou a união estável; as Leis nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, nº 13.045 de 25 de novembro de 2014 e nº 14.443 de 02 de setembro de 2022, que dispõe sobre o planejamento familiar e atendimento à saúde; as Leis nº 9.029, de 13 de abril de 1995, nº 9.799 de 26 de maio de 1999, que proíbem a discriminação de gênero no âmbito do trabalho e fomentam o ingresso de mulheres no mercado de trabalho, mais recentemente foi promulgada a Lei nº 14.611 de 03 de julho de 2023, que dispõe sobre a igualdade salarial entre homens e mulheres; as Leis de nº 10.778 de 24 de novembro de 2003 e nº 13.931 de 10 de dezembro de 2019, que trata sobre a notificação compulsória quando do atendimento de mulheres em serviços de saúde vítimas de violência familiar; dentro deste contexto cita-se ainda a Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, bem como a Lei 14.149 de 05 de maio de 2021, que dispõem sobre o combate a violência de gênero; culminando com Lei 13.104 de 09 de março de 2015, que prevê o feminicídio como qualificadora do crime de homicídio; Lei de nº 10.224 de 15 de maio de 2001, que trata sobre o crime de assédio sexual, e por fim, a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que dispõe sobre as cotas nas eleições, com reserva mínima de 30% para candidatas mulheres, somando-se a Lei de nº 14.192 de 04 de agosto de 2021, que trata sobre a violência de gênero na política.

Além da regulamentação legislativa, houve e ainda há uma agenda política intensa referente a ações afirmativas, através de programas de incentivo a emancipação feminina, alertando sobre os seus direitos, a sua importância e sua valorização, tanto em suas relações privadas, quanto públicas. Através de campanhas educativas ou capacitação profissional, realizadas por ação governamental ou privada.

Entretanto, apesar de grande avanço legislativo apresentado nas últimas décadas, a igualdade material de gênero ainda não está, no todo,

efetivada. A violência de gênero ocorre diariamente, às vezes visíveis aos olhos, às vezes camufladas no costume de uma sociedade estruturada no patriarcado. Neste sentido destaca Rebecca Reichmann Tavares:

Até mesmo quando as proteções e garantias legais se fazem presentes, os braços do Estado não são suficientemente longos para neutralizar as profundas tradições culturais, que continuam relegando as preocupações das mulheres à esfera privada. Os papéis tradicionais de mulheres e homens estão ainda tão entranhados que a implementação de leis que desafiam a subordinação “naturalizada” das mulheres tornou-se um desafio crítico no país. (2021, p. 09)

Portanto, as políticas públicas continuam sendo primordiais para erradicação das desigualdades. Para isso, a atuação e vigilância de grupos feministas têm papel fundamental para a mobilização e transformação da sociedade, exercendo pressão para que o Estado permaneça se fazendo presente no meio social, dentre outros fatores, através de ações afirmativas.

Entender que a emancipação feminina é um processo gradual, que passa pela conscientização da sociedade, permite compreender a importância da atuação do Estado em fomentar, através de políticas públicas, ações afirmativas de igualdade de gênero.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, a igualdade de gênero, apesar de constitucionalmente tutelada, não se efetiva por si só, necessitando que o Estado fomente políticas públicas, para sua consolidação. Ações afirmativas que permitam que mulheres saiam da condição de vulnerabilidade e tenham acesso a plena cidadania.

Não há como negar que nas últimas três décadas houve avanços significativos referente aos direitos das mulheres. A Constituição Federal de 1988 traçou os princípios fundamentais que nortearam uma produção legislativa inclusiva referente à igualdade de gênero. Soma-se a isto, a assinatura pelo estado brasileiro de importantes tratados internacionais no enfrentamento à erradicação da desigualdade de gênero.

Entretanto, esta desigualdade ainda está presente na sociedade brasileira, seja nos centros urbanos ou rurais. Nos espaços públicos ou domésticos. Acentuando-se quando em perspectiva as questões raciais e de classe.

Outrossim, é imprescindível uma constante vigilância e comprometimento estatal, frente os compromissos assumidos internacionalmente, bem como a efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos, objetivando a construção de uma sociedade mais igualitária.

O desafio atualmente é promover a conscientização acerca da dinâmica de poder hierárquico e de dominação exercido pelo sistema patriarcal, estruturalmente enraizado e aceito socialmente e a forma para a sua desconstrução. As políticas públicas aparecem, neste sentido, como poderoso instrumento para esgarçar o tecido social e modificar a dinâmica da sociedade, para a efetivação da igualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline- organizadoras. **O progresso das mulheres no Brasil 2003-2010**. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011.

BIROLI, Flávia. **Gênero e Desigualdades- limites da democracia no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 jul. 2023.

FRIEDRICH, D. B.; LEITE, L. M. F.; GRAEFF, G. de S. Ações afirmativas de gênero na esfera política: um breve resgate na história recente do Brasil. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas(UNIFAFIBE)**,v.11, n.1, p.215–238, 2023. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br:443/revista/index.php/direitos-sociais-politicas>. Acesso em: 19 jul. 2023.

MACHADO, M. S.; ANDRADE, D. . A. de. Políticas públicas e ações afirmativas: um caminho (ainda) possível na busca pela igualdade e justiça de gênero no Brasil?. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]**, [S. l.], v. 22, n. 2, p. 351–

376, 2022. DOI: 10.18593/ejil.27309. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico>. Acesso em: 24 jul. 2023.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade de gênero na Constituição Federal: os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil. **Os alicerces da redemocratização. Brasília, DF: Senado Federal: Instituto Legislativo Brasileiro**, v. 1, p. 349-377, 2008. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/>. Acesso em 25 de jul.2023.

TERRA, Bibiana; DIOTTO, Nariel; FUNKE, Roana- org. Diálogos de Gênero: perspectivas contemporâneas. vol.2 Cruz Alta: Ilustração, 2021.

VIGANO, Samira de Moraes Maia; LAFFIN, Maria Hermínia Lage Fernandes. Mulheres, políticas públicas e combate à violência de gênero. **História (São Paulo)**, v. 38, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/his/a/Sy6nh8bjBh-KTxpTgGmLhbtL/?lang=pt&format=html>. Acesso em 24 jul. 2023.

IMPACTOS DA COVID-19 SOBRE A SAÚDE MATERNO-INFANTIL NO BRASIL

Impacts of COVID-19 on maternal and child health in Brazil

Johana Cabral¹

Andrea Silva Albas Cassionato²

Juliana Toralles dos Santos Braga³

-
- 1 Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC); Mestre em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense; integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC; Bolsista PROSUC/CAPES; Integrante do projeto de pesquisa “Articulação intersetorial para proteção de crianças e adolescentes contra a violação de direitos”, financiado pelo CNPQ. Email: johana cabral712@hotmail.com.
 - 2 Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC); Mestre em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR; integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC; Bolsista PROSUC/CAPES; Integrante do projeto de pesquisa “Articulação intersetorial para proteção de crianças e adolescentes contra a violação de direitos”, financiado pelo CNPQ. Email: andreacassionato@yahoo.com.
 - 3 Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC); Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande; 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; Bolsista PROSUC/CAPES; Integrante do projeto de pesquisa “Articulação intersetorial para proteção de crianças e adolescentes contra a violação de direitos”, financiado pelo CNPQ. Email: jutsb@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente estudo trata da saúde materno-infantil. Tem por objetivo geral analisar os impactos da pandemia da COVID-19 sobre a saúde materno-infantil, no Brasil. Os objetivos específicos, por sua vez, são: apresentar o Marco Legal da Primeira Infância; contextualizar a pandemia mundial da COVID-19, bem como sua ocorrência no Brasil; e analisar os impactos da COVID-19 sobre a saúde materno-infantil, no Brasil. Para tanto, formulou-se o seguinte problema: quais os impactos da COVID-19 sobre a saúde materno-infantil, no Brasil? A hipótese aventada foi a de que a COVID-19 impactou diretamente a vida e a saúde de crianças e adolescentes brasileiros, sobretudo as crianças na primeira infância, resultando em grave violação aos direitos humanos e fundamentais de crianças até seis anos. Na realização desse estudo, foram utilizados o método de abordagem dedutivo, o de procedimento monográfico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

DESENVOLVIMENTO

Ao reconhecer as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos, em processo de desenvolvimento, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no artigo 277, *caput*, os seus direitos fundamentais, os quais compreendem: “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” (BRASIL, 1988). Referidos direitos serão assegurados pela família, sociedade e Estado, com absoluta prioridade.

Ainda, o artigo 227, § 1º, da Constituição Federal de 1988 determinou que o Estado ofertará programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação das entidades não-governamentais, mediante políticas específicas, obedecendo, dentre outros, ao preceito da aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil (BRASIL, 1988).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), delineou o direito à vida e à saúde, nos artigos 7º ao 14. Assim, o artigo 7º estatui que: “[a] criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições

dignas de existência” (BRASIL, 1990). Com a Lei nº 13.257/2016, deu-se a instituição do Marco Legal da Primeira Infância. Isso porque:

[e]vidências científicas de diferentes áreas do conhecimento apontam para a importância dos primeiros anos de vida. É nessa etapa que o cérebro mais se desenvolve e a aprendizagem e o desenvolvimento de habilidades nos diferentes domínios ocorrem com maior facilidade. Portanto, a primeira infância é considerada uma grande “janela de oportunidade” quando se trata de desenvolvimento humano. (FUNDAÇÃO MARIA CECILIA SOUTO VIDIGAL, 2022, p. 9)

A Lei nº 13.257/2016 estabeleceu, então, os princípios e as diretrizes para a formulação e a implementação das políticas públicas para a primeira infância, período que abrange os primeiros seis anos completos ou os setenta e dois meses de vida da criança. Essa Lei alterou a redação, dentre outros, dos artigos 8º, 9º, 11, 12, 13 e 14 do Estatuto da Criança e do Adolescente, situados no capítulo relativo aos direitos fundamentais à vida e à saúde. Portanto, alguns direitos foram ampliados ou detalhados (BRASIL, 2016).

No que tange à saúde, são assegurados às gestantes: nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério, bem como o atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, consoante a previsão do artigo 8º, *caput*. Prevê, ainda, a garantia às mulheres e aos seus filhos recém-nascidos – pelos serviços de saúde onde o parto for realizado –, de alta hospitalar responsável, além de contrarreferência na atenção primária, e o acesso aos demais serviços e grupos de apoio à amamentação (artigo 8º, § 3º). As gestantes possuem o direito, também, a receber orientação sobre o aleitamento materno, a alimentação complementar saudável, e sobre o crescimento e desenvolvimento infantil – inclusive as formas de favorecer a criação de vínculos afetivos e estimular o desenvolvimento integral da criança (artigo 8º, § 7º). Ainda, o direito ao parto natural cuidadoso, estabelecendo-se a aplicação de cesariana por motivos médicos (artigo 8º, § 8º). No artigo 8º, § 9º, consta que a atenção primária à saúde procederá a busca ativa da gestante que não iniciar ou abandonar as consultas de pré-natal, assim como da puérpera que não comparecer às consultas após o parto (BRASIL, 1990).

No artigo 11, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, está assegurado o acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS. No artigo 13, § 2º, a previsão da máxima prioridade no atendimento a crianças na faixa etária da primeira infância, com suspeita ou confirmação de violência de qualquer natureza, por parte dos serviços de saúde – em suas diferentes portas de entrada –, dos serviços de assistência social, do Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS e demais órgãos do Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente. Para tanto, deverão formular projeto terapêutico singular, incluindo a intervenção em rede e, caso preciso, seja ofertado o acompanhamento domiciliar. No artigo 14, *caput*, está assegurada a assistência médica e odontológica para a prevenção de enfermidades que afetam a população infantil. No artigo 14, § 1º, consta a obrigatoriedade da vacinação das crianças nos casos recomendados por autoridades sanitárias. No artigo 14, § 5º, a obrigatoriedade, nos primeiros dezoito meses de vida, de aplicação de protocolo ou outro instrumento que facilite a detecção – em consulta pediátrica de acompanhamento da criança –, de risco ao desenvolvimento psíquico (BRASIL, 1990).

A pandemia da COVID-19 trata-se de uma doença infectocontagiosa, a qual é causada pelo coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2: SARS-CoV-2. A COVID-19 impactou o mundo, tornando-se um dos maiores desafios do século XXI (BRITO; BRAGA; CUNHA; PALÁCIO; TAKENAMI, 2020). “Seus impactos ainda são inestimáveis, mas afetam direta e/ou indiretamente a saúde e a economia da população mundial” (BRITO; BRAGA; CUNHA; PALÁCIO; TAKENAMI, 2020, p. 55).

Os primeiros casos da doença foram reportados por Wuhan, cidade chinesa, em dezembro de 2019. Com alto potencial de disseminação, o vírus rapidamente se espalhou pelo mundo: primeiro, pelo continente asiático, com registros na Tailândia, no Japão e na Coreia do Sul, nos primeiros vinte dias de janeiro de 2020. Em 23 de janeiro de 2020, foram registrados os primeiros casos nos Estados Unidos da América. No Brasil, o primeiro caso ocorreu no dia 26 de fevereiro de 2020, no Estado de São Paulo (BRITO; BRAGA; CUNHA; PALÁCIO; TAKENAMI, 2020). Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde – OMS declarou a situação como pandemia mundial. A partir de então, diferentes medidas sanitárias foram adotadas, com o objetivo de conter

a propagação do vírus: uso de máscara, utilização do álcool gel 70°, lavagem das mãos e isolamento social, foram algumas delas (LEMOS, 2023).

O Brasil e os demais países do mundo abriram o ano de 2021 com o desafio de vacinar a população e, dessa forma, conter o agravamento da pandemia e as mutações do código genético do novo coronavírus. Ao longo dos meses de 2021 até o primeiro semestre de 2022, o Brasil viveu ondas de contágio, com períodos de estabilidade nos números de infectados, internações e mortes e outros com picos de transmissão. Também observou-se o surgimento de variantes do vírus. Tais situações mantiveram os alertas sobre a doença na pauta da agenda pública. Neste breve contexto sobre a disseminação da doença, vale dizer que o fim do estado de emergência pela pandemia da covid-19 no Brasil foi anunciado pelo Ministério da Saúde em 17 de abril de 2022. (LEMOS, 2023, p. 24)

A nível global, a COVID-19 já provocou 6.948.764 (seis milhões, novecentos e quarenta e oito mil, setecentos e sessenta e quatro) mortes, consoante dados atualizados em 05 de julho de 2023 (WHO, 2023). No Brasil, a pandemia da COVID-19 provocou 704.159 (setecentos e quatro mil, cento e cinquenta e nove) óbitos, segundo dados atualizados no dia 07 de julho de 2023 (BRASIL, 2023). No entanto, para além das mortes geradas, a COVID-19 impactou diretamente a vida das crianças e dos adolescentes, no Brasil e no mundo. Mudou a realidade do trabalho em saúde – tanto o ambulatorial, quanto o hospitalar – (ALMEIDA; CARVALHO; LAMY; ALVES; POTY; THOMAZ, 2022) e “[...] alterou a dinâmica da oferta de serviços, especialmente os eletivos, a exemplo das consultas e exames de pré-natal, causando prejuízo à integralidade do cuidado à mãe e à criança” (ALMEIDA; CARVALHO; LAMY; ALVES; POTY; THOMAZ, 2022, p. 03).

Com o intuito de verificar os efeitos da pandemia na vida e atenção às crianças de até seis anos de idade, bem como as suas famílias, a Fundação Maria Cecília Souto Vidigal – que trabalha, desde 2007, pela causa da primeira infância – desenvolveu, em parceria com o Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF e o Itaú Social, a pesquisa intitulada “Desigualdades e Impactos da covid-19 na atenção à primeira infância”. O documento aponta que a COVID-19 provocou impactos imediatos na primeira infância, os quais podem

produzir consequências a médio e longo prazos (FUNDAÇÃO MARIA CECILIA SOUTO VIDIGAL, 2022).

Sobre os impactos na saúde materno-infantil, o relatório apontou o agravamento de certos indicadores, como: a diminuição ou mesmo interrupção no número de consultas de pré-natal; a redução ou suspensão dos serviços e atividades de natureza coletiva – como os grupos de gestantes, famílias gestantes e mães/famílias com crianças na primeira infância; o aumento vertiginoso da razão de mortalidade materna; aumento dos partos por cesárea; a queda na cobertura vacinal (em aproximadamente 26%); a diminuição dos registros de consultas para avaliar o crescimento e o desenvolvimento da criança; a queda das consultas de pré-natal; bem como o aumento da prematuridade e do baixo peso ao nascer (FUNDAÇÃO MARIA CECILIA SOUTO VIDIGAL, 2022).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia da COVID-19 afetou o Brasil e o mundo, modificando as rotinas, vidas e realidades sociais. Em diversas áreas, suas consequências foram duramente sentidas, como a economia, a saúde e a educação. Esta pesquisa objetivou analisar os impactos da pandemia da COVID-19 sobre a saúde materno-infantil, no Brasil.

Na primeira parte da pesquisa, fez-se uma breve apresentação do Marco Legal da Primeira Infância, que decorre da Lei nº 13.257/2016, bem como da compreensão de que os primeiros anos de vida são primordiais para o desenvolvimento da aprendizagem e formação das habilidades, vez que ocorrem mais facilmente. Assim, as políticas públicas destinadas à primeira infância – período que abrange os seis primeiros anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida – possuem determinadas áreas tidas como prioritárias, dentre elas a saúde.

Logo em seguida, fez-se a contextualização da pandemia da COVID-19, uma doença infectocontagiosa que surgiu no final do ano de 2019, em uma cidade chinesa e rapidamente se espalhou pelo mundo, impactando não só os sistemas de saúde, mas a economia global. As mortes foram a consequência mais lamentável da COVID-19, no Brasil chegando ao patamar de 704.159 (setecentos e quatro mil, cento e cinquenta e nove) óbitos, segundo a divulgação oficial atualizada em 07 de julho de 2023.

Na terceira parte, então, foram analisados os impactos da COVID-19 sobre a saúde materno-infantil brasileira. Verificou-se que a pandemia da COVID-19 agravou determinados indicadores, levando, dentre outros: à diminuição ou interrupção das consultas de pré-natal; à redução ou suspensão dos serviços e das atividades de natureza coletiva, voltadas à saúde de mães, gestantes e famílias com crianças na primeira infância; ao aumento da mortalidade materna; dos nascimentos prematuros e do baixo peso dos neonatos; ao aumento dos partos por cesariana; à queda na cobertura vacinal e das consultas pré-natal e pós-natal.

Este estudo partiu do seguinte problema de pesquisa: quais os impactos da COVID-19 sobre a saúde materno-infantil, no Brasil? Os resultados iniciais levaram à confirmação da hipótese, no sentido de que a COVID-19 impactou a vida e a saúde de crianças e adolescentes brasileiros, mormente das crianças na primeira infância, o que revela a grave violação aos direitos humanos e fundamentais das crianças até seis anos, no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rebeca Aranha Arrais Santos; CARVALHO, Ruth Helena de Souza Britto Ferreira de; LAMY, Zeni Carvalho; ALVES, Maria Teresa Seabra Soares de Britto; POTY, Nalma Alexandra Rocha de Carvalho; THOMAZ, Erika Barbara Abreu Fonseca Thomaz. Do pré-natal ao puerpério: mudanças nos serviços de saúde obstétricos durante a pandemia da COVID-19. *Texto & Contexto Enfermagem*, Florianópolis, v. 31, p. 1-15. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 jul. 2023.

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/L8069compilado.htm. Acesso em: 07 jul. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016*. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto

da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 07 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. COVID-19: Painel Coronavírus. Atualizado em: 07/07/2023. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 07 jul. 2023.

BRITO, Sávio Breno Pires; BRAGA, Isaque Oliveira; CUNHA, Carolina Coelho; PALÁCIO, Maria Augusta Vasconcelos; TAKENAMI, Iukary. Pandemia da COVID-19: o maior desafio do século XXI. *Vig. sanit. debate*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 54-63. 2020.

FUNDAÇÃO MARIA CECILIA SOUTO VIDIGAL. *Desigualdades e impactos da covid-19 na atenção à primeira infância*. São Paulo, setembro de 2022. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/media/20221/file/desigualdades-e-impactos-da-covid-19-na-atencao-a-primeira-infancia.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2023.

LE MOS, Ariane Barbosa. Comunicação pública e qualidade da informação em tempos de pandemia de covid-19: um estudo sobre os boletins epidemiológicos publicados pela Prefeitura de Frutal, Minas Gerais. *Reciis – Revista Eletrônica de Comunicação, Informação & Inovação em Saúde*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 18-32, jan./mar. 2023.

WHO. *WHO Coronavírus (COVID-19) Dashboard*. Atualizado em: 05/07/2023. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em: 07 jul. 2023.

LEI 14.443/2022: IDADE MÍNIMA PARA PROCEDIMENTOS DE ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA E AUTONOMIA PRIVADA

Law 14.443/2022: minimum age for voluntary sterilization procedures and private autonomy

Geórgia Manfroí¹

Victória Barboza Sanhudo²

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 assegurou o planejamento familiar com fundamento na dignidade da pessoa humana e no princípio da paternidade responsável, sendo aquele de livre decisão do casal e competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (art. 226, § 7º.). O dispositivo em questão

1 Geórgia Manfroí. Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões e em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Pesquisadora do grupo de pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal”, vinculado ao PPGD da FMP/RS, sob coordenação do prof. Conrado Paulino da Rosa. Endereço eletrônico: georgia27.m@gmail.com@gmail.com.

2 Victória Barboza Sanhudo. Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Pesquisadora do grupo de pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal”, vinculado ao PPGD da FMP/RS, sob coordenação do prof. Conrado Paulino da Rosa. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Advocacia – ESA/OAB. Advogada. Endereço eletrônico: victoriabsanhudo@gmail.com.

reclamou regulamentação específica, o que ensejou a elaboração da Lei 9.263/1996.

Entretanto, diante das variadas transformações sociais, os operadores do Direito passaram a questionar pontos específicos da Lei, os quais violariam alguns princípios relevantes, correndo o risco de ser vista como verdadeiro retrocesso. Entre os alvos, pode ser mencionada a condição de que os indivíduos que solicitarem o procedimento de esterilização voluntária sejam maiores de 25 anos de idade ou, pelo menos, tenham dois filhos vivos.

Após muitas discussões, além da propositura das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 5097 e 5911, finalmente foi sancionada a Lei 14.443/2022, responsável por alterar alguns pontos que geravam intensos debates na legislação anterior.

A partir dessa conjuntura, a presente pesquisa busca questionar se a modificação recentemente realizada, que alterou a idade mínima de 25 para 21 anos para esterilização voluntária, está em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o que dispõe o Código Civil Brasileiro acerca da aquisição da capacidade civil, ou se subsistem lacunas a serem discutidas e aprimoradas.

A hipótese levantada é a de que a Lei do Planejamento Familiar (Lei 9.263/1996), mesmo com a redação dada pela Lei 14.443/2022, permanece obstaculizando o livre planejamento familiar e prejudicando, em alguma medida, a materialização da autonomia privada dos jurisdicionados ao exigir idade mínima para realização de laqueadura e vasectomia.

Para atingir a finalidade a que se propõe, na presente pesquisa, que possui natureza aplicada, utiliza-se o método dedutivo abordado qualitativamente com objetivo exploratório, sendo que, dentre as técnicas de pesquisa, são privilegiadas a bibliográfica, documental e legislativa, a fim de formar uma imagem completa sobre o tema e sua complexidade.

DESENVOLVIMENTO

Em 1996, foi sancionada a Lei 9.263, que afastou a omissão histórica do Brasil no que toca ao planejamento familiar, uma vez que ausente regulamentação, e passou a legislar, inclusive prevendo o custo da esterilização cirúrgica no sistema público de saúde. Essa lei foi respon-

sável por regulamentar o art. 226, § 7º., da Constituição Federal, sobretudo ao conceituar planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Entretanto, apesar do grande avanço, o fato da lei prever a necessidade de se ter idade superior a 25 anos ou de haver dois filhos vivos para que pudesse ser realizada a esterilização cirúrgica passou a causar desconforto entre os estudiosos. Dentre as críticas, a Lei teria inobservado os direitos à autonomia corporal, à autonomia reprodutiva e à liberdade individual, o que infringia gravemente a dignidade da pessoa humana, basilar no ordenamento jurídico pátrio.

Sob a perspectiva de que o respeito ao livre exercício dos direitos reprodutivos e sexuais é peça fundamental para que os indivíduos obtenham bom desenvolvimento físico, mental, intelectual e moral, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5097/2014 pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), com a participação do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) como *amicus curiae*. No mérito, a ação postulava que fosse declarada a inconstitucionalidade parcial quanto à exigência de idade superior a 25 anos ou à existência de dois filhos vivos para a realização da esterilização cirúrgica, e a inconstitucionalidade total do § 5º. do art. 10º. da mesma Lei (MENDES, 2021). Todavia, em decisão monocrática, o relator entendeu prejudicada a ação, já que o dispositivo atacado foi revogado pela Lei 14.443/2022 (BRASIL, 2022, p. 04). Em 2018, tratando da mesma temática, foi proposta a ADI 5911, que atualmente está conclusa para decisão do relator, ministro Nunes Marques, após emissão de parecer da Procuradoria-Geral da República se manifestando também pela prejudicialidade.³

As críticas à legislação pertinente ao planejamento familiar resultaram na elaboração do Projeto de Lei 7.364, em 2014, de autoria da deputada Carmen Zanotto (Cidadania). Em março de 2022, o projeto foi aprovado na Câmara e, em agosto do mesmo ano, no Senado, tendo sido, posteriormente, transformado na Lei 14.443/2022 (AGÊNCIA SENADO, 2022).

Em vigor desde o primeiro semestre de 2023, a Lei foi responsável por alterar pontos de discussão e divergência entre os operadores de carreiras jurídicas. Entre as mudanças a serem destacadas, pode ser

3 Andamento processual disponível para consulta pública em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5368307>.

mencionada a diminuição da idade mínima de homens e mulheres para realização de esterilização voluntária, de 25 para 21 anos. É válido ressaltar que esse limite mínimo de idade não é exigido a quem já tem, ao menos, dois filhos vivos, conforme se extrai do art. 10, I, do referido diploma legislativo. Além disso, mediante a revogação do § 5º. do art. 10, concretizou a dispensa absoluta do aval do cônjuge para o procedimento de laqueadura e vasectomia, crítica mais recorrente entre os operadores do direito⁴, eis que o antigo dispositivo legal estava estreitamente relacionado ao modelo de família tradicional, inclusive patriarcal.

Uma vez que a responsabilidade quanto à gravidez e à criação dos filhos ainda recai com um maior peso sobre o gênero feminino, o reflexo de requerer autorização do cônjuge também incide de forma muito mais abrasiva sobre a mulher, pois existe, no imaginário social, padrão que a vincula à imutável função materna. Prova disso é que o estudo “Estatísticas de Gênero - Indicadores sociais das mulheres no Brasil” relativo ao ano de 2021, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), aponta que a presença de crianças de até 3 anos no domicílio é fator marcante no que tange à determinação da ocupação de mulheres no mercado de trabalho (IBGE, 2021, p. 03).⁵

Tal presunção não mais pode subsistir atualmente, porquanto as diversas modalidades de família existentes na sociedade contemporânea afastam o entendimento que outrora prevalecia, segundo o qual, para a construção de uma família, era necessária a procriação. O fato da desbiologização dos vínculos materno ou paterno-filiais desde há muito já era percebido por João Baptista Villela (1979, p. 408), para quem “ser

4 A esse respeito, veja-se, por exemplo, o posicionamento de Paulo Luiz Neto Lôbo (2022): “O § 5º do art. 10 da Lei n. 9.263/96 estabelece regra de duvidosa constitucionalidade, no sentido de que, na vigência da sociedade conjugal, a esterilização voluntária depende do expreso consentimento de ambos os cônjuges. A constitucionalidade dessa regra foi submetida à apreciação do STF, na ADI 5.097. Parece-nos violadora dos princípios da dignidade da pessoa humana, da autodeterminação pessoal e da privacidade, além de que a esterilização voluntária não é incompatível com o planejamento familiar.”

5 De forma mais detalhada, as estatísticas apontaram que as mulheres ocupadas que tinham crianças de até 3 anos, em relação à parcela da população em idade de trabalhar (PIT), é 54,6% abaixo dos 67,2% daquelas que não possuem. Já o nível de ocupação dos homens é superior ao das mulheres em ambas as situações, merecendo destaque o fato de que a ocupação masculina é até mesmo maior quando há crianças de até 3 anos de idade no mesmo domicílio (IBGE, 2021, p. 03).

pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir”.

Outra alteração relevante foi o fato de permitir à mulher a esterilização cirúrgica durante o período de parto, procedimento que não era autorizado na lei anterior, exceto em casos de comprovada necessidade, como, por exemplo, sucessivas cesarianas anteriores. O procedimento deve observar o prazo mínimo de 60 dias entre a manifestação da vontade e o parto, bem como as devidas condições médicas (art. 10, § 2º.).

Ainda, o mesmo prazo de 60 dias deve ser observado entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico nos demais casos. Nesse período, é propiciado à pessoa interessada acesso a serviços de regulação da fecundidade, inclusive aconselhamento por equipe multidisciplinar, com vistas a desencorajar a esterilização precoce (art. 10, I). A pessoa interessada deverá, ainda, receber informações sobre os métodos contraceptivos reversíveis, como pílulas anticoncepcionais, dispositivos intrauterinos (DIU), entre outros, como também sobre riscos e benefícios da realização da laqueadura ou da vasectomia. Se, ainda assim, decidir pelo procedimento, deverá assinar um termo de consentimento livre e esclarecido, atestando que está ciente de todas as informações fornecidas.

A Lei incluiu o prazo máximo de 30 dias para disponibilização de qualquer método e técnica de contracepção cientificamente aceitos, que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. Reiterou que o processo deve se dar mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre riscos, vantagens, desvantagens e eficácia (art. 9º).

A partir disso, resta questionar se as mudanças implementadas foram, de fato, efetivas para salvaguardar o direito ao livre planejamento familiar, constitucionalmente consagrado, bem como os direitos sexuais e reprodutivos. Ao analisar-se a questão sob um panorama ampliado, verifica-se, à guisa de primeiras reflexões, que a Lei ainda apresenta pontos que podem ser discutidos, o que, porém, não anula os avanços que, graças à atualização promovida, foram obtidos.

À exaustão, pontua-se que todos têm direito ao planejamento familiar, sobretudo porque se trata tanto de direito fundamental – na perspectiva de que pode ser invocado nas relações do indivíduo com o Estado –, como de direito de personalidade, no sentido de que pode ser aplicado também no campo das relações privadas (SCHREIBER, 2014, p. 13). À vista disso, não pode ser examinado dissociado da autonomia privada e da mínima intervenção estatal nas relações familiares, prin-

cípios que vêm ganhando maior relevo no cenário do Direito de Família contemporâneo.

Atualmente, impera o entendimento segundo o qual não se admite intervenções estatais que visem, em maior ou menor grau, diminuir a liberdade do sujeito dentro de sua esfera familiar, sendo cabível essa intromissão tão somente em casos excepcionais (FACHINI, 2021, p. 123). O reconhecimento da autonomia dos indivíduos, especialmente dos membros das entidades familiares, está pautado na ideia de autogoverno, de aceitar a elaboração de leis próprias, que guiarão sua vida e seu projeto de vida, em coexistência com as normas heterônomas já postas (TEIXEIRA, 2018, p. 95).

Isso porque a condição dessa liberdade para “simplesmente ser”, na lição de Ana Carolina Brochado Teixeira (2018, p. 77), é essencial para que o indivíduo viva dignamente, devendo ser respeitada sua identidade e serem conferidas as condições básicas a fim de que sua dignidade humana seja materializada. Ao indivíduo, deve ser dada a possibilidade de, verdadeiramente, ser dono da sua própria existência, encaminhando suas escolhas na direção que mais lhe traga realização, sobretudo porque o pluralismo é um dos valores centrais no Estado Democrático de Direito em que vivemos (TEIXEIRA, 2018, p. 80-81).

Prova dessa autonomia existencial e da não tolerância a ingerências arbitrárias por parte do Estado, tem-se o art. 1.513 do Código Civil, que veda a interferência, de qualquer pessoa, de direito público ou privado, na comunhão de vida instituída pela família. Devido a essa tendência, fala-se em um “Direito de Família Mínimo”, no sentido de que a intervenção do Estado acontecerá apenas em situações excepcionais, como alternativa final, ou seja, última *ratio* (ROSA; ALVES, 2023, p. 155-156). Esse poder de autorregramento pode ser apreciado sob os mais diversos prismas nas relações familiares, sendo um deles o do planejamento familiar (leia-se: livre planejamento familiar).⁶

6 Paulo Luiz Neto Lôbo (2016, p. 188) exemplifica âmbitos de materialização da autonomia dentro da família: “O princípio da liberdade diz respeito, entre outros fatores, ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção da entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.”

Hodiernamente, simplesmente não há como examinar o planejamento familiar sem ser a partir de uma perspectiva em que a autonomia privada dos sujeitos seja reconhecida e respeitada, criando-se uma matriz “autorizadora de espaços de liberdade” (BORTOLATTO; GHILARDI, 2022). Importante referir que tal espaço não encontra conteúdo previamente definido, mas vai sendo construído a partir de um processo essencialmente dialético (NAVES, 2014, p. 96).

Com efeito, o que há é a conformação dessa autonomia com base na tensão entre o ordenamento posto e as circunstâncias fáticas (NAVES, 2014, p. 130), de sorte que os atos de autonomia vão sendo desenvolvidos dentro dos parâmetros do sistema vigente – direitos fundamentais, dignidade humana, vulnerabilidades porventura existentes etc. Assim, o Estado não intervém no planejamento familiar, admitindo-se, contudo, que excepcionalmente o faça “para que sejam propiciados recursos educacionais e científicos, ou seja, para que o núcleo familiar possa ser sustentado e mantido” (ROSA; ALVES, 2023, p. 158), no mesmo sentido do art. 1.565, § 2º. do Código Civil.

O indivíduo, portanto, se quiser optar por ser pai ou mãe biologicamente (seja mediante a utilização de técnicas de reprodução assistida de forma homóloga ou heteróloga, seja sem o uso dessas técnicas) deverá ter a guarida e proteção do ordenamento jurídico para que leve sua escolha a cabo. Do mesmo modo, as pessoas que querem exercer os cuidados parentais pela via socioafetiva ou adotiva ou até mesmo as pessoas que não têm interesse em exercer tais cuidados não podem ficar à margem da proteção jurídica. Ocorre, todavia, que frequentemente a pessoa que não tem o desejo de ser pai ou mãe é alvo de verdadeiro etiquetamento social, especialmente as mulheres, sobre as quais recai mais forte a pressão pela maternidade.

A violação da autonomia verificada na situação que aqui se examina não foge à cognição da deputada Carmen Zanotto, haja vista que, comentando o § 5º. do art. 10, que requeria vênua conjugal para realização da esterilização, pontuou que “tal exigência legal deixa a margem o direito individual do ser humano, da autonomia sobre seu próprio corpo”. Aliás, tanto é assim que “ao fazer outro tipo de cirurgia, reparadora ou não, nada é exigido além da autorização do próprio interessado” (ZANOTTO, 2014, p. 02).

A despeito disso, pode-se notar que a postura legislativa ainda se coaduna ao preconceito social, sobretudo porque, para efetivação da esterilização voluntária, permanece sendo exigida uma idade mínima,

que não é a mesma idade em que a pessoa adquire a capacidade civil no direito brasileiro.

Não se ignora os importantes avanços trazidos pela Lei 14.433/2022, contudo, o mesmo instrumento legislativo demonstra que ainda há uma longa jornada a ser percorrida. Se a aquisição da capacidade civil ocorre, como regra, aos 18 anos (excetuadas as hipóteses legais de antecipação), ficando a pessoa habilitada à prática de todos os atos da vida civil, nos termos do art. 5º do diploma substancial, é de se questionar por que o legislador impede o titular da capacidade de optar pela esterilização.

Se o sujeito de direitos desejasse realizar laqueadura ou vasectomia aos 18 anos, estaria exteriorizando intenção lícita, salvo melhor juízo, fincado em sua autodeterminação existencial e sem atingir esferas jurídicas de outros sujeitos. Por isso, é que se diz que, na realidade, o dispositivo legal somente pode ser fruto de uma concepção moralista do Poder Legiferante, já que não há fundamentos jurídicos a justificar a viabilidade do procedimento apenas após o implemento dos 21 anos.

Contraditoriamente, a pessoa é capaz com 18 anos (e, conforme a dicção legal, para a prática de todos os atos da vida civil), mas ainda não pode dispor sobre o próprio corpo no que tange à contracepção definitiva, devendo, necessariamente, aguardar a celebração dos 21 anos, quando, então, atingirá a capacidade para, efetivamente, todos os atos da vida civil. Assim, forma-se um paradoxo, pois as decisões atinentes ao planejamento familiar são “atos da vida civil”. Isso tudo sem olvidar da idade núbil no direito brasileiro, materializada no art. 1.517 do Código Civil, que é de 16 anos, idade também a partir da a pessoa pode realizar testamento (art. 1.860, do Código Civil) – evidenciando-se, mais uma vez, a incongruência normativa existente.

Destarte, o que se verifica é, no mínimo, um contrassenso normativo sem razão de ser, porquanto a pessoa já possui aptidão para decidir a respeito da sua vida, incluindo decisões a respeito do seu planejamento familiar, quando atingida a maioridade. Desse modo, peca o legislador ao não conferir tutela plena aos valores existenciais do ser humano no que se refere ao tema em apreço. Assim, em sede de primeiras impressões acerca do assunto, entende-se que a melhor alternativa seria a redução da idade mínima para realização dos procedimentos de esterilização voluntária para 18 anos, alterando-se novamente a Lei do Planejamento Familiar, que, a despeito de ter sido modificada pela recente Lei 14.443/2022, já nasceu obsoleta no ponto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de decidir livremente sobre ter ou não filhos, quando e como ter, consolida um grande passo para a concretização dos direitos sexuais e reprodutivos, e, vai ao encontro da proteção à autonomia privada. Em comparação com as disposições originais da Lei 9.263/1996, a Lei 14.443/2022 foi capaz de proporcionar, ainda que parcialmente, uma condição mais benéfica quanto ao planejamento familiar.

No mesmo sentido, a nova Lei preocupou-se para que a pessoa esteja plenamente esclarecida sobre suas opções de planejamento familiar e os riscos envolvidos na realização da laqueadura e da vasectomia, permitindo uma escolha consciente sobre o procedimento. Ademais, determina que os profissionais de saúde sejam capacitados e treinados para prestar informações claras e garantir que a pessoa interessada esteja plena em suas faculdades mentais e seja capaz de expressar sua vontade de forma livre e esclarecida.

Claramente, em comparação à primeira Lei do Planejamento Familiar, de 1996, houve uma melhora significativa. Entretanto, ainda há espaços para reflexões e debates. Primeiro, pode-se levar em consideração o paradoxo referente à idade estipulada para fins de esterilização voluntária. A nova Lei, ao estipular a idade mínima de 21 anos para o procedimento de esterilização voluntária, ponderou que essa seria a idade ideal para que o indivíduo tenha refletido suficientemente sobre suas escolhas e o caminho que deseja tomar quanto à constituição de uma família.

Por outro lado, há uma relativização da capacidade dos indivíduos, pois, frente à tenra idade núbil, conforme dispõe o Código Civil (16 anos), e à idade considerada da capacidade civil plena (18 anos), a Lei acaba não abrangendo todos os indivíduos, que podem arriscar-se em procedimentos clandestinos ou, ainda, privados de um acompanhamento médico de qualidade. Um jovem de 18 anos tem plenitude de direitos e deveres, mas é privado da integralidade do planejamento familiar. Também há uma desproporção no fato de, aos 16 anos, ser possível não apenas celebrar testamento, como também contrair casamento e gerar uma família, porém não ser capaz de dispor sobre o próprio corpo.

Em suma, diante do longo período de estagnação dos direitos do planejamento familiar, a aprovação da Lei 14.443/2022 representa um avanço na garantia dos direitos fundamentais e na promoção dos direitos sexuais e reprodutivos. Todavia, sobleva notar que ainda há questões a serem aprimoradas na Lei, dado que a dinâmica legislativa,

no atual estado em que se encontra, não dispensa tutela plena aos valores existenciais dos jurisdicionados ao exigir a idade mínima de 21 anos para contracepção voluntária, em contraposição ao que estabelece o diploma civil referente à aquisição da capacidade.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Lei reduz idade para laqueadura e dispensa consentimento do cônjuge. *In: Agência Senado*, 05 set. 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/09/05/lei-reduz-idade-para-laqueadura-e-dispensa-consentimento-do-conjuge>. Acesso em: 25 jun. 2023.

BORTOLATTO, Ariani Folharini; GHILARDI, Dóris. Contratualização da coparentalidade: reflexões necessárias. *In: PAIANO, Daniela Braga; PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa. Direito contratual contemporâneo – vol. IV*. Londrina: Thoth, 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 7.364, de 03 de abril de 2014*. Revoga o § 5º do art. 10º da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que “regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidade e dá outras providências”. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1241795&filename=PL%207364/2014. Acesso em: 05 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5097*. Decisão monocrática. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353486890&ext=.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº. 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 25 jun. 2023.

FACHINI, Natália Rodrigues. *O valor jurídico do afeto: uma análise à luz das relações conjugais*. Blumenau: AmoLer, 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estatísticas de Gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil*. 2ª ed. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 08 jul. 2023.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito civil volume 5 – Famílias*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555596281/epubcfi/6/6\[%3Bvnd.vst.idref%3Dconecta.xhtml\]/4/2\[cover\]/2%4044:83](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555596281/epubcfi/6/6[%3Bvnd.vst.idref%3Dconecta.xhtml]/4/2[cover]/2%4044:83). Acesso em: 08 jul. 2023.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. 2ª. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

MENDES, Guilherme. Adiado julgamento de ADI que questiona consentimento do cônjuge sobre esterilização. In: Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, 12 dez. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/9211/Adiado+julgamento+de+ADI+que+questiona+consentimento+-do+c%C3%B4njuge+sobre+esteriliza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 08 jul. 2023.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

ROSA, Conrado Paulino da; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo na Prática Jurídica*. São Paulo: Juspodivm, 2023.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*. Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018.

VILLELA, João Baptista. A desbiologização de paternidade. *Revista da Faculdade de Direito*, Minas Gerais, n. 21, p. 400-418, 1979.

ZANOTTO, Carmen. *Apresentação do Projeto de Lei nº 7.364, de 03 de abril de 2014, pela deputada Carmen Zanotto*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1241795&filename=Tramitacao-PL%207364/2014. Acesso em: 05 jul. 2023.

LIMITES E POSSIBILIDADES DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NAS SUCESSÕES

Limits and possibilities of the use of arbitration inheritance law

Dálety Azevedo de Castro Eleuthério¹

INTRODUÇÃO

A arbitragem é um meio heterocompositivo de solução de controvérsias em que um terceiro ou colegiado, escolhido pelas partes em litígio, imporá sua decisão, que terá força de sentença judicial (CARMONA, 2009). Usualmente utilizada no direito internacional e no ramo empresarial para tratar de relações comerciais (NALIM; PUGLIESE, 2018), a arbitragem ainda é pouco utilizada como forma de resolução de conflitos no direito das sucessões. Um dos motivos para isso é a limitação legal do uso da arbitragem, especialmente por estabelecer a via judicial ou cartorária nos casos de inventário.

Nesta seara, surge o questionamento sobre os limites e possibilidades de se utilizar a arbitragem para o processamento de inventário e demais procedimentos necessários à sucessão *causa mortis*. Esta pesquisa busca verificar quais atos da sucessão *causa mortis* podem ser subme-

1 Advogada. Integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, vinculado ao PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela FMP. Especialista em Advocacia Cível pela FMP. Especialista em Direito de Família e Sucessões. Especialista em Planejamento Patrimonial, Familiar e Sucessório. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). E-mail: dalety@dcastroadvocacia.com.

tidos à arbitragem, a partir de um juízo de adequação e pertinência da técnica à tutela desses direitos.

A metodologia desta pesquisa tem como abordagem o método dedutivo, em que se parte da análise geral da arbitragem, tendo como ênfase a sua aplicação nos procedimentos e litígios sucessórios, com vistas a definir os limites e possibilidades da utilização da arbitragem no direito sucessório. Utiliza-se de pesquisa bibliográfica e documental, a partir de revisão da doutrina e legislação.

Esta pesquisa divide-se em cinco temas. Na primeira, logo após esta introdução, aborda-se a convenção de arbitragem, explicando quando e por qual meio é possível optar pela via arbitral no direito das sucessões. Após, analisa-se a possibilidade ou não de se arbitrar o inventário *ab intestato*. Depois, demonstra-se a possibilidade de se arbitrar a partilha e a prestação de contas pelo inventariante. Em seguida, aborda-se a viabilidade ou não de se utilizar a arbitragem em caso de inventário e partilha quando há testamento na sucessão. Por fim, refere-se à arbitragem como meio adequado de partilha de bens digitais e direitos agrários, pelas vantagens que este procedimento oferece, comparado ao processo judicial.

DESENVOLVIMENTO

O primeiro requisito para se utilizar a arbitragem é capacidade para contratar, não somente a capacidade civil. O segundo requisito é que a arbitragem deve ser utilizada para revolver questões relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis (BRASIL, 1996). O art. 852 do Código Civil, veda o compromisso para a solução de questões de estado, de direito pessoal de família (invalidade do casamento, filiação, relações de parentesco e poder familiar) e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial (BRASIL, 2002).

Apesar da restrição da jurisdição arbitral às questões patrimoniais disponíveis, há a defesa de que este entendimento deve ceder espaço à nova realidade do direito de família no Brasil, para ser interpretado de modo finalístico e funcional. Assim, a arbitragem poderia ser aplicada também aos direitos indisponíveis transigíveis (DUTRA, 2018).

Não obstante o reconhecimento dos limites legais, a autonomia privada tem tomado cada vez mais espaço nas relações familiares e sucessórias, levando à desjudicialização dos conflitos atinentes à ma-

téria. A arbitragem é um ambiente de realização da autonomia privada, na medida em que as partes decidem por submeter seu conflito a um procedimento que pode ser por elas mesmas regulado. Ainda, o procedimento arbitral encontra vantagens quando comparado ao processo judicial: a celeridade e a especialidade do árbitro são alguns exemplos destas vantagens, que resolveriam o conflito em menos tempo e que dispensariam a realização de uma perícia técnica, por exemplo.

Em comparação ao procedimento judicial, os privilégios da arbitragem seriam: liberdade de escolha do julgador; especialidade do julgador; rapidez (prazo legal de seis meses, prorrogável); flexibilidade do procedimento; cumprimento espontâneo; confidencialidade, e economia (custo menor em função do tempo, normalmente em instância única) (SCAVONE JUNIOR, 2018; SANTOS, 2013).

A opção pela arbitragem se faz por meio da convenção de arbitragem, gênero que inclui a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (CAHALI, 2015). A cláusula compromissória pressupõe vínculo contratual, pois é firmada em contrato ou em documento próprio. Estabelece, de modo preventivo, que eventual conflito decorrente do contrato será resolvido pela arbitragem, não pelo Poder Judiciário. O compromisso arbitral, por outro lado, é firmado pelas partes quando o conflito já está instaurado entre os envolvidos, e estes escolhem o juízo arbitral como a melhor jurisdição para solucionar a divergência (COELHO; ELEUTHÉRIO, 2022).

No direito sucessório, o encaminhamento da partilha ou a prestação de contas do inventariante à arbitragem se dará por compromisso arbitral, firmado obrigatoriamente por todos os herdeiros e viúva ou viúvo. Não será possível a submissão à arbitragem em caso de ausência de um herdeiro ou discordância entre estes sobre a escolha da via arbitral.

Quanto à possibilidade de cláusula arbitral em testamento, nosso ordenamento jurídico veda tal imposição na parcela legítima dos herdeiros necessários, sobretudo porque há a necessidade de que todos os envolvidos aceitem se submeter à arbitragem. Desta forma, a cláusula arbitral seria aceita se estabelecida sobre a parcela disponível do patrimônio, ou sobre toda a herança, caso os herdeiros concordem em se submeter à arbitragem (CAHALI, 2022).

O artigo 610 do Código de Processo Civil ordena que o inventário seja judicial caso haja testamento ou interessado incapaz, e permite que seja extrajudicial se não houver testamento e todos forem capazes e concordes. Neste sentido, é obrigatório haver um processo perante o

Poder Judiciário ou, se preenchidos os requisitos, uma escritura pública. Por imposição legal, o inventário não pode ser realizado pela via arbitral (BRASIL, 2015).

Todavia, com a possibilidade de se proceder o inventário de modo extrajudicial, questiona-se a motivação do impedimento de se submeter tal procedimento à arbitragem. Sendo os herdeiros capazes e concordes, defende-se que não há que se falar em impedimento para submissão do inventário à arbitragem, sendo necessário apenas que todos concordem com o procedimento arbitral, podendo haver discordância quanto às questões atinentes, visto que a decisão do árbitro se imporá sobre as partes.

Baseado nos pontos levantados, torna-se adequada uma alteração legislativa que possibilite a abertura e processamento do inventário pela via arbitral, como possibilidade de tutela dos direitos sucessórios, desde que os herdeiros, capazes, concordem em se submeter à arbitragem. Esta possibilidade seria mais uma forma de cumprimento do acesso à Justiça Multiportas, consagrada pelo Código de Processo Civil.

A prestação de contas do inventariante aos herdeiros pode ser levada à via arbitral, se este for o desejo de todas as partes envolvidas. Na opinião de Francisco Cahali, o juízo arbitral seria melhor aparelhado para solucionar esta controvérsia, salientando a vantagem do julgamento em única instância, o que torna o procedimento muito mais célere (CAHALI, 2022).

Após aberto o inventário judicialmente ou por escritura pública, a partilha pode ser realizada pela via arbitral. Na sucessão legítima - sem testamento, se os herdeiros são crianças, adolescentes ou incapazes, há indisponibilidade de direitos e o processo será obrigatoriamente judicial (BRASIL, 2015).

Sendo os herdeiros capazes, permite-se a partilha em processo judicial ou por escritura pública (BRASIL, 2015). Neste contexto, tratando-se de direito patrimonial disponível, os herdeiros, se em conflito a respeito da partilha, podem arbitrar a divisão litigiosa. A arbitragem se dará por compromisso arbitral, firmado por todos os herdeiros. Admite-se a partilha arbitral, pois nosso ordenamento jurídico aceita a partilha amigável por escrito particular homologado pelo juiz. Evidencia-se a possibilidade de os herdeiros disporem entre eles, como melhor lhes parecer, a respeito dos seus direitos sucessórios. Neste cenário, deve ser aceita também a escolha dos herdeiros em solucionar alguma divergência pelo juízo arbitral (CAHALI, 2022).

Ressalta-se a diferença entre a partilha extrajudicial e a partilha realizada pela via arbitral, sobretudo pela vantagem da escolha arbitral. Para a realização da partilha por escritura pública, exige-se que os herdeiros e viúva concordem sobre as disposições e divisão do patrimônio, além de concordarem em realizar a partilha por esta via. Para realização da partilha pela via arbitral, porém, não há necessidade de concordância sobre a divisão do patrimônio, visto que o arbitro imporá sua decisão ao caso; exige-se somente a concordância à submissão à via arbitral. Assim, ainda que haja discordância entre os herdeiros sobre a partilha, esta poderá ser realizada fora do Poder Judiciário, em procedimento célere e especializado, pela via arbitral.

Conforme o art. 610 do Código de Processo Civil, quando houver testamento, é indispensável que o inventário seja processado pelo Poder Judiciário (BRASIL, 2015). Esta imprescindibilidade ocorre pela necessidade da verificação da vontade do testador e para a apuração da licitude e regularidade das disposições testamentárias, como a preservação da legítima dos herdeiros necessários (CAHALI, 2022).

Porém, quando o testamento não se refere a questões estritamente patrimoniais como, por exemplo, a indicação de quem deva ser o inventariante, não há justificativa para que o inventário seja obrigatoriamente judicial (ROSA; RODRIGUES, 2023). Já o enunciado n. 600 da VII Jornada de Direito Civil estabelece que, após o registro judicial do testamento, não havendo discordância entre os herdeiros e sendo todos eles capazes, é possível a realização do inventário extrajudicial (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2015).

Em recente decisão, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça admitiu a realização de inventário e partilha por escritura pública, mesmo quando houver testamento, na hipótese em que todos os herdeiros sejam capazes e não haja discordância entre eles. O colegiado destacou que não havia litigiosidade sobre o testamento e que os herdeiros eram capazes e concordes, devendo prevalecer a autonomia da vontade e ser incentivada a desjudicialização dos conflitos pela busca dos meios adequados à solução de controvérsias (BRASIL, 2022).

Segundo os julgadores, a correta interpretação ao art. 610 do Código de Processo Civil, no caso em concreto, deveria ser sistemática e teleológica, permitindo a extrajudicialização de inventário com testamento. Assim, a via judicial deve ser imprescindível somente quando houver litígio entre os herdeiros sobre o testamento que influencie na resolução do inventário (BRASIL, 2022).

Possibilitado o inventário extrajudicial, ainda que com testamento, argumenta-se que de igual forma seja permitida a realização do inventário com testamento pela via arbitral, desde que os herdeiros, todos capazes, concordem com tal meio de resolução de conflitos. Ainda, possível a partilha extrajudicial, mesmo com testamento, pelos mesmos motivos e com iguais razões é de se admitir que os herdeiros capazes, caso não haja consenso quanto à partilha, possam de comum acordo firmar compromisso arbitral para a divisão do acervo no juízo arbitral. Esta possibilidade reforçaria a autonomia privada no direito das sucessões, respeitando a vontade dos herdeiros sobre a melhor forma de conduzir a sucessão.

A partilha e a prestação de contas pela via arbitral se revelam muito úteis quando, por algum motivo como a não concordância entre os herdeiros sobre a partilha, não for possível se submeter à via extrajudicial (PEREIRA, 2015). Possibilitar às partes a escolha de arbitrar seu inventário e partilha, de forma completa, é fornecer uma alternativa à via judicial e facilitar o acesso à justiça, tema tão caro ao Estado Democrático de Direito e ao nosso sistema de Justiça Multiportas.

A herança de bens digitais é tema que tem despertado o interesse dos juristas na atualidade, considerando a mudança na forma de viver e consumir bens. Os livros hoje podem ser *e-books*; músicas que antes eram armazenadas em meios físicos como CD's, hoje estão em plataformas digitais ou em armazenamento *on-line*; até mesmo o dinheiro, antes impresso em papel, é ainda mais abstrato com as moedas digitais. Soma-se a isso a possibilidade de monetização das redes sociais pessoais e de bens digitais como milhas aéreas (COSTA FILHO, 2016). Para além da discussão a respeito dos bens que podem ou não integrar a herança, grande debate sobre a partilha de bens digitais refere-se à valoração destes (COMINI, 2019). Neste quesito, um árbitro especialista no assunto pode dispensar a perícia técnica, trazendo economia e agilidade ao procedimento pela especialidade do árbitro, tornando a via arbitral atrativa aos sucessores.

No caso de partilha de direitos agrários, a morosidade judicial pode causar transtornos ainda maiores, levando até mesmo a perdas significativas ou irreparáveis à herança. Se considerarmos que parte dos casos de partilha de direitos agrários trata-se de bens de alto valor, mas perecíveis e sazonais, como as plantações, a agilidade do procedimento arbitral pode ser não só benéfica aos sucessores, mas necessária à manutenção da herança (COELHO, ELEUTHÉRIO, 2022).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arbitragem é um meio heterocompositivo de solução de controvérsias ainda pouco explorado no direito das sucessões, mormente pelas suas limitações legais. Ainda assim, as vantagens do procedimento arbitral sobre o procedimento judicial tornam esta via atrativa. Entre tais benefícios, pode-se citar a celeridade do procedimento, que não admite recursos, e a especialidade do árbitro, que pode tornar a contratação de um perito técnico dispensável.

Por ora, a arbitragem é aceita somente na partilha e na prestação de contas do inventariante, sendo vedada por lei para se processar o inventário. Atualmente o inventário deve, por determinação legal, ser judicial ou por escritura pública, quando preenchidos certos requisitos.

Por disposição legal expressa, não é possível arbitrar o inventário, independentemente da capacidade ou concordância dos herdeiros. Por isso, sugere-se a possibilidade de inclusão da via arbitral como meio adequado para processar o inventário *ab intestato* e com testamento, considerando a possibilidade de já fazê-lo de forma extrajudicial, desde que os herdeiros sejam capazes e concordem a se submeter a esta via, realizando todo o procedimento de forma arbitral. Esta possibilidade fornece mais um meio de acesso à justiça, de modo a alcançar a tutela mais adequada aos direitos sucessórios.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. *Lei n. 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 16 jun. 2023.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.951.456 – RS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF. DJ: 23/08/2022. DJe: 25/08/2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=162698362&num_registro=202102372993&data=20220825&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 16 jun. 2023.

CAHALI, José Francisco. *Convenção de Arbitragem*. MOTTA JR., Aldemar *et al.* *Manual de Arbitragem para Advogados*. Distrito Federal: Conselho Federal da OAB, CACB, 2015, p. 64-71.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário a Lei n. 9.307/96*. 3. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

COELHO, Fernanda Rosa; ELEUTHÉRIO, Dáley Azevedo de Castro. Os limites objetivos da arbitragem no direito de família. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, v. 17, n. 2, p. 22-34, 2022. Disponível em: <https://www.revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/308>. Acesso em: 16 jun. 2023.

COMINI, Anna Izadora Ramos. O direito à herança digital em relação aos bens digitais incorpóreos à luz do Código Civil brasileiro. VII Congresso Intercontinental de Direito Civil. *Anais [...]*. Coimbra, 2019, p. 171-189. Disponível em: <http://congressointercontinental.com.br/wp-content/uploads/2020/09/anais-congresso-intercontinental-2019-final.pdf#page=171>. Acesso em: 16 jun. 2023.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. VII Jornada de Direito Civil. *Enunciado n. 600*. Após registrado judicialmente o testamento e sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial. Brasília, DF; 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/824>. Acesso em: 16 jun. 2023.

COSTA FILHO, Marco Aurélio de Farias. Herança digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, Recife, n. 9, p. 187-215, 2016. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152/143>. Acesso em: 16 jun. 2023.

DUTRA, Maristela Aparecida. *Arbitragem para solução de conflitos no direito de família*. 2018. 243 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

NALIM, Paulo; PUGLIESE, William Soares. A trajetória da constitucionalização da arbitragem no Brasil à luz da Constituição da República de 1988. *Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro – RECONTO*, Maringá, v. 1, n. 2, p. 01-17, jul./dez. 2018.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitrabilidade. MOTTA JR., Aldemar *et al.* *Manual de Arbitragem para Advogados*. Distrito Federal: Conselho Federal da OAB, CACB, 2015, p. 48-63.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. *Inventário e Partilha, teoria e prática*. 5. ed. rev., atual., e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2023.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A arbitragem no Direito de Família. IX CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, FAMÍLIAS: PLURALIDADE E FELICIDADE. *Anais [...]*. Araxá, 23 nov. 2013. IBDFAM, 2013, p. 361-370. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/310.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2023.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem, Conciliação e Mediação*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

O DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE SOBRE AS ERAS DO DIREITO AO DIVÓRCIO NO BRASIL E O PROCESSO REVOLUCIONÁRIO DA RETIRADA DO ESTADO DA INTIMIDADE FAMILIAR

The minimum family law and the dignity of the human person:
an analysis of the eras of the right to divorce in Brazil and the
revolutionary process of the withdrawal of the State from
family intimacy

Gabriel Floriana de Andrade Dutra da Rocha¹

INTRODUÇÃO

O Estado nasceu como uma instituição incumbida de mediar conflitos de interesse que se estabeleciam entre os membros da sociedade e que, antes, eram resolvidos através da autotutela. Esse terceiro imparcial, assim reconhecido o representante do Estado, figurava como o responsável por ouvir as partes daquela disputa *sub judice* e decidir conforme o que se compreendesse por Justiça à época, bem como nas épocas seguintes em que tal sistema fosse reproduzido.

1 Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS, sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa; Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Geraldo Di Biase – UGB; advogado; *e-mail*: gabriel.floriana@hotmail.com.

Ocorre que, com o passar do tempo, percebeu-se que a presença do Estado em algumas das relações levadas ao seu crivo passou a ser mais prejudicial do que puramente benéfica, ao passo em que o entendimento do Poder se encaminhou para uma prática mais próxima da intromissão na vida privada. Foi neste momento que, enxergando essa nova dinâmica social, a ideia de que o afastamento do representante estatal de algumas relações jurídicas começou a ser mais considerado, especialmente quando tais relações envolviam os interesses tutelados pelo Direito de Família.

A família concebida pela antiga legislação civil vem mudando ao longo das décadas, bem como os seus direitos enquanto um instituto e os direitos de cada um de seus membros individuais, que, na visão arcaica, eram: o marido, a mulher e os/as filhos/as. Diante desse quadro, o papel do Estado frente aos interesses do instituto familiar precisou acompanhar a sua evolução social.

Dito isso, na presente pesquisa foi explorada a transformação da abordagem do Estado nas questões de família com o tempo, especialmente as relações que terminavam em divórcio, e como o Direito brasileiro passou a considerar, no decorrer do procedimento, o caráter essencial da dignidade das partes, membros de uma família, e o respeito as suas autonomias enquanto reais protagonistas da lide. Buscou compreender, também, entendo como uma real evolução – de acordo com os critérios atuais que orientam a temática, os dispositivos que hoje são regularizadores do processo e do direito de dissolver o vínculo conjugal.

Nesta toada, observou-se, a partir da revisão bibliográfica de doutrinas e análise de legislação pertinente ao tema, a família e seus aspectos através das eras dentro do Direito brasileiro. A abordagem processual adotada em tais casos também foi observada, com vistas a demonstrar a mudança de tratamento dos sujeitos do processo a partir do afastamento/limitação da figura do Estado e da disseminação da intervenção mínima no Direito de Família, influenciando a preservação da dignidade da pessoa humana.

Direito de Família através das épocas: do casamento indissolúvel ao divórcio direto

O Direito de Família é objeto da atenção do Estado desde o início da socialização, já que o seio familiar é o âmbito da formação pri-

meira do indivíduo enquanto parte pertencente a um grupo (ALVES; ROSA, 2023, p. 66). Desta forma, a legislação civil, especificamente a do último século, que ainda exerce influência direta no ordenamento brasileiro vigente, se preocupou em tratar os temas da família.

Apesar disso, a visão de família ainda era muito diferente da que nós temos hoje. Devido à forte presença da Igreja Católica na cultura brasileira, o instituto do divórcio, tema de grande relevância na seara familiarista, sequer era tratado como uma possibilidade no Brasil antes de 1977 (GAGLIANO e FILHO, 2022, p. 942-977). O desquite era a única previsão do Código Civil de 1916 que tentava se aproximar da finalização do vínculo conjugal, mas não tinha poder para tanto e só poderia ser aplicado em casos específicos (DIAS, 2016), tais como: adultério; tentativa de morte; sevícia ou injúria grave; abandono do lar, ou; consentimento mútuo manifestado perante o juízo após, no mínimo, dois anos de casamento (artigos 317 e 318, Lei nº 3.071/1916).

Foi apenas no ano de 1977 que entrou em vigor a Lei do Divórcio, nº 6.515/77, carregando ainda matéria do Código Civil de 1916, como a imputação de culpa aos cônjuges e os terríveis efeitos decorrente dela, sendo alguns, entre eles: a perda do direito à alimentos, à guarda dos filhos e ao uso do sobrenome adotado no casamento (ALVES; ROSA, 2023, p. 94).

O divórcio recém-chegado apegava-se à separação, judicial ou de fato, que se resumia na contagem de um tempo entre a manifestação de se divorciar e a efetivação deste direito, mesmo após a sua configuração como constitucional. Para a lei de 1977, podia se divorciar o casal que houvesse passado por um processo de separação judicial de três anos (art. 25, revogado em 1992); para a Constituição Federal de 1988 – CF/1988, se divorciariam aqueles que houvessem cumprido o lapso temporal de dois anos separados, ainda que meramente no plano fático, ou um ano, se judicialmente separados (art. 226, § 6º).

Esclarecem GAGLIANO e FILHO (2022) que o Estado, ignorando a ideia de autonomia familiar, tinha a intenção de promover uma reconciliação entre as partes que almejavam o divórcio, tendo sido este o motivo para a existência de um requisito temporal para tanto. Esta abordagem apenas veio a ser extinta com a Emenda Constitucional - EC nº 66, de 2010, que instituiu o divórcio direto.

O resultado da então denominada PEC do Divórcio, nº 29/2009, foi a remoção do requisito temporal e da necessidade de separação prévia no procedimento do divórcio. Esse trabalho alterou o texto consti-

tucional que antes determinava a necessidade de um tempo separados para que, após, os interessados pudessem atingir o objetivo de se divorciarem. A partir da EC nº 66/2010, a dissolução do casamento passou a depender unicamente da vontade das partes, ou apenas de uma delas, não cabendo à outra anuir ou não, passando a ser o instituto do divórcio uma representação do exercício de um direito potestativo por essência, aqui, competindo ao(s) cônjuge(s) (GAGLIANO e FILHO, 2022, p. 978).

O afastamento da presença poderosa do Estado das relações de família começou a ser notado quando a separação de fato passou a ser considerada suficiente para a decretação do divórcio, e o tempo da separação judicial caiu em dois anos entre 1977 e 1988. Com a instituição do divórcio direto, ficou claro que a intromissão estatal não era mais desejada, e que a visão sobre a autonomia familiar e proteção da vida privada havia evoluído, de forma que, agora, importava tratar os membros da família com a devida dignidade e seguindo as novas orientações processuais.

Minimizada a intervenção estatal, preservada a dignidade e autonomia da família

A clássica defesa de SARLET do que seria a dignidade da pessoa humana, elevada a fundamento da República pela CF/1988, ensina que os direitos da pessoa “devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado” (2012, p. 21). É se baseando nesse entendimento que a dignidade se tornou elemento cujo dever de promoção é definido pela legislação presencial e imputável aos sujeitos do processo, conforme mandam o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015, artigo 8º) e o Código de Ética e Disciplina da OAB (artigo 2º, parágrafo único, VIII, *d*).

Sendo a pessoa humana, bem como os seus direitos, o foco principal do ordenamento que deve proteger a dignidade, deve, também, o processo seguir este caminho. O que DIDIER JR. (2019, p. 101) chama de “execução do direito fundamental à dignidade” é a escolha feita pelo legislador de conduzir os casos levados ao Poder Judiciário com vistas à preservação do bem-estar daqueles que estão envolvidos pela lide. A limitação da intromissão estatal cumpre, ainda, desde o início da sua disseminação, o papel de proteção da entidade familiar e da sua liberdade de ação e de tomada de decisões que dizem respeito ao seu

desenvolvimento, composição e, muitas vezes, a dissolução de vínculos que ora se estuda.

A leitura precisa da relação entre o Estado e a autonomia privada das famílias realizada por ALVES e ROSA(2023, p. 82) permite entender que no momento histórico da criação das leis que marcaram o ordenamento jurídico brasileiro e fixaram entendimento majoritário da área de família pelos anos seguintes, especialmente no que se refere à dissolução do casamento, até as recentes revoluções alcançadas com a evolução do direito familiarista, o funcionamento da autonomia privada ficava em segundo plano diante da priorização do interesse coletivo. Sendo o Estado o representante da coletividade, ele encontrou uma interessante justificativa para a sua inconveniente intervenção na família.

Entendendo como sua a responsabilidade acerca da manutenção do que se entendia por família e assumindo para si uma função de vigilante dos atos praticados pelos integrantes da família, o Estado sufocava a sua liberdade e autonomia individuais (ALVES; ROSA, 2023, p. 149). Deste modo, ao utilizar ferramentas processuais como questionamentos quanto aos motivos e possível culpa e a exposição dos cônjuges a episódios infelizes ocorridos durante o casamento, o próprio poder estatal se tornou, em si, um obstáculo à satisfação das partes que buscavam a tutela jurídica para a concretização de seus interesses, como o interesse no divórcio.

Hoje, o impensado a alguns anos atrás caminhou para se tornar entendimento majoritário: o divórcio sequer depende de posicionamento da parte requerida para ser decretado em favor do interessado. Com efeito, embora se trate de tema não pacificado doutrinaria e jurisprudencialmente, não são poucas as decisões que reafirmam o caráter potestativo da dissolução da sociedade conjugal e, portanto, passível de decretação liminar.

Em voto de julgamento de agravo de instrumento (BRASIL, TJGO, 2021), o Desembargador Maurício Porfirio Rosa, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás, reafirma serem desnecessários, mesmo na prática, qualquer requisito temporal ou condicional para a decretação do divórcio, mediante vontade manifestada de ao menos um dos cônjuges². Em semelhança, decidiu o Des. Helio David Vieira

2 AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO LIMINAR. TUTELA PROVISÓRIA DA EVIDÊNCIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. POSSIBILIDADE. DIREITO POTESTATIVO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Com a Emenda Constitucional 66/2010 que deu nova redação ao parágrafo 6º

Figueira dos Santos (BRASIL, TJSC, 2022), da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, quando, em 2022, defendeu que: “ninguém precisa de consentimento do cônjuge para divorciar-se e essa medida pode ser deferida desde logo”³.

Tais entendimentos decorrem da transformação promovida pela EC 66/2010, cuja importância no processo de modificação do procedimento familiarista com o afastamento do Estado foi notado em recente Informativo do Superior Tribunal de Justiça⁴, que definiu o instrumento como facilitador para a concretização da autonomia da família e dos seus componentes, com objetivos próprios que os levaram à Justiça, mitigando a relevância da intromissão estatal na vida privada.

Verdade é que o ambiente íntimo familiar sempre foi lugar incompatível com a presença entranha do Estado, sendo o seu afastamento um reflexo do reconhecimento da existência da dignidade na autonomia familiar. A inserção do representante do Estado nas mais pessoais temáticas que pudessem se apresentar ao Judiciário era, na realidade, uma invasão endossada, mas devidamente superada (ALVES; ROSA, 2023, p. 154).

do artigo 226 da CF/88, o divórcio passou a depender somente da manifestação de vontade dos cônjuges, eliminando-se a restrição temporal, ou causal, tornando-se simples exercício de um direito potestativo das partes. 2. Preenchidos os requisitos do inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil, por meio da demonstração da existência da relação matrimonial, através de documento hábil, e havendo pedido expresso de divórcio, é possível sua imediata decretação, máxime porque, a defesa contra o pedido possui apenas caráter protelatório, autorizando-se a antecipação da tutela, com a consequente determinação de expedição do competente mandado de averbação, autorizando a continuidade do feito, somente com relação à partilha de bens do casal litigante. Agravo De Instrumento Conhecido e Provido. (TJ-GO - AI: 04520953020208090000 Goiânia, Relator: Des(a). Mauricio Porfirio Rosa, Data de Julgamento: 22/02/2021, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 22/02/2021)

- 3 AGRADO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE TUTELA DE EVIDÊNCIA PARA DECRETAÇÃO DE DIVÓRCIO. RECURSO DO AUTOR. DIREITO POTESTATIVO QUE NÃO ADMITE DEFESA POSSÍVEL. POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO DESDE JÁ. PRECEDENTES. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5008988-13.2022.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Helio David Vieira Figueira dos Santos, Quarta Câmara de Direito Civil. Data de Julgamento: 07/07/2022).

- 4 Informativo nº 729, do STJ.

No que se refere ao cumprimento das obrigações enquanto protetor da família, dever constitucional traduzido no *caput* do artigo 226 da CF/88, o Estado tem poder suficientemente soberano para garantir a satisfação dos direitos fundamentais, inclusive a dignidade, que eventualmente estejam expostos à vulnerabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O respeito à dignidade da pessoa humana, princípio que deve permear o processo, bem como todo o ordenamento, foi redescoberto a partir do momento em que a autonomia familiar passou a ser devolvida a quem de direito. Os passos para trás dados pelo Estado em razão da limitação de suas liberdades em relação à família foram essenciais para que o efetivo acesso à Justiça fosse garantido às partes de um processo.

Nesta toada, a dinâmica atual do processo divórcio, visto como protagonista na discussão acerca da intervenção mínima estatal no Direito de Família, funciona em cima de um sistema que se move partindo da pura manifestação de vontade da parte interessada. A vontade de apenas um cônjuge, hoje, é o pilar da decisão que decreta o divórcio, inclusive liminarmente. Isso demonstra a revolução pela qual passou o procedimento, já que, antes, nem mesmo a vontade de ambos tinha o condão de dissolver o casamento sem passar por anos de convivência forçada e de interrogações pelo Estado-juiz.

A bem executada aplicação do Direito de Família mínimo no Brasil, que deve muito à Emenda Constitucional nº 66/2010, instituindo o divórcio direto, permite que o Estado, sem se eximir das suas responsabilidades garantidoras dos direitos fundamentais a todos, deixe as famílias livres para se organizarem e decidirem por sim, como deve ser.

REFERÊNCIAS

BRASIL. OAB. *Estatuto da Advocacia e da OAB e Legislação Complementar*. 17. Ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil Conselho Federal, 2017.

_____. Planalto. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 27 jun. 2023.

_____. Planalto. *Lei nº 3.071, de 01 de Janeiro de 1916*. Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso em: 27 jun. 2023.

_____. Planalto. *Lei nº 6.515, de 26 de Dezembro de 1977*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm> Acesso em: 03 mai. 2023.

_____. Planalto. *Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em: 29 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo nº 729, de 21 de Março de 2022*. Informativo de jurisprudência. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/> Acesso em: 09 mai. 2023.

_____. Tribunal de Justiça de Goiás. *Agravo de instrumento nº 0452095-30.2020.8.09.0000, da 5ª Câmara Cível TJGO, de 22 de Fevereiro de 2021*. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-go/1172231952/inteiro-teor-1172231953>> Acesso em: 29 jun. 2023.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Agravo de instrumento nº 5008988-13.2022.8.24.0000, da 4ª Câmara Cível TJSC, de 07 de Julho de 2022*. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/1635113749/inteiro-teor-1635113750>> Acesso em: 29 jun. 2023.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. Ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2016. E-book.

GAGLIANO, Pablo Stolze.; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: direito de família*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. E-book.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves; ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de Família Mínimo na Prática Jurídica*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA: LIMITES E POSSIBILIDADES

The exercise of private autonomy in family law: limits and possibilities

Júlia Farias Mertins¹

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é importante marco no âmbito do direito civil, especialmente do direito de família, pois promove a máxima efetividade dos direitos fundamentais do indivíduo, aumentando os espaços de liberdades, a fim de resguardar as escolhas privadas da família, especialmente em uma sociedade plural e multifacetada, tal qual a presente.

Tendo em vista tais modificações, o objetivo do presente estudo é verificar se há possibilidade de exercício da autonomia privada, com a realização de contratos, por exemplo, no âmbito das relações familiares e, em caso positivo, quais os limites da referida pactuação.

A hipótese geral baseia-se na resposta afirmativa ao problema de pesquisa, compreendendo-se que caberá ao Estado interferir nas relações familiares apenas com viés assistencialista e protetivo, garan-

1 Mestranda em Direito. Integrante do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal”, vinculado ao PPGD da FMP/RS e coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (FMP/RS). Pós Graduada em Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Presidente da Comissão Especial de Direito de Família e Sucessões da OAB/RS – Subseção de Taquara. Endereço eletrônico julia@fariasmertinsadvocacia.com.br.

tindo os direitos fundamentais e o exercício da autonomia privada dos seus integrantes.

Para tanto, o estudo está sendo realizado adotando uma metodologia dialética, com pesquisa bibliográfica e histórica, tendo como técnica a ciência fundamental, pois se busca preencher uma lacuna nos conhecimentos.

A pesquisa sobre a temática se faz necessária a fim de averiguar quais as limitações da intervenção estatal no âmbito familiar, especialmente acerca da possibilidade de realização de acordos privados entre que os integrantes da família em relação a questões patrimoniais e/ou existenciais, minimizando eventuais litígios e desavenças.

DESENVOLVIMENTO

O Estado Democrático de Direito é marcado pela promoção com a máxima efetividade e de forma imediata dos direitos fundamentais do indivíduo, caracterizado pelo protagonismo da autonomia privada, em decorrência da dignidade da pessoa humana (ALVES; ROSA, 2023, p. 97-110) e dos direitos de personalidade.

Este modelo emancipatório pautado após a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo a constitucionalização do direito civil, conceituada como o procedimento de elevação do plano civilista ao plano constitucional, por meio dos princípios fundamentais, “que passam a condicionar a observância pelos cidadãos e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional” (LÔBO, 2004a), especialmente a dignidade da pessoa humana, considerada como a origem da qual todos os demais princípios derivam, sendo a norteadora das regras jurídicas (FACHIN, 2005).

O fenômeno abarca uma importante mudança de paradigma no âmbito privado, no qual o foco dos institutos civilistas deixa de ser exclusivamente pautado no patrimônio, passando a ser guiado também pela realização da personalidade de cada indivíduo (ALVES; ROSA, 2023, p. 113), atribuindo especial espaço aos aspectos existenciais, pois todas as situações jurídicas devem ser realizadas em observância à realização da pessoa humana (MORAES; TEIXEIRA, 2023, p. 12), centrada na Constituição Federal, que passa a atuar como “combustível para todo o Direito Civil” (ALVES; ROSA, p. 115).

A dignidade da pessoa humana passa, assim, a ter posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, à medida que a família

se torna espaço para a proteção das “manifestações que projetam a autonomia privada nas escolhas familiares, pois são as preferências mais íntimas que podem potencializar a realização da humanidade de cada um” (MORAES; TEIXEIRA, 2023, p. 13).

A necessidade de uma nova forma de intervenção pública que imponha limites à atuação estatal nas relações familiares (PEREIRA, 2022, p. 153) se faz presente, ante a mitigação da interferência governamental (XAVIER, 2023, p. 76) no âmbito do direito de família, cabendo ao Estado “exercer um papel cada vez mais protetivo, e não mais intro-missivo” (ALVES; ROSA, 2023, p. 185).

Neste contexto, a família patrimonializada e hierarquizada desenhada pelo Código Civil de 1916 dá espaço a uma família pautada pela primazia da felicidade e igualdade dos integrantes, ante o livre desenvolvimento da personalidade singular de cada um de seus entes, entrelaçados primordialmente pelo afeto e não mais exclusivamente pelo patrimônio, tendo em vista as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988.

A igualdade é trazida pela Carta Magna por meio de inúmeras facetas. Entre elas, elenca-se a igualdade entre homem e mulher, devendo esta ser pautada pela solidariedade entre seus membros, com a direção da sociedade conjugal por meio de mútua colaboração (art. 1.566, III, IV e V e art. 1.567, CC), direitos e deveres dos cônjuges (art. 1.511, CC), de forma recíproca sendo paritários, inclusive, “os direitos e deveres de pai e mãe no respeitante à pessoa e aos bens dos filhos” (DIAS, 2017, p. 55).

De outra banda, a igualdade entre filhos contida na Constituição Federal (art. 227, §6º, CF) é recepcionada pelo Código Civil, mediante a proibição de distinção entre filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção (art. 1.596, CC), proibindo quaisquer designações discriminatórias, não distinguindo mais os filhos legítimos e ilegítimos.

O reconhecimento de outras formas de família para além da exclusivamente casamentária também é uma inovação trazida pelo legislador constituinte de 1988, eis que reconhece, expressamente, a família convivencial e a família monoparental (art. 226, §3º e §4º, CF) e, de forma implícita todas as outras formas possíveis, desde que preenchidos os requisitos de afetividade, estabilidade e ostentabilidade (LÔBO, 2004b).

A família passa, assim, a ser espaço para construção (e não mais imposição) de vínculos, a ser realizada pelos seus próprios integrantes, cabendo ao Estado propiciar os recursos necessários para o desenvolvimento da felicidade dos indivíduos, de forma aberta, democrática, plu-

ral, multifacetária, não discriminatória, natural e verdadeira (ALVES; ROSA, 2023, p. 144-149).

Neste cenário é que se apresenta a autonomia contratual no Direito de Família, ante a possibilidade de organização da vida privada conforme a “pluralidade dos modelos compatíveis com as aspirações individuais e para o estabelecimento de regras de convivência democraticamente discutidas e ajustadas” (TEPEDINO, 2016, p. 486) no âmbito familiar, dando espaço para deliberações de natureza existencial e não exclusivamente patrimonial (BORTOLATTO; GHILARDI, 2022, p. 150).

A ideia de que os caminhos e planos da entidade familiar devem ser definidos pelos seus membros (MORAES; TEIXEIRA, 2021, p. 3) é o que reafirma e assegura a observância aos princípios constitucionais já referidos, pois, “no seio da família, são os seus integrantes que devem ditar o regramento próprio da convivência” (PEREIRA, 2022, p. 153).

Nesse sentido e, tendo em vista que a família contemporânea é muito mais uma entidade de fato do que uma instituição jurídica monopolizada pelo Estado, tal qual ocorria na vigência do Código Civil de 1916, é que se faz necessário o estudo do exercício da autonomia privada no âmbito familiar, mediante a análise do papel do ente estatal na família contemporânea e da separação entre o viés protetivo e o viés intervencionista do Estado nas relações familiares (ALVES; ROSA, 2023, p. 158).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da pesquisa, conclui-se, preliminarmente, que é possível o exercício de uma autonomia privada no âmbito da família, sendo dispensável a presença estatal, reservando-se esta apenas aos espaços de proteção dos vulneráveis, a exemplo de crianças e adolescentes, pessoas idosas ou mulheres em situação de violência doméstica e familiar agindo o Estado, assim, de forma assistencialista, tendo em vista as inovações que compõem a família contemporânea.

A legislação civilista de 1916 fora desenhada para a família daquela época, não sendo mais possível sua aplicação na atual conjuntura. Em que pese a dicotomia acerca do lugar destinado ao direito de família (público ou privado), é fato que as inovações inauguradas pela Constituição Federal de 1988 permitem que cada família possa fixar suas próprias regras no âmbito particular.

Importante o destaque de que a presente pesquisa se encontra em desenvolvimento, sendo iniciais e parciais os resultados aqui apresentados, pautados nos estudos realizados até o presente momento.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Mínimo na prática jurídica**. São Paulo: JusPodivm, 2023.

BORTOLATTO, Ariani Folharini; GHILARDI, Dóris. Contratualização da Coparentalidade: reflexões necessárias. *In*: PAIANO, Daniela Braga; PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa (Orgs). **Direito Contratual Contemporâneo**. Vol IV. Londrina: Thoth, 2022, p. 150. E-book. Disponível em: <https://www.booksbyauthors.com/read-ebook/caa2e43a-7bb-7-494e-9fa1-267c0fbc0a6e#next>. Acesso em: 24 jun. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 11 nov. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 55.

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro. **Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p. 51-70, jul/set, 2005. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista31/Revista31.pdf. Acesso em: 24 jun. 2023.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **IBDFAM**, Belo Horizonte, 23 mar. 2004a. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/129/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o+do+Direito+Civil>. Acesso em: 23 jun. 2023.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerusclausus. **IBDFAM**, Belo Horizonte, mar. 2004b, Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/128/Entidades+familiares+constitucionalizadas:+para+al%2525252525C3%2525252525A9m+do+numerus+clausus>. Acesso em: 25 jun. 2023.

MORAES, Maria Celina Bodin; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Contratos no ambiente familiar. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Orgs). **Contratos, família e sucessões**: diálogos complementares. 2.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Contratos no ambiente familiar. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Contratos, família e sucessões**: diálogos interdisciplinares. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2023. *E-book Kindle*.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro**: amor líquido e direito de família mínimo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

O EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA E DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR PELA VIA DIGITAL

The exercise of shared custody and family life through digital means

Luciana Ignácio Krieger¹

Marina Mayer Pereira²

INTRODUÇÃO

Com o advento do século XXI, a sociedade passou por profundas mutações decorrentes dos rápidos avanços da tecnologia, que impactaram diretamente nas relações entre os indivíduos, especialmente em decorrência do surgimento de novas formas de comunicação e interação. Hoje, as pessoas estão conectadas vinte e quatro horas por dia e em qualquer lugar, se não com internet móvel, com o Wi-Fi quase sempre disponibilizado nos estabelecimentos.

1 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Pós-graduada em Direito Notarial e Registral pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Legal. Integrante do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal”, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. Endereço eletrônico: kriegerluciana@gmail.com.

2 Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Pós-graduada em Direito Ambiental e Urbanístico pela FMP/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal”, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. Endereço eletrônico: marinamayerrpereira@gmail.com.

Essas mudanças sociais vêm transformando as relações familiares e o Direito de Família como era conhecido. A modernidade possibilitou encurtar as distâncias, pois criou formas de comunicação em tempo real e de forma gratuita com pessoas que estão longe geograficamente, em aplicativos como Skype, FaceTime, WhatsApp e Instagram.

Nesse contexto, considera-se relevante este estudo visto ser necessário refletir sobre os impactos dessas transformações no exercício da parentalidade, especialmente no que se refere à guarda compartilhada e à convivência parental, e de que forma todas essas mudanças são consideradas pelos Tribunais como fatores que impactam as decisões judiciais no âmbito das relações familiares.

O método de abordagem do presente trabalho é o dedutivo, e a pesquisa é exploratória, desenvolvida de forma qualitativa, mediante revisão da doutrina e jurisprudência, bem como da análise da legislação atual, com o objetivo de compreender de que forma a evolução tecnológico-digital, especialmente durante e após a pandemia da Covid-19, vem modificação conceitos e entendimentos na forma de exercício da parentalidade, possibilitando cada vez maior aproximação de pais e filhos.

DESENVOLVIMENTO

As diversas transformações sociais e das relações interpessoais que ocorreram durante o século XX, principalmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, acarretaram a quebra de paradigmas na área do Direito de Família. De forma gradativa, as questões individuais afastaram as influências do Estado, da sociedade e das religiões, que num passado recente muito interferiram nas escolhas dos indivíduos (CALDERON, 2017).

Essa liberdade de escolha traz ao centro das relações interpessoais, a busca dos indivíduos pela felicidade e pela realização pessoal. Houve uma transição do antigo modelo de família, em que a base era o casamento e os filhos legítimos, para o modelo contemporâneo da família eudemonista, na qual a base da relação passa a ser o afeto e o respeito mútuo, e os indivíduos devem contribuir para a evolução uns dos outros (ROSA, 2020).

Com o advento do século XXI, a sociedade passou por profundas mutações decorrentes dos rápidos avanços da tecnologia, que impactaram diretamente nas relações entre os indivíduos, especialmente

em decorrência do surgimento de novas formas de comunicação e interação. Embora, por muito tempo, o acesso à internet tenha sido possível apenas para poucos, em horários e locais específicos (como ocorria na antiga *lanhouse*, que muitos frequentaram no passado, e os famosos “orelhões”, antigo telefone de uso público), atualmente, com os celulares e computadores próprios, as pessoas estão conectadas vinte e quatro horas por dia e em qualquer lugar, se não com internet móvel, com o *Wi-Fi* quase sempre disponibilizado nos estabelecimentos.

O avanço da inovação, que já vinha ocorrendo de forma célebre e desenfreada, foi acelerado com o surgimento da pandemia da Covid-19, pois o risco de contágio do vírus impossibilitou a aproximação física, obrigando a todos a realização de um isolamento forçado. Com isso, não só por questões econômicas, mas também para manutenção de vínculos e serviços importantes, toda a sociedade se mobilizou para apressar a modernização.

As pessoas se deslocavam de suas casas apenas para fazer o estritamente necessário. Nesse contexto, as tecnologias foram os maiores aliados. É certo que existem muitos impactos negativos na sociedade, em decorrência da digitalização e virtualização. No entanto, não se pode negar que existem muitos benefícios. Hoje, é possível trabalhar, assinar documentos, realizar reuniões, de qualquer lugar do mundo, sem prejuízo algum pela ausência da presença física.

Essas mudanças sociais vêm transformando as relações familiares e o direito de família como era conhecido. A modernidade possibilitou encurtar as distâncias, pois criou formas de comunicação em tempo real e de forma gratuita com pessoas que estão longe geograficamente, em aplicativos como Skype, FaceTime, WhatsApp e Instagram (ROSA, 2023). Como refere Cristiano Chaves de Farias (2023) do “avanço tecnológico, científico e cultural, decorre, inexoravelmente, a eliminação de fronteiras arquitetadas pelo sistema jurídico-social clássico, abrindo espaço para uma família contemporânea, plural, aberta, multifacetária, susceptível às influências da nova sociedade”.

Os desdobramentos de todo esse avanço tecnológico revolucionaram, também, a forma de exercício da parentalidade. Não desconhecendo de todos os perigos que existem na internet e da necessidade dos olhares cada vez mais atentos para as crianças e adolescentes, em razão da facilitação do acesso digital e superexposição (ocasionando proble-

mas como o abandono digital³ e o *oversharenting*⁴), há uma garantia maior da participação de ambos os pais na vida dos seus filhos, pois mesmo quando impossibilitada a presença física, é possível o contato *online*. Como refere Conrado Paulino da Rosa (2023, p. 634), “distância física não é distância afetiva”.

Compete a ambos os pais, conforme prevê o artigo 1.634 do Código Civil, o pleno exercício do poder familiar, independentemente da situação conjugal (ou seja, mesmo que divorciados, separados ou solteiros), que consiste em criar e educar os filhos, exercer a guarda, conceder ou negar consentimento para casar, alterar a residência ou viajar para o exterior, dentre outras funções parentais.

A guarda, portanto, é uma forma de exercício da autoridade parental, e determinará como será realizada a gestão dos filhos após a ruptura da relação dos pais (FARIAS; ROSA, 2023). Será exercida de forma compartilhada ou unilateral, requerida por consenso entre os genitores, ou decretada pelo juiz, em atenção às necessidades dos filhos (CC, artigo 1.584, incisos I e II). Para definir a guarda, o juiz deverá valer-se da opinião de equipe multidisciplinar, como assistente social, psicólogo e, quando indicado, psiquiatra. Destaca-se não ser recomendada a oitiva de criança, pois se trata de difícil escolha afetiva, podendo acarretar conflito de lealdade e trauma psíquico. (LÔBO, 2023)

A guarda unilateral é aquela exercida por somente um dos genitores, e está restrita às hipóteses em que um dos pais não estiver apto para exercer a função parental ou um deles não desejar a guarda, conforme o disposto no artigo 1.584 do Código Civil. Paulo Lôbo (2023) acrescenta, ainda, que a guarda unilateral deverá ser fixada quando os interesses do filho indicarem essa modalidade de guarda, de modo que

3 “Trata-se dos pais que deixam o filho menor, ainda vulnerável aos perigos do ambiente virtual, navegar sozinho na Rede, independentemente de orientação e acompanhamento. Não há dúvida de que é muito fácil entregar um celular para uma criança para que os pais possam trabalhar, ler, fazer as atividades domésticas, principalmente na época do confinamento social advindo do Corona vírus. O fato de os filhos estarem em casa – mas expostos ao ambiente virtual – transmite aos pais uma falsa sensação de segurança, pois a exposição à Rede acaba gerando riscos invisíveis.” (NERY; TEIXEIRA, 2021).

4 O significado de *oversharenting* decorre da “junção das palavras de língua inglesa *share* (compartilhar) e *parenting* (cuidar, exercer a autoridade parental)”, que consiste no ato dos pais ou responsáveis compartilharem, na internet, especialmente nas redes sociais, conteúdo que expõe os menores de idade, que estão sob a sua tutela (MEDON, 2022)

o juiz deverá considerar fatores morais, educacionais e psicológicos da criança ou adolescente, bem como as circunstâncias afetivas e sociais.

Desde 2014, a Lei n.º 13.058 determinou a aplicação prioritária da guarda compartilhada, de modo que a guarda unilateral, como acima referido, é fixada de forma residual. A guarda compartilhada possibilita o exercício da autoridade parental por ambos os pais, pois impõe a eles a divisão da responsabilidade quanto às decisões da vida do filho, devendo exercer todos os deveres e cuidados com relação a prole, conjuntamente. (BROCHADO; TEPEDINO, 2023)

Importante referir que a guarda compartilhada não pode ser confundida com o modelo da guarda alternada, que inexistente na legislação. Além disso, sempre que for definida a guarda compartilhada, será necessário estabelecer qual será a base de residência do filho, a fim de que seja definido quais dos genitores pagará a pensão alimentícia, bem como seja fixado o regime da convivência familiar (FARIAS; ROSA, 2022). Releve-se, ainda, que mesmo que não haja acordo entre os genitores, não há obstáculo para o compartilhamento da guarda, conforme o disposto no art. 1.584, §2º, do Código Civil.

Por algum tempo, o entendimento que prevalecia na jurisprudência⁵ era no sentido de que não seria possível fixar a guarda compartilhada entre os pais quando eles residem em cidades diversas, pois a distância geográfica inviabilizaria o exercício da guarda nesses moldes. No entanto, a partir da compreensão das novas tecnologias, verifica-se que o exercício igualitário da autoridade parental, mesmo com a distância física, é possível. Além das redes sociais e aplicativos de videochamada, é cada vez mais comum que as pessoas façam reuniões online e assinem documentos à distância, podendo o genitor que não se encontra presente fisicamente, acompanhar e participar das decisões de quaisquer questões relativas à vida do filho. (FARIAS, 2023)

Por essa razão, vislumbrando a possibilidade efetiva de acompanhamento do cotidiano por meios cibernéticos, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.878.041/SP, modificou

5 [...] As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada, tais como a dificuldade geográfica e a realização do princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, a princípio, sua efetivação. 3. Às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, como por exemplo, limites geográficos. Precedentes.[...] (REsp n. 1.605.477/RS, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/6/2016, DJe de 27/6/2016.)

seu entendimento, admitindo o exercício da guarda conjunta pelos pais, mesmo quando residirem em cidades diferentes. A relatora, Ministra Nancy Andrighi concluiu pela possibilidade da fixação da guarda compartilhada, ainda que os genitores residam em cidades, estados ou países diferentes “máxime tendo em vista que, com o avanço tecnológico, é plenamente possível que, à distância, os pais compartilhem a responsabilidade sobre a prole”. Como refere Rolf Madaleno (2022, p. 512), “a distância das moradias dos pais é rapidamente encurtada pelo bom senso e por meios de comunicação ágeis”.

Pensar em obstar a aplicação do instituto da guarda compartilhada, em razão da distância geográfica, representaria um grande retrocesso e implicaria em afastar um dos pais da vida do filho, abrindo margem para que o outro genitor pratique atos de alienação parental, prejudicando a figura daquele pai ou mãe que não pode estar presente fisicamente. Isso porque, o grande objetivo da priorização dessa modalidade de guarda é viabilizar o exercício da coparentalidade, com a aproximação de ambos os genitores. (ROSA, 2023)

Paulo Lôbo (2023, p. 91) destaca a importância da tecnologia na ampliação das hipóteses de aplicação do instituto da guarda compartilhada:

[...] Não é impedimento para a guarda compartilhada o fato de os genitores residirem em cidades ou mesmo países distintos. A atual tecnologia da informação e comunicação permite o contato instantâneo, com visualização das imagens dos interlocutores, favorecendo a comunicação entre os pais separados e entre estes e seus filhos, compartilhando decisões e responsabilidades. Essa comunicação fluente e permanente, pelo meio eletrônico, sem rigidez de horários, contribui muito mais para a formação afetiva e cognitiva da criança do que os episódicos períodos de visitas presenciais.

Independentemente da guarda fixada, o direito e dever de convivência dos pais com os filhos deve ser sempre observado e voltado ao melhor interesse da criança e do adolescente. A convivência não deve se limitar a apenas alguns finais de semana, a cada quinze dias, mas “impõe um dever e direito de uma fluída comunicação, em contínua correspondência com o filho”, de forma que os genitores estejam “imiscuindo-se na educação e formação do filho e das atividades usuais e correntes da vida de seu rebento, devendo e podendo inteirar-se sobre a assiduidade e rendimento escolar do filho” (MADALENO, 2022, p. 520)

Durante a pandemia da Covid-19, observou-se a intensificação da ameaça ao direito à convivência, pois aportaram ao judiciário inúmeros pedidos de suspensão de convivência, sob o argumento de que os deslocamentos poderiam ocasionar o contágio da criança ou demais familiares. Por sorte, com a existência das redes sociais e dos aplicativos de videochamada, a tecnologia configurou importante suporte ao cultivo do vínculo parental. (BROCHADO; TEPEDINO, 2022). Com esse entendimento, foi publicado o Enunciado 38 do IBDFAM: “A interação pela via digital, ainda que por videoconferência, sempre que possível, deve ser utilizada de forma complementar à convivência familiar, e não substitutiva”.

Dessa forma, quando algum dos genitores não residir na mesma cidade que os filhos, ou mesmo quando morar próximo, as novas tecnologias e meios de comunicação podem auxiliar essa comunicação fluída. No entanto, deve-se atentar para o fato de que a convivência virtual pode implicar eventual abuso de direito do seu exercício, pois o guardião ou o não guardião podem tentar impor o contato com o filho a qualquer momento. Por conta disso, é mais necessário ainda que sejam fixados dias e horários de contato virtual, no planejamento do exercício da convivência, e, preferencialmente, que o contato ocorra em aplicativos como Zoom, Google Meet, Teams, entre outros, que possibilitam o pré-agendamento. Tudo isso visando a preservar a privacidade de cada um dos pais, bem como evitar novos focos de tensão entre eles. (CASTRO; MATOS, 2021, p. 294-295)

Vale destacar, ainda, que as tecnologias podem auxiliar a convivência de crianças e adolescentes com a família extensa. O Enunciado n.º 333 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal prevê que “o direito de visita pode ser estendido aos avós e a pessoas com as quais a criança ou adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse”. No mesmo sentido, foi acrescentado, em 2011, o parágrafo único ao artigo 1.589 do Código Civil, dispondo que esse direito também se estende a qualquer dos avós, desde que observados os interesses da criança ou do adolescente.

Nos tempos atuais, todos os familiares conseguem acompanhar as novidades das vidas uns dos outros pelas redes sociais, sendo possível fazer contato a qualquer momento. Portanto, também com relação a aqueles parentes que não estão tão próximos fisicamente das crianças ou adolescentes, podem com eles/elas conviver de forma virtual, com o auxílio da tecnologia. Não se ignora, contudo, que, se o manuseio das

tecnologias for de grande dificuldade para o idoso, não deve ser imposto o convívio virtual nesses casos, respeitando, também, a necessidade de alfabetização digital (CASTRO; MATOS, 2021, p. 307).

Nessa linha de pensamento, de salientar que a possibilidade do exercício convívio familiar de maneira virtual proporciona uma efetiva participação não só dos pais, mas também da família extensa, residentes em municípios ou estados distintos, na vida dos filhos, e garante o direito à convivência familiar da criança e do adolescente. Dessa maneira, vem a somar no fortalecimento de vínculos familiares e viabilizar a participação do genitor, que não tem a base de residência do filho, na sua rotina e atividades cotidianas, configurando, ademais, importante instrumento no combate à prática de alienação parental que, eventualmente, pode ocorrer face à distância física do filho e um dos genitores.

Em que pese todos os benefícios que podem ser observados com o exercício da guarda compartilhada através das tecnologias digitais, importante atentar à necessidade de cuidado em relação ao acesso de crianças e adolescentes à vasta gama de possibilidades que o mundo digital apresenta, devendo haver uma efetiva vigilância pelos genitores para que não ocorra a superexposição destes.

Para além disso, importante ressaltar que, apesar das vantagens do contato virtual, a presença física é de valor incomparável. Nenhum recurso tecnológico, como videochamadas, pode substituir completamente uma conversa genuína, olhar nos olhos e estar presente fisicamente com os pais, familiares e amigos, desfrutando da troca de abraços afetuosa. Esses momentos íntimos de conexão e afeto são insubstituíveis e fundamentais para o fortalecimento dos laços familiares, bem como para o crescimento e desenvolvimento de crianças e adolescentes. Essencial, portanto, não suprimir a importância do contato físico e não negligenciar as vivências presenciais, mesmo em meio às facilidades proporcionadas pela tecnologia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que os avanços da tecnologia, especialmente após a pandemia da Covid-19, vêm modificando a forma das pessoas se relacionarem, o que vem transformando, também, as relações familiares e o Direito de Família como era conhecido. As novas ferramentas tecnológicas viabilizam que as pessoas, mesmo longe fisicamente, estejam

interagindo de forma virtual, o que é possibilitado pelos diversos aplicativos disponíveis hoje para baixar, de forma gratuita, nos celulares de quaisquer pessoas que tenham um aparelho móvel.

Nesse contexto, o exercício da parentalidade também se revolucionou. No que se refere à guarda, por exemplo, o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o exercício da guarda conjunta pelos pais, mesmo quando residirem em cidades diferentes, é possível, de modo que a distância física não impossibilita que os genitores exerçam a guarda compartilhada dos filhos, sendo essa a modalidade que mais auxilia a prevenção da alienação parental. O mesmo ocorre com relação à convivência, pois passa a ser possível que, no planejamento da convivência de filhos com pais não guardiões, preveja-se a realização do contato virtual, em dias e horários determinados – a fim de preservar a privacidade e evitar o controle entre os pais –, mediante agendamento de encontros em aplicativos como Zoom e Google Meet.

Em que pese os diversos benefícios que a tecnologia traz para possibilitar a maior proximidade das famílias e manutenção dos vínculos, existem muitos perigos na internet e nas redes sociais, especialmente para crianças e adolescentes, com o que os pais devem estar cada vez mais atentos. Além disso, deve-se ter em mente que, a despeito da possibilidade do convívio virtual, a presença física sempre será insubstituível. Nenhuma videochamada jamais substituirá uma boa conversa, o “olho no olho”, na presença física dos pais, familiares e amigos, unidos à troca de abraços afetuosos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. **Recurso Especial 1605477/RS**. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 21 jun. 2016. Disponí-

vel em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600611909&dt_publicacao=27/06/2016. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. **Recurso Especial 1878041/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 25 mai. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000212089&dt_publicacao=31/05/2021. Acesso em: 15 mar. 2023.

CASTRO, Isabella Silveira de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Convivência familiar na era digital**. In: Direito das famílias e sucessões na era digital. Belo Horizonte: IBFAM, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 15ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família na prática – Comentado Artigo por Artigo**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

HAN, Byung-Chul. **A sociedade do cansaço**. São Paulo: Editora Vozes, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias** v. 5. – 13. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MEDON, Filipe. (Over)Sharenting: A superexposição da imagem e dos dados pessoais de crianças e adolescentes a partir de casos concretos. In: **Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil**. Belo Horizonte, v. 31, n. 2, p. 265-298, abr./jun. 2022.

NERY, Maria Carla Moutinho; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. In: JÚNIOR, Marcos Ehrardt; LOBO, Fabíola (org.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no Direito brasileiro**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021, p. 133-147.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 10ª. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: JusPodivm, 2023.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

O INSTITUTO DA LEGÍTIMA NO DIREITO BRASILEIRO A PARTIR DOS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA PRIVADA E DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

The Institute of Legitimacy in Brazilian Law from the Principles of Private Autonomy and Family Solidarity

Rafaela Rojas Barros¹
Amanda Hansen Klauck²

INTRODUÇÃO

Muito se discute sobre a necessidade ou não de revisão da legítima no Direito Sucessório Brasileiro. Em virtude disso, a presente pesquisa destina-se a responder se o instituto, tal como positivado hoje, deve permanecer ou não no ordenamento e se sim, de que maneira. Para tanto, num primeiro momento, revisitar-se-á o instituto da legítima

1 Rafaela Rojas Barros; Fundação Escola Superior do Ministério Público. Grupo de Pesquisa em Família, sucessões, criança e adolescente e direitos transindividuais vinculado ao PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público; Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões na PUCRS; Advogada na mesma área - Clóvis Barros Advogados; Coordenadora da Comissão de Direito de Família e Empresa do IBDFAM/RS. E-mail: rafaela@clovisbarros.adv.br.

2 Amanda Hansen Klauck; Fundação Escola Superior do Ministério Público; Grupo de Pesquisa em Família, sucessões, criança e adolescente e direitos transindividuais vinculado ao PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público; Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões e Pós-Graduada em Advocacia Contratual e Responsabilidade Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Tesoureira do Núcleo do IBDFAM da Cidade de Novo Hamburgo/RS. E-mail: adv.amandaklauck@gmail.com.

ma, trabalhando-se com algumas noções propedêuticas do Direito Sucessório para, então, explanar o seu conceito e o seu funcionamento a partir dos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar.

Ato contínuo, discorrer-se-á a respeito das diferentes correntes doutrinárias existentes sobre a matéria – e que seguem sendo tema de amplos debates – para, após adentrar no âmbito das transformações pelas quais a família passou e vem passando nos últimos tempos, apurar se a legítima está em consonância com a família hodierna. Logo, na última parte do trabalho, busca-se concluir, a partir das premissas escolhidas, se deve o instituto permanecer no ordenamento jurídico brasileiro tal como posto hoje pelo Código Civil brasileiro de 2002.

Portanto, o presente artigo apresentará um viés conclusivo e, também, reflexivo acerca da atual disposição do instituto da legítima, a fim de demonstrar se este, atualmente, interfere de maneira adequada ou inadequada na vida privada dos sujeitos membros das famílias brasileiras e/ou respeita, de forma satisfatória, o princípio da autonomia privada e da solidariedade familiar. A pesquisa classifica-se como dedutiva, descritiva e bibliográfica.

1. A legítima no direito sucessório brasileiro

O Código Civil de 1916 era calcado em um modelo sucessório destinado a atender aos interesses estatais (NEVARES, 2023, p. 341). Neste mesmo sentido, em face da necessidade inequívoca de adaptação aos fatos contemporâneos e fenômenos sociais, a Constituição Federal colocou em expansão o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, abrindo espaço para a valorização das questões pessoais em detrimento das patrimoniais, o que foi corroborado pelo Código Civil de 2002, em que pese tal evolução não tenha sido abordada com tamanha proporção no âmbito das sucessões.

No Direito Brasileiro, a legítima³ trata de uma parcela reservada aos denominados herdeiros necessários, sendo eles os descendentes, ascendentes, o cônjuge e o companheiro, de modo que para esses sujeitos

3 Artigo 1829, CC. 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; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

é destinado o montante de 50% (cinquenta por cento) da totalidade dos bens da herança, uma vez que o legislador os presume como sendo os entes mais próximos e com significativa afinidade com o autor da herança. Assim, importa verificar se essa reserva, existente desde o Código Civil de 1916, acompanha as mudanças sociais da família no país, mormente em decorrência do fato de a lei, não raras vezes, se distanciar da vontade real do detentor do patrimônio.

O direito sucessório ainda é objeto de profundos debates, porquanto o autor da herança sofre limitações quanto a disposição do seu patrimônio, sobretudo porque, embora seja de sua titularidade, pertence ao conjunto familiar de forma cogente, com a metade do montante integral destinada aos herdeiros necessários, quando existentes.

O Código Civil menciona que a sucessão dar-se-á por lei ou disposição de última vontade, nos termos do art. 1.786. Com efeito, denota-se que a ampla liberdade no Direito Sucessório somente poderá ser exercida na hipótese de realização de testamento, quando o testador não possuir herdeiros próximos a si e, caso o testamento caducar ou for julgado nulo. Caso existam sucessores necessários⁴, ao tempo da morte, o autor da herança poderá dispor apenas de cinquenta por cento do acervo hereditário, isto é, de metade do seu patrimônio, seguindo a ordem supracitada.

Existe, ainda, uma terceira opção, a qual se refere à possibilidade de o testador declarar sua última vontade no testamento, regradando sobre a sua parte disponível, de modo que a outra parcela do patrimônio segue a obrigatoriedade da legítima, sendo reservada a importância de cinquenta por cento aos herdeiros necessários.

Na ausência de testamento válido, far-se-á o chamamento das pessoas legalmente aptas a sucederem por intermédio da ordem de vocação hereditária. Sendo assim, defere-se a ordem da seguinte forma: primeiro, os descendentes⁵ em concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente; aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge

4 Artigo 1845, CC. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

5 Artigo 1.833, CC. Entre os descendentes, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação.

ou companheiro⁶; ao cônjuge ou companheiro⁷ sobrevivente, que são os herdeiros necessários. Caso não existam herdeiros necessários, pela referida presunção legal de afeto entre o falecido e as pessoas próximas, sucederão os colaterais de até 4º grau.

2. A evolução do conceito de família e as correntes doutrinárias acerca do instituto da legítima

O direito de família e o direito sucessório guardam entre si incontestável integração, não se mostrando coerente que um evolua enquanto o outro não. Frente à desatualização da sucessão relativamente à sociedade moderna, por exemplo, existe um Projeto de Lei n. 3799/2019, idealizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), atualmente em trâmite no Senado Federal, que visa a realizar alterações, no que aqui importa, na sucessão legítima. Mario Luiz Delgado, na condição de presidente da Comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM, assevera que os direitos sucessórios estão em descompasso com a realidade desde que entraram em vigor, posto que se pautavam num modelo de família patriarcal e patrimonialista.

Para adequar a legítima a uma leitura contemporânea, condizente com os valores constitucionais, deve-se estar a par da mudança nos conceitos de família, que hoje se constrói a partir da própria auto-

6 O Supremo Tribunal Federal, em 10 de maio de 2017, julgou os recursos extraordinários números 646.721 e 878.694, declarando a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil brasileiro. Após a decisão, é possível afirmar que a concorrência sucessória do companheiro sobrevivo com o descendente segue o mesmo regime estabelecido para o cônjuge. RE n. 646721. Rio Grande do Sul. Min. Marco Aurélio. Relator do último incidente: Min. Roberto Barroso (RE-ED-segundos-AgR). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4100069>>. Acesso em: 08 jul. 23.

7 Em decorrência do julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, reconheceu o companheiro como herdeiro necessário, declarando a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Esta questão ainda é divergente na doutrina. Ana Luiza Nevares defende que a equiparação deve ser somente para os fins de normas de solidariedade, como as sucessórias; em relação as normas de formalidade, que versam sobre união estável e o casamento, a equiparação, no entendimento da doutrinadora, não deve ser total. Em contrapartida, Flávio Tartuce, por sua vez, defende que, embora o STF não tenha determinado expressamente que o companheiro passará a integrar o rol de herdeiros necessários, não restam dúvidas de que assim ele se qualifica.

nomia da vontade dos indivíduos. De toda forma, não se pode olvidar que a família, tida como a base primordial da sociedade, goza de proteção estatal, tendo, além dos normativos legais expressos, a proteção por meio do Princípio da Solidariedade Familiar, o qual consiste em solidariedade recíproca entre cônjuges e companheiros, ascendentes e descendentes quanto à assistência moral e material.

Assim, não se ignora que o direito brasileiro deva conciliar a liberdade de dispor do autor da herança – autonomia privada – com a proteção à toda e qualquer forma de constituição familiar. Mas a questão é: como? Para tanto, passa-se a discorrer sobre as diferentes correntes doutrinárias acerca do instituto ora posto sob estudo.

Os entraves acerca dos destinatários da herança e, principalmente, do *quantum* a eles reservado, é objeto de divergências doutrinárias e não carece de críticas dos operadores do direito, sobretudo em razão do fato de muito se discutir acerca da manutenção ou diminuição no que toca a reserva de cinquenta por cento do patrimônio.

Doutrinadores como Paulo Lôbo defendem a permanência do instituto no ordenamento, em seu percentual já consolidado e de maneira fixa, consoante nossa realidade jurídica desde a Lei Feliciano de 1907 (LÔBO, 2013). Os motivos para tanto são os mais diversos, máxime considerando-se que a adequação social e jurídica da legítima possuem raízes no fundamento da dignidade da pessoa humana, da preservação da família, no princípio da solidariedade familiar, na garantia do patrimônio mínimo e na função social da propriedade. (TARTUCE, 2022, p. 261)

O primeiro desses motivos diz com a busca de garantir o direito fundamental à herança, prevista no artigo 5º, XXX da Constituição Federal. Segundo Paulo Lôbo,

[...] a vontade do testador é levada em conta até o ponto que não comprometa a garantia constitucional do direito dos herdeiros [...] e deve estar em conformidade com esse e os demais princípios constitucionais, notadamente o da função social do testamento e o da dignidade da pessoa humana (LÔBO, 2013, p. 44-45)

O segundo, com a presunção legal da vontade do autor da herança em ter seus bens transmitidos aos parentes mais próximos, por supostamente guardarem íntima relação consigo. Por certo que tal fun-

damento não está incólume às críticas, como os que defendem que cairia ele por terra com a existência de um filho anterior ao casamento. Por consequência, a viúva meeira seria preterida em prol de um filho não desejado pelo autor da herança (MADALENO, 2020, p. 361). Por outro lado, no entanto, não se pode deixar esse filho desprotegido por um genitor irresponsável, inobstante a existência ou não de outra família socioafetiva ou registral, diga-se de passagem.

Outro fundamento diz com a necessária distribuição equitativa da propriedade, sendo uma obrigação natural do indivíduo não deixar descendentes e/ou ascendentes desamparados ante a sua morte perante a sociedade. Nesse sentido, conforme Orlando Gomes, o fundamento mais forte é o de que

[...] a herança não é mais do que a extensão da propriedade privada além dos limites da vida humana, pois se a apropriação individual de bens de qualquer espécie é legalmente protegida, e até estimulada, não se justifica a expropriação com a morte do proprietário. (GOMES, 2001, p. 2)

Por último, tem-se como motivo de defesa a sua permanência o fundamento social de proteção da família, em consonância com o preceito constitucional de que a família, como base da sociedade, deve ser protegida pelo Estado. Giselda Hironaka defende que o fundamento da transmissão *causa mortis* estaria além da expectativa de continuidade patrimonial com a simples manutenção dos bens na família, mas também

[...] como forma de acumulação de capital que, por sua vez, estimularia a poupança, o trabalho e a economia, porém, mais que isso, o grande fundamento da transmissão sucessória habitaria o fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família (HIRO-NAKA, 2009, p. 394)

Inobstante existir aqueles que pensem que proteção é justamente “dar aos filhos condições para que possam, quando adultos, trabalhar como pessoas honradas e úteis à sociedade” (RAMOS, 2014, p. 110), os defensores do instituto fundamentam que os herdeiros restariam protegidos com o patrimônio familiar, em especial os vulneráveis.

Outros, por sua vez, apesar de defenderem sua permanência, não defendem sua imutabilidade. São a favor da flexibilização do instituto, ou seja, ao mesmo tempo em que se mantém a legítima e uma parcela indisponível da herança aos herdeiros necessários, é possibilitada uma parcela maior disponível ao testador para que possa dispor dela como quiser. (TARTUCE, 2022, p. 261).

Tal flexibilização poderia ocorrer através da diminuição da parcela indisponível de 50% para 25%, por exemplo, ou então pela flexibilização na forma em que se poderia realizar atribuições da legítima, sendo possível dar uma destinação maior da herança àqueles herdeiros mais vulneráveis e abrindo uma maior possibilidade à efetivação do planejamento sucessório, já que a legítima deve assegurar o mínimo existencial da pessoa humana, não devendo incentivar o ócio exagerado dos herdeiros.

Importante trazer à baila, ainda, inspiração atrelada a uma concepção de extremo egoísmo e distanciamento do Código Civil, uma vez que, de acordo com seus defensores, a mera declaração de vontade seria suficiente para constituir negócios jurídicos; logo, ela, por si só, seria fonte de direito (ROSA; ALVES, 2023, p. 24). De outro lado, outros defendem que a herança poderia representar um comodismo dos destinatários, além de gerar a diminuição da produção do Estado, uma vez que, conforme salientado por Cahali (CAHALI, 2000, p. 26), os seguidores do socialismo viam na herança um incentivo de injustiça e desigualdade entre os homens, de modo a concentrar a riqueza nas mãos de poucos, sendo nociva ao desenvolvimento produtivo e econômico.

Como se vislumbra das correntes abordadas, a destinação da herança e, também a transferência dessa, é objeto de divergência há um largo lapso temporal. Desta forma, nos tópicos a seguir, serão apresentadas tais perspectivas sob a ótica dos Princípios da Autonomia Privada e da Solidariedade Familiar.

3. Princípios da Autonomia Privada e da Solidariedade Familiar

Inicialmente, importa registrar que a autonomia privada não deve ser confundida com a autonomia da vontade. Isso porque, seguindo o pensamento de Conrado Paulino da Rosa e Leonardo Barreto Moreira Alves, a primeira diz respeito a um instituto com densa objetivi-

dade, vinculada que está aos se valores mais relevantes do ordenamento jurídico. Em outras palavras,

Por sua vez, a autonomia privada, rompendo com o paradigma da autonomia da vontade, advoga a tese de que, no âmbito negocial, a simples declaração de vontade não é suficiente para constituir um negócio jurídico; ao contrário, é preciso ir muito mais além, a fim de se analisar se tal vontade foi expirada em conformidade com o ordenamento jurídico, somente devendo ser considerada caso atenda aos requisitos de validade impostos (quanto à capacidade e à legitimidade do sujeito, como à forma e ao conteúdo do negócio). (ROSA; ALVES, 2023, p. 30)

Em relação ao âmbito familiar, denota-se que a autonomia privada está ligada a ideia de liberdade acerca das questões particulares, de modo a satisfazer a felicidade e real intenção do sujeito. Tal premissa resta verificada na autorização legal de livre disposição testamentária, admitindo que o autor da herança direcione os seus bens, na parte disponível de 50% (cinquenta por cento) do seu patrimônio, como lhe convém.

O sistema sucessório vincula o autor da herança aos herdeiros necessários, isto é, àqueles que preenchem o rol da legislação civil. Todavia, mister fomentar que as relações familiares não se esgotam nos laços sanguíneos, mormente porque o verdadeiro sentido de família pode ser originado em sentimentos de afeto. Ocorre que o direito não permite que o falecido possa exercer a sua escolha com fulcro em laços afetivos em relação a parte indisponível do patrimônio, mesmo em situações em que considere, a título de exemplo, o destinatário como um filho.

É cediço que a estrutura familiar sofreu mudanças expressivas ao longo do tempo. A importância conferida ao afeto, inclusive, se mostra clara nos casos de configuração de União Estável, ao passo que os indivíduos se unem em detrimento deste. Não se pode olvidar, porém, que a questão sucessória é ampla e complexa, atingindo patamares para além da questão privada do autor da herança individualmente considerado.

Embora se defenda a amplitude da autonomia privada, a fim de que o falecido possa dispor por mera liberalidade do patrimônio de sua titularidade em uma proporção justa – com a consequente diminuição do quantum da legítima –, escolhendo, portanto, a quem será destinado

o seu patrimônio, tal restrição encontra raízes profundas na proteção familiar e em aspectos sociais e econômicos.

Logo, não se pode minimizar que o atual cenário brasileiro versa sobre latentes crises financeiras, além da diminuição da expectativa de vida da população, considerando que a destinação da legítima, no entendimento de Tartuce (TARTUCE, 2022, p. 219-264), configura uma reserva em tempos de crise econômica, de modo que a possibilidade de variação do instituto somente trará, por ora, mais instabilidade em um momento que já é de turbulência.

Pode-se dizer, pois, que a autonomia privada confere, atualmente, 50% (cinquenta por cento) de liberdade ao autor da herança para dispor sobre seu patrimônio como lhe convém, por intermédio de testamento. Não se descarta, porém, a possibilidade futura de aumento deste patamar, mormente em razão de que o direito sucessório clama por modificações pontuais – tais como as aqui mencionadas – desde que haja um amparo satisfatório de proteção ao grupo dos vulneráveis, e de estabilidade social para que não surtam efeitos nefastos.

A legítima é sustentada na solidariedade familiar, sendo essa quem fundamenta a sua imperatividade. Para Caio Mário Pereira, por exemplo,

Na linha de investigação sugerida pelo chamado direito civil constitucional (vol. I destas Instituições, nº 4), cabe dizer que as restrições legais impostas à liberdade de testar, em benefício dos herdeiros necessários, podem ser vistas como a realização de valores constitucionais, como o da proteção à família (CF, art. 226), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, nº III) e da solidariedade (art. 3º, nº I). (PEREIRA, 2017, p. 210)

Para Rolf Madaleno, a existência da legítima no ordenamento jurídico brasileiro origina-se da crença de ser injusto que os filhos ou demais descendentes, os ascendentes, ou outras pessoas afetivamente próximas do sucedido pudessem ser afastadas da sucessão, “baseando-se sua concessão no argumento do *officium pietatis*, estando o testador moralmente obrigado a deixar para seus herdeiros próximos uma parte dos seus bens”. (MADALENO, 2020, p. 363). É dizer, é a solidariedade familiar um dos motivos pelos quais a legítima é imperativa.

É preciso deixar claro, portanto, que os laços calcados na solidariedade familiar não se limitam à prestação alimentícia, adentrando a

esfera do direito sucessório. Ademais, importa mencionar que consoante ensina Tiago Alves Ribeiro,

[...] diversos doutrinadores entendem que o atual regramento que limita a autonomia da vontade do testador produz efeito contrário ao objetivo do Princípio da Solidariedade Familiar, uma vez que ao invés de fortalecimento da entidade familiar, provoca o seu esfacelamento, produzindo indivíduos egoístas e dependentes do trabalho alheio. Dessa forma, a completa manifestação das últimas vontades do indivíduo revelaria uma solidariedade familiar autêntica. (RIBEIRO, 2021)

Assim, para que seja possível concluir acerca da permanência ou não da legítima no direito sucessório brasileiro, faz-se importante adentrar nas diferentes visões e opiniões doutrinárias sobre o tema.

Muitos, como se viu, defendem a permanência do instituto. Outros, por sua vez, defendem sua extirpação do ordenamento jurídico brasileiro, já que consideram sua existência uma intervenção indevida do Estado nas relações privadas, e em especial no direito do autor da herança de testar o patrimônio da maneira que melhor lhe aprouver, sem ter que justificar nada para ninguém. Em outras palavras, que o instituto, tal como posto hoje, estaria ferindo o princípio da autonomia privada dos indivíduos, que deve prevalecer no tocante à escolha sobre como dispor de seus bens com o advento da morte.

Argumentam que justamente em nome da autonomia privada, quem tem condições de melhor avaliar quais são as pessoas que devem usufruir do legado deixado é o autor da herança, sem qualquer limitação/intervenção estatal. Defendem, outrossim, que a reserva de 50% de todo o patrimônio aos herdeiros escolhidos pela lei configuraria um estímulo ao ócio, uma vez que quando o sujeito tem ciência de que não pode contar com a herança, procura desempenhar atividades para buscar o devido sustento, o que se reflete no inconsciente coletivo pela necessidade do trabalho. (TARTUCE; HIRONAKA, 2019, p. 89)

Criticam que ao estabelecer o direito à legítima, o legislador presume que o cônjuge supérstite poderia viver tranquilamente com a sua meação ou, no máximo, com 75% dos bens do casal, o que não prospera, ainda mais em se considerando as famílias de baixa renda, cujo patrimônio basicamente é a residência onde residem.

Outra crítica é no tocante a ordem dos ascendentes, sendo natural que o cônjuge que não possua descendentes vivos deseje que a integralidade do patrimônio permaneça com o cônjuge sobrevivente. Do modo como hoje está posta a ordem de vocação hereditária e sua relação com a parcela indisponível, impede-se que se faça cumprir a vontade do autor da herança.

Outrossim, “ao invés de legitimar o princípio da solidariedade familiar, cria uma relação de clientelismo entre filhos e pais, desvirtuando, dessa forma, o conceito original que fundamenta a legítima, qual seja, o vínculo familiar” (RIBEIRO, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do estudo da legítima tal como posta hoje no ordenamento jurídico pátrio, partindo das premissas da autonomia privada e da solidariedade familiar, bem como da evolução da família e seu contexto atual, adentrou-se na pesquisa das correntes doutrinárias existentes sobre a matéria.

Conforme exposto, o Código Civil Brasileiro de 2002, corroborado com a Constituição Federal, garante aos herdeiros necessários a importância de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio do autor da herança, se tratando do instituto da legítima, o qual está esculpido no Artigo 1846 do aludido diploma legal. Neste sentido, a livre disposição dos bens encontra limites na parte disponível, referente, portanto, ao percentual restante, podendo ser exercida por intermédio de testamento, quando o testador não possuir herdeiros próximos a si ou, caso o testamento caducar, for julgado nulo.

Denota-se que os fenômenos que versam sobre o Direito das Sucessões, com a respectiva releitura de seus institutos, assumem um debate amplo e com dimensões extensas para abranger uma série de contribuições significativas oriundas das mudanças constantes no âmbito das famílias, de modo a repensar sobre o espaço da autonomia privada no campo sucessório.

Desse modo, para que o instituto possa assumir uma função social mais humanizada dentre seus aspectos patrimoniais e, consequentemente, concretizar a solidariedade familiar de forma mais efetiva, crê-se, nesse primeiro momento, que podem existir outras formas eficazes

de garantir a proteção do princípio sem interferir na autonomia privada de testar, através do direito securitário e alimentar, por exemplo.

De todo modo, o estudo é incipiente. Há de se ter a segurança de que a solução mais acertada guardará adequação com a família atual. Isto posto, defende-se a imperiosidade do encontro de outras soluções que sejam capazes de, no mínimo, fazer com que o autor da herança possa repensar sua responsabilidade parental para com seus filhos.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Francisco José. *Curso avançado de direito civil*. Vol. 6, 2000.

GOMES, Orlando. *Sucessões. Atualização de Humberto Theodoro Júnior*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. Tese (Concurso Público de Professor Titular) - Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo - Edital FD 44/09. 2009.

LÔBO, Paulo. *Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar*. In: Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família Famílias: Pluralidade e. 2013.

MADALENO, Rolf. *Da ordem de vocação hereditária*. Parte II. Cap IX. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* – Vol. VI. Atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RAMOS, Carlos Pérez. *La autonomía de la voluntad em las sucesiones y la libertad de testar*. In: RUIZ, Aguilar; GUAJARDO-FAJARDO, Arjona; MANSILLA, Cerdeira Bravo de (coords.). *autonomía privada, familia y herencia em el siglo XXI: cuestiones actuales y soluciones de futuro*. Madrid: Thompson Reuters/Arazandi; Revista Arazandi de Derecho Patrimonial, n. 33, 2014.

RIBEIRO, Thiago Alves. *Sucessão legítima e a liberdade do indivíduo de testar*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/95259/sucessao-legitima-e-a-liberdade-do-individuo-de-testar>. Acesso em: 08 jul. 23.

ROSA, Conrado Paulino da. ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo na Prática Jurídica*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

TARTUCE, Flávio. *A necessidade de revisão da legítima no Direito Sucessório brasileiro*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 31. ano 9. p. 219-264. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022.

OS CONSELHOS MUNICIPAIS DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O PAPEL DAS AÇÕES ESTRATÉGICAS DENTRO DOS MUNICÍPIOS COMO FERRAMENTAS NO ENFRENTAMENTO DO TRABALHO INFANTIL

The Municipal Councils for the Rights of Children and Adolescents and the role of strategic actions within municipalities as tools to face Child Labor

Celiena Santos Manica¹
Mariane Contursi Piffero²

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como tema os Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e o papel das ações estratégicas como

-
- 1 Doutoranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa Capes modalidade II. Mestra em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Graduada em Direito pela Universidade de Erechim – URI. Graduada em Letras Português, Inglês e respectivas literaturas pela Universidade de Lajeado- UNIVATES. Professora da Escola Educar-se. Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). E-mail: manicaceliena@yahoo.com.br
 - 2 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). 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. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela FMP. Advogada. E-mail: contursimariane@gmail.com

ferramentas no enfrentamento do trabalho infantil. O objetivo geral foi o de analisar a atuação dos Conselhos Municipais e as principais formas de ações estratégicas no enfrentamento ao trabalho infantil.

Os objetivos específicos foram na primeira parte estudar o marco legal do trabalho infantil no Brasil. Na segunda parte analisar a função dos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente no Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente, e na última parte verificar as estratégias para o enfrentamento do trabalho infantil.

O problema norteador da pesquisa foi: quais são os papéis dos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e das ações estratégicas no enfrentamento ao trabalho infantil? A hipótese inicial foi a de que considerando que uma das atribuições dos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente é formular políticas públicas dos direitos da crianças e do adolescente fixando prioridades de atendimento, as ações estratégicas exercem um papel de mapeamento, análise e sensibilização que formam um conjunto de práticas intersetoriais, as quais atuam no enfrentamento do trabalho infantil.

O método de abordagem será dedutivo e o método de procedimento monográfico com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica foi realizada na consulta de bases teóricas sustentadas no Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES, em livros e artigos científicos. A pesquisa documental foi realizada na Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar no ano de 2015, disponíveis no site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, e nos Relatórios Justiça em Números dos anos de 2018-2022 do Conselho Nacional de Justiça.

O marco legal do trabalho infantil no Brasil.

Crianças e adolescentes passaram a ser vistos como sujeitos de direitos após a substituição da doutrina menorista pela teoria da proteção integral. Culturalmente crianças e adolescentes foram, durante muito tempo, negligenciados no que se refere a proteção dos seus direitos. Com a teoria da proteção integral eles foram reconhecidos como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento que devem receber proteção especial. O artigo 227 da Constituição Federal dispõe que

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de

toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988, s.n.).

Foi a partir desta mudança de paradigma que o trabalho infantil passou a ser visto como violação do direito de crianças e adolescentes.

O termo trabalho infantil refere-se às atividades econômicas e/ou atividades de sobrevivência, com ou sem finalidade de lucro, remuneradas ou não, realizadas por crianças ou adolescentes em idade inferior a 16 (dezessex) anos, ressalvada a condição de aprendiz a partir dos 14 (quatorze) anos, independentemente da sua condição ocupacional. (BRASIL, 2019a, p. 6).

A proteção contra a exploração do trabalho infantil foi estabelecida internacionalmente através da Convenção n. 138 da Organização Internacional do Trabalho, de 06 de junho de 1973 (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1973). A Convenção foi ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 4.134, de 15 de fevereiro de 2002 e foi revogada através do Decreto n. 10.088, de 05 de novembro de 2019 que “Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõe sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil” (BRASIL, 2019). A idade mínima para admissão ao emprego ficou fixada em 16 anos, conforme redação do artigo, 3º, p. 3º, inciso I do Decreto 10.088/2019 (BRASIL, 2019, s.n.).

Registra-se que a idade fixada está de acordo com a previsão da Constituição Federal que estabeleceu a idade mínima para o trabalho. O inciso I do parágrafo 3º do artigo 227 a “idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII” (BRASIL, 1988, s.n.). O inciso XXXIII do artigo 7º, por sua vez, dispõe sobre a proibição de “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 dos quatorze anos.” (BRASIL, 1988, s.n.).

Os incisos do artigo 67 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe quais trabalhos são proibidos às pessoas menores de 18 anos:

Art. 67. Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho:

- I - noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte;
- II - perigoso, insalubre ou penoso;
- III - realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social;
- IV - realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola (brasil, 1990, s.n.).

A Convenção n. 182 da Organização Internacional do Trabalho, de 1º de junho de 1999 (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999), que tratou sobre a “Proibição das Piores de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação” foi ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 3.597, de 12 de setembro de 2000, revogado pelo Decreto 10.088/2019 (BRASIL, 2019, s.n.). O artigo 3º da Convenção 182 dispõe que:

Para os fins desta Convenção, a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende:

- a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados;
- b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de pornografia ou atuações pornográficas;
- c) utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes;
- d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999).

O Decreto 6.481, de 12 de junho de 2008 regulamentou os artigos 3º, alínea “d”, e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1999) aprovando a lista das piores formas de trabalho infantil e proibindo a realização dos trabalhos descritos na lista por pessoas com menos de 18 anos (BRASIL, 2008, s.n.). A proibição pode ser excepcionada caso observado o requisito idade (mínimo de 16 anos) e os critérios objetivos previstos no parágrafo 1º do artigo 2º do Decreto n. 6.481/2008 (BRASIL, 2008, s.n.).

A função dos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente no Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente.

A tríplice responsabilidade, corolário da teoria da proteção integral, está expressamente prevista no artigo 227 da Constituição Federal que dispõe que os direitos de crianças e adolescentes devem ser protegidos sendo dever da família, do Estado e da sociedade assegurar a crianças e ao adolescente seus direitos além de protegê-los contra negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, s.n.).

Os direitos, as garantias e as proteções de crianças e adolescentes estão previstas em um conjunto de regras que formam o Direito da Criança e do Adolescente, ramo jurídico próprio.

Como consequência, a teoria da proteção integral ousou estender seu campo de atuação para a articulação de estratégias de transformação, representadas pela construção do sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente, e para uma inovadora rede institucional, que lhe dá sustentação e legitimidade política fundada em um modo de organização em redes descentralizadas (CUSTÓDIO, 2009, p. 31).

O Direito da Criança e do Adolescente reconheceu crianças e adolescentes como sujeitos de direitos em condição especial de desenvolvimento razão pela qual devem ter seus direitos atendidos de forma prioritária. Assim, o sistema de garantias “ampara a proteção integral num sistema lógico, organizado sob a perspectiva de redes com responsabilidades compartilhadas entre família, sociedade e Estado” (CUSTÓDIO, 2006, p. 173).

Para possibilitar o controle, bem como a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes, o Direito da Criança e do Adolescente criou o Sistema de Garantia de Direitos [SGD], que possibilita um compartilhamento de responsabilidades, a partir das políticas de atendimento, proteção de justiça (MOREIRA; CABRAL, 2020, p. 95).

O artigo 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente trata das diretrizes da política de atendimento, dispõe sobre a municipalização do atendimento no inciso I e sobre a criação de Conselhos dos Direitos

da Criança e do Adolescente no inciso II (BRASIL, 1990, s.n.). A municipalização trata de uma medida importante no Sistema de Garantias uma vez que a vida acontece nos municípios.

A construção da política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente tem como pressuposto a participação da comunidade, daí a necessidade de municipalização do atendimento. A municipalização do atendimento é decorrente do princípio da descentralização político-administrativa com vistas a garantir o atendimento à criança e ao adolescente no lugar em que vivem (CUSTÓDIO, 2006).

A Resolução n. 105 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, de 15 de junho de 2005 dispõe no parágrafo 1º do artigo 2º que “O Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente [...] com total autonomia decisória quanto às matérias de sua competência” (BRASIL, 2005, s.n.). O parágrafo 2º do mesmo artigo complementa a autonomia dos Conselhos ao dispor que suas decisões “vinculam as ações governamentais e da sociedade civil organizada” (BRASIL, 2005, s.n.). A importância dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente inovou ao garantir “na sua composição a participação da sociedade civil, que escolhem seus representantes em fórum próprio para garantir o controle das políticas públicas (CUSTÓDIO, 2006, p. 181).

Portanto, a função dos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente é fundamental uma vez que uma das atribuições do órgão é criar políticas públicas, entre elas ações de enfrentamento ao trabalho infantil que considere as peculiaridades locais.

As estratégias para o enfrentamento do trabalho infantil.

A Constituição Federal, de 1988, em seu artigo 7º, proibiu qualquer forma de trabalho para menores de dezesseis anos, sendo que o trabalho noturno, insalubre e perigoso não deve ser praticado por ninguém com menos de 18 anos. A Consolidação das Leis Trabalhistas, CLT, de 1942, também contribuiu ao estipular a idade mínima de 16 anos para o trabalho.

Em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente ECA avançou ao estabelecer que crianças e adolescentes “[..]são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de

peessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral.” (VERONESE, 2013, p. 49).

Além disso, desenvolveu mecanismos de proteção desses direitos, como a criação dos Conselhos de Direitos e os Conselhos Tutelares, os quais atuam como importantes ferramentas para a defesa dos direitos e proteção as vítimas que tenham algum direito violado. A prioridade absoluta está prevista na Constituição Federal de 1988, e no Estatuto da Criança e do Adolescente existe a previsão de prioridade na formulação e execução das políticas públicas.

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, 1990c) (grifo nosso).

Essas previsões asseguram os direitos humanos de crianças e adolescentes, e, envolvem os diferentes atores sociais para a organização e desenvolvimento de ações que serão articuladas em rede para que a proteção integral seja alcançada.

Para a concretização dessas ações, o legislador ordinário inovou com a criação de mecanismos de proteção, promoção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes, instituindo os Conselhos de Direitos nos três níveis de esfera: federal, estadual e municipal; promovendo a articulação entre os agentes governamentais e não governamentais, a desjudicialização e municipalização do atendimento com a criação dos Conselhos Tutelares e a elaboração de medidas socioeducativas e de proteção, em um complexo sistema de garantias. (SOUZA et al, 2010, p. 130)

Algumas das estratégias dentro do âmbito de proteção da criança e dos adolescentes no que tange ao enfrentamento do trabalho in-

fantil são as políticas públicas de transferência de renda condicionada, como o Bolsa Família e o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, PETI, as quais atuam diretamente no âmbito das famílias. Cada município tem flexibilidade para organizar suas ações, sendo o diagnóstico municipal do trabalho infantil uma das mais importantes.

Cabe ressaltar que o diagnóstico municipal do trabalho infantil tem como objetivo analisar e contextualizar as principais informações sobre essa problemática em uma perspectiva intersetorial. Ao examinar a situação específica dentro do município, busca-se identificar e compreender os diversos aspectos relacionados ao trabalho infantil. A partir dessa análise, são indicadas ações em cada eixo de atuação das estratégias do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil -PETI. Esse mapeamento fornece informações relevantes para o planejamento preciso e direcionado das intervenções municipais no combate ao trabalho infantil.

O fluxo de notificação e encaminhamento do trabalho infantil é adequado à realidade dos territórios municipais. Essa é uma forma de mobilizar a sociedade e as instituições para combater essa prática e garantir um ambiente seguro e saudável para o desenvolvimento de crianças e adolescentes.

O funcionamento do fluxo de notificação do trabalho infantil envolve diferentes etapas e atores. Dentre as etapas estão a identificação, a qual pode ser realizada por qualquer pessoa que tenha conhecimento do caso e é peça fundamental para o diagnóstico local e o processo de erradicação. Após o conhecimento de uma situação de violação de direitos de criança ou adolescente, deve-se utilizar o canal de denúncia, que é uma das formas disponíveis para reportar casos de trabalho infantil.

Outra ação essencial no enfrentamento ao trabalho infantil é o plano de capacitação dos profissionais do sistema de garantia de direitos. A realização de oficinas de capacitação “para mobilização e sensibilização dos atores da rede articulada, é o momento de desnaturalizar os mitos mais comuns do trabalho infantil: como o caráter pedagógico do trabalho infantil [...]” (BRASIL, 2019, p. 72). A capacitação permite que os profissionais desenvolvam as habilidades e conhecimentos necessários para identificar, prevenir e intervir de forma eficaz nessa violação dos direitos das crianças.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Percebe-se que o trabalho infantil contribui para a reprodução do ciclo da desigualdade, uma vez que o trabalhador infantil de hoje será o trabalhador subalterno do futuro, pois suas chances de acessar uma educação de qualidade, com o tempo de estudo, descanso e com a nutrição adequada não são uma realidade para esse público. Além disso, o trabalho infantil regular expõe crianças e adolescentes a diversas situações de risco e a violações graves de direitos humanos, com impactos que podem ser irreversíveis sobre seu desenvolvimento físico, intelectual, social e psicológico.

A legislação autoriza de forma excepcional o trabalho a partir dos 14 anos na condição de aprendiz e a partir de 16, desde que dentro dos critérios definidos por lei. Buscando a proteção da criança e do adolescente e visando a garantia do seu desenvolvimento algumas atividades, definidas como as piores formas de trabalho infantil, são vedadas sem exceções.

Nos espaços caracterizados por desigualdades sociais, como é o caso do Brasil, é incumbência do Estado garantir a implementação de políticas públicas que visem à promoção da dignidade da pessoa humana, bem como à proteção contra quaisquer atos degradantes e desumanos. Além disso, é necessário adotar medidas que promovam a igualdade de oportunidades e a inclusão social, com o intuito de dar voz e visibilidade às camadas historicamente marginalizadas e excluídas.

No que diz respeito à erradicação dessa forma de exploração, devem ser realizadas ações de identificação de áreas vulneráveis, através de um mapeamento cuidadoso, para que seja possível direcionar intervenções assertivas e efetivas. Nesse aspecto, é importante fortalecer a atuação dos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente para que os mesmos possam orientar a criação de políticas públicas eficientes na prevenção e erradicação do trabalho infantil.

As estratégias de prevenção, que englobam a conscientização e sensibilização, continuam sendo as abordagens mais eficazes para gerar um impacto cultural significativo. É fundamental destacar que tanto as estratégias de prevenção como as de erradicação do trabalho infantil rural devem levar em consideração as peculiaridades e características locais.

Um dos pontos cruciais consiste em fortalecer uma rede de apoio bem articulada para lidar com essa demanda, além de investir na

capacitação dos profissionais envolvidos na rede para garantir que as vítimas sejam acolhidas adequadamente e que o problema seja tratado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 8 jul. 2023.

BRASIL. Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador (2019-2022). Brasília, Ministério do Trabalho e do Emprego, 2019. Brasil, 2019a. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/novembro/lancado-3o-plano-nacional-de-prevencao-e-erradicacao-do-trabalho-infantil/copy_of_PlanoNacionalverso-site.pdf. Acesso em: 8 jul. 2023.

BRASIL. *Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõe sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasil, 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 9 jul. 2023.

BRASIL. Guia passo a passo: prevenção e erradicação do trabalho infantil na cidade de São Paulo / Luciana Silveira. — São Paulo: Associação Cidade Escola Aprendiz, 2019c.

BRASIL. *Decreto n. 6.481, de 12 de junho de 2008*. Regulamenta os artigos 3º, alínea “d”, e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm. Acesso em: 9 jul. 2023.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm . Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. Resolução n. 105, de 15 de junho de 2005 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Dispõe sobre os Parâmetros para Criação e Funcionamento dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <https://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Conselhos/Res105.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2023.

BRASIL. *Decreto n. 6.481, de 12 de junho de 2008*, regulamenta os artigos 3º, alínea “d”, e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto n. 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm Acesso em: 9 jul. 2023.

CUSTÓDIO, André Viana. *A exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil: limites e perspectivas para sua erradicação*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, Universidade Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007202.pdf>>. Acesso em. 9 jul. 2023.

CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente*. Criciúma: UNESC, 2009.

MOREIRA; Rafael Bueno da Rosa; CABRAL, Johana. *O Papel dos Conselhos Municipais da Criança e do Adolescente no Estabelecimento de Protocolos de Atendimento e Encaminhamento*. In: SOUZA, Ismael Francisco de (ORG.). *Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente: políticas públicas e proteção integral*. 1, ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020. 89– 107.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 138, sobre a idade mínima de admissão ao emprego. 1973. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/2237892/0/Convenção+138+da+OIT++Idade+m%C3%ADnima+de+admissão+ao+emprego>. Acesso em: 9 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 182, sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação. 1999. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/2237892/0/>

Convenção+182+da+OIT+sobre+Proibição+das+piores+formas+de+trabalho+infantil+e+Ação+imediata+para+sua+eliminação. Acesso em: 9 jul. 2023.

SOUZA, Ismael Francisco; CABRAL, Johana; BERTI, Renata Back. *O reconhecimento do direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária no Brasil*. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 11, n. 1, p. 125-148, jan./jun. 2010.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 1, p. 38-54, jan./mar. 2013.

OVERSHARENTING E O EXERCÍCIO FUNCIONAL DA AUTORIDADE PARENTAL COMO FORMA DE PRESERVAR OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS FILHOS NO MEIO DIGITAL

Oversharenting and the functional exercise of parental authority as a means to preserve children's personality rights in the digital environment.

Éric Lima de Souza¹

INTRODUÇÃO

A ascensão da internet foi um marco importante na história da comunicação e interconexão global. Desde o seu surgimento, as pessoas têm entrado gradativamente em um mundo virtual interconectado, onde a informação e a interação podem ser realizadas em tempo real independente da distância física. As redes sociais surgiram como uma evolução natural disso à medida que a tecnologia avançava, fornecendo plataformas *online* para os indivíduos se conectarem, compartilharem experiências, expressarem opiniões e interagirem com outras pessoas ao redor do mundo. Hoje, é inegável que um significativo percentual de pessoas utiliza as redes sociais como parte integrante do seu cotidiano, o que mostra a relevância e influência dessas redes no mundo atual.

¹ Graduando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/0702943549344246>. E-mail: ericldsouza2@gmail.com

Contudo, muito embora seja inegável reconhecer os inúmeros benefícios e facilidades que as novas tecnologias trouxeram para a vida das pessoas, não se pode ignorar os riscos que delas advêm. Um dos grandes expoentes nesse sentido são as redes sociais, as quais, muitas vezes, transformam-se em grandes “galerias de exibição”, onde estão expostas não apenas a imagem dos usuários, mas também seus sentimentos, rotinas e opiniões, os quais alimentam a rede com uma quantidade imensa de dados pessoais. Um simples comentário, vídeo ou foto pode ganhar proporções avassaladoras e alcançar milhões de usuários, inclusive de pessoas de fora da bolha social² de quem postou. É notório que muitos adultos optem por adotar a cultura do exibicionismo digital, a questão é que, não raras vezes, verifica-se que essas mesmas pessoas - na condição de pais ou responsáveis - expõem também a imagem e os dados dos filhos, ainda crianças ou adolescentes. Com isso surge o questionamento: há limites para essa exposição?

Com base na referida indagação, tem-se como propósito de investigação analisar a problemática conhecida como *oversharenting* e a questão da exposição excessiva de crianças e adolescentes nas redes sociais. O objetivo é ampliar a compreensão sobre o tema, abordando os desdobramentos desse fenômeno, em especial, os perigos associados a essa prática, além de discutir os eventuais limites para essa exposição, que se encontram em uma linha tênue entre os direitos da personalidade dos infantojuvenis, especialmente no que diz respeito à sua imagem, honra e intimidade, e o exercício do poder parental. Além disso, busca-se fornecer orientações e medidas preventivas com o intuito de auxiliar os pais e responsáveis na proteção dos direitos e no bem-estar dos jovens no ambiente virtual.

Para tanto, utilizou-se uma metodologia qualitativa, com o objetivo de compreender os fenômenos do *oversharenting* e da exposição excessiva de crianças e adolescentes nas redes sociais, cuja abordagem adotada foi de natureza básica e exploratória, focada na análise teórica por meio de levantamento bibliográfico. No que se refere aos procedimentos metodológicos, a pesquisa foi baseada em análise bibliográfica

2 “Bolha social” refere-se a um ambiente restrito online, no qual uma pessoa interage principalmente com indivíduos de um círculo social conhecido. No contexto da internet, as pessoas podem ficar presas em suas próprias bolhas, tendo contato somente com pessoas conhecidas e consumindo informações que confirmem suas crenças, devido aos algoritmos de recomendação que filtram conteúdos divergentes (PELLIZZARI; JUNIOR, 2019).

e dedutiva. Além disso, foram examinadas obras acadêmicas, como livros, doutrinas e artigos científicos já publicados, além de revistas especializadas, sites confiáveis e materiais relevantes.

DESENVOLVIMENTO

O termo *sharenting*, derivado da junção das palavras em inglês *share* (compartilhar) e *parenting* (cuidar, exercer a autoridade parental), refere-se a um fenômeno em que pais ou responsáveis legais compartilham informações, fotos e dados dos filhos em redes sociais. No entanto, conforme explica Filipe Medon (2021), essa forma de expressão acaba se tornando disfuncional, minando os direitos da personalidade das crianças e adolescentes envolvidos, quando começa a ocorrer uma quantidade significativa de informações sobre eles na internet. Essa superexposição compromete a privacidade e a autonomia dos jovens, representando uma questão delicada que embate com a liberdade de expressão e a autoridade parental dos pais (MEDON, 2021).

Diante disso, devido à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, as crianças e adolescentes devem ser considerados hipervulneráveis, o que significa que estão mais suscetíveis a riscos e danos quando expostos no ambiente online (MEDON, 2021). Isso porque, o *oversharenting* pode ter severas consequências para seu desenvolvimento psíquico, social e autodeterminação. A falta de consciência dos pais sobre o que compartilham sobre seus filhos pode prejudicar o bem-estar a longo prazo, afetando a construção da identidade pessoal e as oportunidades futuras de emprego, comprometendo a privacidade e autonomia das crianças, além de ter impactos negativos em seu ambiente escolar e na formação de relacionamentos (TEPEDINO; MEDON, 2021).

Perante o exposto, há um risco significativo associado à prática conhecida como roubo de identidade, que envolve o uso indevido de fotos e informações pessoais de crianças facilmente encontradas *online*. As crianças e adolescentes são vistos como alvos potenciais para esse tipo de crime, uma vez que, durante anos de sua infância, não precisavam de determinados documentos ou solicitações de contas bancárias ou crédito financeiro. Isso significa que suas informações podem ser usadas ilegalmente por um longo período sem serem detectadas (TEPEDINO; MEDON, 2021). Nessa toada, Fernando Büscher von Tes-

chenhausen Eberlin (2017) atenta que a exposição excessiva de informações pessoais de crianças e adolescentes, a exemplo de informações médicas, desempenho escolar, processos de adoção e tutela devem ser protegidas, eis que sua exposição descontrolada pode ter implicações importantes à vida da criança quando adulta, impactando suas possibilidades e comportamento.

Ademais, os desdobramentos jurídicos da prática do *oversharenting* violam diversos incisos do artigo 5º, da Constituição Federal, a começar pelo inciso X, que prevê a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado, ainda, o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; o direito à informação previsto no inciso XIV; o direito ao sigilo das comunicações e dados estabelecido no inciso XII; a inviolabilidade do domicílio no inciso XI; o direito de receber informações de interesse público estabelecido no inciso XXXIII; e o direito ao conhecimento e correção de informações pessoais por meio do *habeas data* garantido pelo inciso LXXII (FERREIRA, 2020). Por último e não menos importante, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, conforme disposto no inciso LXXIX, incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022.

Vale referir que com a promulgação da Lei nº 13.709, em 14/08/2018, conhecida como LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), o Brasil se juntou a mais de 130 países que possuem legislações próprias para a proteção de dados pessoais (FERREIRA, 2020). Essa lei, assim como a GDPR (Regulamento Geral de Proteção de Dados) da União Europeia, foi elaborada com o intuito de oferecer uma proteção mais sólida e garantir direitos a todos os indivíduos, especialmente às crianças, que são consideradas particularmente vulneráveis. No entanto, ela não é suficiente para coibir a prática do *oversharenting*, sendo necessário buscar a interação entre diferentes fontes, integrando o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de outros instrumentos normativos, tendo a Constituição da República como base agregadora e unificadora de princípios (MEDON, 2021).

Sobre tal fenômeno, Fernando Eberlin (2017) ainda atenta que este abrange não apenas a divulgação de informações e fotos de crianças nas redes sociais, mas também engloba a gestão da vida digital dos filhos pelos pais. Isso inclui a criação de perfis em redes sociais em nome das crianças, onde os pais constantemente compartilham informações sobre suas rotinas, como por exemplo quando uma mãe, ainda grávida,

criar uma conta em uma rede social para seu futuro bebê, algo cada vez mais comum entre os influenciadores digitais³. Nesse contexto, os pais não apenas gerenciam suas próprias vidas digitais, mas também criam uma presença digital paralela em nome de seus filhos (EBERLIN, 2017).

Resta evidente que o dever dos pais deveria ser o de orientar e proteger seus filhos dos perigos do mundo digital, mas muitas vezes o que acontece é exatamente o contrário, na medida em que expõem indeliberadamente os dados de seus filhos nas redes sociais. (TEPEDINO; MEDON, 2021). Tal conduta de superexposição, acaba por violar a privacidade e a intimidade das crianças, contrariando o disposto no artigo 1.634 do Código Civil, que estabelece as funções parentais e a responsabilidade dos pais na criação e educação dos filhos. Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece em seu artigo 17, princípios como o direito à preservação da imagem e identidade, e no artigo 18 o direito à intimidade, vida privada, honra e imagem. Portanto, a prática do *oversharenting* começa como uma inobservância do dever parental e termina como uma violência aos direitos dos filhos, quando deveriam, como detentores do poder familiar, zelar pelos interesses das crianças, exercendo sua autoridade parental de maneira cautelosa e respeitando os seus limites (SANTOS; EDLER, 2022).

Ademais, conforme explicado por Steinberg (2017), as crianças e adolescentes possuem interesse legítimo em proteger as informações sobre si mesmas, sejam elas positivas ou negativas, que foram compartilhadas por seus pais, evitando a disseminação descontrolada. Elas também podem discordar das decisões de seus pais de compartilhar dados pessoais, no entanto, não possuem a opção de excluí-las e nem de controlar as decisões de seus genitores. Essa falta de controle por parte dos titulares dos dados, ou seja, das próprias crianças e adolescentes, nega o exercício do direito à autodeterminação informativa (EBERLIN, 2017).

Diante disso, questiona-se: será possível cumprir adequadamente a tarefa parental de cuidar dos filhos, havendo que lhes respeitar a liberdade e a privacidade? A resposta para esse questionamento está intimamente ligada à função essencial da responsabilidade parental, que agora se concentra na promoção do desenvolvimento da personalidade

3 É relevante salientar que os termos de uso das redes sociais, como Facebook, TikTok e Instagram, estabelecem uma faixa etária mínima para os usuários fixada em 13 anos. Essa restrição busca garantir a conformidade com as leis de proteção à privacidade e dados pessoais, bem como fornecer uma diretriz para o uso responsável das plataformas digitais por parte dos usuários mais jovens.

dos filhos, com respeito à sua dignidade pessoal. Se a função do poder familiar passou a ser educar para contribuir para o bom desenvolvimento da personalidade da criança, não há como fazê-lo somente mediante o cerceamento da liberdade, sendo necessário, principalmente, promovê-la e respeitá-la (MENEZES; MORAES, 2015).

No âmbito jurídico brasileiro, quase não há discussão sobre as consequências do *oversharenting* e das escolhas dos pais em relação à divulgação online de informações sobre seus filhos. Parece haver uma falta de consciência e reflexão em relação a esse fenômeno e às novas responsabilidades no exercício do poder familiar no mundo digital. A percepção é de que os pais se sentem pressionados a compartilhar momentos íntimos e familiares como forma de comprovar sua felicidade e sucesso para terceiros, sem considerar como suas postagens podem afetar o bem-estar e os direitos de seus filhos (FERREIRA, 2020).

É claro que, parte-se da premissa de que os genitores não possuem a intenção de prejudicar seus filhos ao compartilhar informações na internet, agem dessa forma por não estarem cientes das consequências que seu comportamento *online* pode acarretar ao longo do tempo. Essa falta de compreensão das consequências da superexposição de dados está relacionada ao baixo entendimento dos mecanismos da sociedade da informação, que pressupõe a constante coleta de dados (EBERLIN, 2017).

No entanto, conforme Filipe Medon e Elora Fernandes (2021), essa premissa não os exime do dever de se conscientizarem dos riscos inerentes ao ambiente digital e de adotarem medidas efetivas para prevenir danos potenciais. É imprescindível que os genitores reconheçam a importância de estarem presentes e engajados na educação digital de sua prole, evitando o abandono digital, que se caracteriza justamente pela falta de atenção, cuidado e orientação dos pais ou responsáveis em relação à presença e atividades *online* de seus filhos (FERNANDES; MEDON, 2021).

Contudo, algumas vezes o compartilhamento de informações pode não ser maléfico, pelo contrário, pode ter benefícios tanto para os pais quanto para as próprias crianças. Por exemplo, no contexto de campanhas públicas no Brasil que divulgam imagens de crianças rejeitadas para adoção, entende-se que o compartilhamento das imagens serve a um propósito maior, que é encontrar um lar para essas crianças por meio da adoção. É por isso que se pressupõe que o problema não reside exatamente no *sharenting* em si, mas sim no *oversharenting*, ou seja,

quando há excesso de compartilhamento sem reflexão dos eventuais danos (MEDON, 2021).

Com efeito, é fato que a superexposição revela um conflito entre diferentes direitos: o direito à privacidade das crianças, o direito à liberdade de expressão dos pais e o direito-dever dos pais de cuidar de seus filhos e tomar decisões que sejam convenientes para eles em termos de vida digital, sempre considerando o melhor interesse da criança. No entanto, é importante ressaltar que em situações mais graves e extremas, o direito dos pais deve ceder, e pode ser necessária a atuação investigativa e repressiva do Ministério Público e dos Conselhos Tutelares. No cerne da discussão sobre o *oversharenting*, está a investigação dos limites da autoridade parental diante das novas tecnologias, especialmente das redes sociais (MEDON 2021).

Deste modo, fixa-se a premissa de que o poder familiar não é absoluto e deve ser exercido de maneira funcionalizada, considerando a pessoa em desenvolvimento que é a criança e o adolescente. Nesse contexto, o critério para avaliar se houve abuso no exercício do poder familiar é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Conforme Filipe Medon Affonso, a ideia é que o melhor interesse da criança deve prevalecer, considerando principalmente suas necessidades em detrimento dos interesses dos pais, e sempre realizando uma análise do caso concreto. Isso representa uma mudança conceitual, passando a enxergar as crianças e adolescentes não apenas como incapazes, mas como sujeitos de direito que merecem proteção, especialmente por estarem em processo de formação. Ao combinar esse princípio com o poder-dever emanado da autoridade parental, surge para o juiz a difícil tarefa de impor limites a esse poder, levando em consideração os danos que podem surgir para a segurança e integridade físico-psíquica da prole (AFFONSO, 2019).

Diante disso, é interessante notar que os casos extremos parecem ser mais fáceis de serem resolvidos. O grande problema da superexposição reside nas pequenas ações do cotidiano, como as postagens sutis, onde não há maldade no genitor que as posta. Nesse sentido, parece que, neste momento, apenas a educação dos pais sobre os riscos envolvidos e a implementação de medidas por parte das plataformas podem levar a resultados satisfatórios. Os Conselhos Tutelares, o Ministério Público e, em última instância, o Poder Judiciário não têm recursos suficientes para monitorar o excesso diário cometido por pais, mães e parentes anônimos (EBERLIN, 2017). Nesse contexto, a melhor abor-

dagem é “pensar antes de postar”, como defendido por Steinberg (2017) em seu trabalho especializado sobre o tema, no qual ele sugere um guia de boas práticas para compartilhar conteúdo na internet.

Certamente, no Brasil, ainda não existe clareza quanto ao conteúdo desse direito, nem se sabe o alcance e a abrangência que podem ser atribuídos a ele. No entanto, no que diz respeito à superexposição de dados de crianças, para Filipe Medon (2021) é essencial garantir que o indivíduo tenha o direito de exercer controle sobre a história de sua própria vida como parte da construção de sua própria autodeterminação. Em alguns casos, esse processo de reconstrução pode depender da exclusão de dados e imagens divulgados por pais ou terceiros sem o consentimento da criança ou adolescente. Basta pensar que uma pessoa pode não querer que potenciais empregadores saibam que, durante sua infância, ela enfrentou questões psiquiátricas ou comportamentais que foram expostas por seus pais em fóruns na internet. Da mesma forma, pode não desejar que fotos postadas por seus pais revelem sua identidade de gênero anterior, caso tenha passado por uma transição. Portanto, o consentimento desempenha um papel central na definição da extensão a ser conferida a esse direito (MEDON, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir desse estudo preliminar, verifica-se que o *oversharing* acarreta uma série de consequências negativas para o desenvolvimento emocional, psicológico e social de crianças e adolescentes. Constatou-se que a exposição constante da vida privada nas redes sociais pode comprometer, especialmente, a segurança dos filhos. Além disso, essa exposição desenfreada pode resultar em problemas de depressão, ansiedade, autoestima e até mesmo expor esses indivíduos a riscos de exploração ou abuso. Os efeitos negativos também se estendem à vida adulta, pois a exposição precoce e excessiva pode afetar a construção de uma identidade digital.

No que diz respeito aos direitos das crianças e adolescentes, existe a necessidade de garantir a proteção de sua vida privada, honra e imagem, tanto pela atuação dos pais como por meio de amparo legal e regulatório. É de suma relevância a conscientização sobre os riscos envolvidos na exposição excessiva nas redes sociais e adotar medidas de

prevenção e controle para salvaguardar a segurança e o bem-estar dos que ainda não atingiram a maioridade legal nesses ambientes virtuais.

Diante disso e, frente às omissões e controvérsias presentes na LGPD no que se refere a essa questão, torna-se urgente que a doutrina, o Judiciário e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados atuem para preencher as lacunas e solucionar as incertezas, utilizando como base os marcos normativos estabelecidos pela Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, pelo ECA e pelo Código Civil. Nesse processo, é fundamental respeitar a unidade e a coerência do ordenamento jurídico, sempre tendo como referência a Constituição da República e seus princípios fundamentais.

Assim, conclui-se ser imprescindível a promoção de campanhas de conscientização, envolvendo as plataformas de redes sociais para que participem ativamente no *design* de seus recursos, com o intuito de alertar sobre os riscos desse fenômeno. Por fim, cabe às autoridades públicas e a toda a sociedade a responsabilidade de desenvolver uma consciência coletiva em relação a essa prática, que já tem adentrado o âmbito do Poder Judiciário e parece demandar, em certa medida, a atenção do Poder Legislativo. É essencial agir de forma preventiva para evitar a continuidade da propagação da superexposição de dados de crianças e adolescentes garantindo, desta forma, a proteção à privacidade e a segurança das gerações futuras.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Filipe José Medon. **Influenciadores digitais e o direito à imagem de seus filhos: uma análise a partir do melhor interesse da criança**. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, mai./ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 28/06/2023.

CRUZ, Fernanda Alves Davidoff. **O impacto do uso de mídias digitais na qualidade de vida de adolescentes**. 2014. 99 f. Dissertação (Mestrado em Ciências) - Escola de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade Fe-

deral de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://repositorio.unifesp.br/handle/11600/48954>. Acesso em: 13 mar. 2023.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro**. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, no 3, 2017 p. 255-273.

FERNANDES, Elora; MEDON, Filipe. **Proteção de crianças e adolescentes na LGPD: desafios interpretativos**. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, maio/ago. 2021.

FERREIRA, L. M. T. **A superexposição dos dados e da imagem de crianças e adolescentes na Internet e a prática de Sharenting: reflexões iniciais**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 78, out./dez. 2020.

LATERÇA, Priscilla Silva; FERNANDES, Elora; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BRANCO, Sérgio (Coords.). **Privacidade e Proteção de Dados de Crianças e Adolescentes**. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro; Obliq, 2021. E-book.

MEDON, Filipe. **(Over) Sharenting: a superexposição da imagem e dos dados pessoais de crianças e adolescentes a partir de casos concretos**. Indaia-tuba: Editora Foco Jurídico Ltda, 2021.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Autoridade de parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 20, n. 2, mai-ago 2015.

PELLIZZARI, Bruno Henrique Miniuchi; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Bolhas Sociais e seus efeitos na sociedade da informação: ditadura do algoritmo e entropia na internet**. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias, v. 5, n. 2, p. 57-73, Jul/Dez. 2019. ISSN: 2526-0049.

SANTOS, Grazielle Bomfim; EDLER, Gabriel Octacilio Bohn. **Oversharenting: A Superexposição da Imagem das Crianças e Adolescentes nas Redes Sociais e a Responsabilidade Civil dos Pais**. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, São Paulo, v. 8, n. 06, jun. 2022. ISSN 2675-3375.

SOUZA, Regina; BARBIERI, Erika. A prática do Oversharenting e o Compartilhamento Excessivo da Vida Parental por meio de Identidades Digitais. Anais

do Fórum de Iniciação Científica do UNIFUNEC. Santa Fé do Sul, São Paulo, v. 11, n. 11, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; MEDON, Filipe. **A superexposição de crianças por seus pais na internet e o direito ao esquecimento**. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico Ltda, 2021.

PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E OS CRITÉRIOS DE SUA CONSTITUIÇÃO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Socio-Affective Parenthood and the criteria for constitution by Superior Courts

Ana Paula Brudnicki Barbosa¹

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo analisar a evolução jurisprudencial a respeito da parentalidade socioafetiva nas Cortes Superiores brasileiras, a fim de reconhecer a filiação socioafetiva como consequência de uma transformação social em que ocorre a primazia das relações afetivas em detrimento das relações biológicas quando da formação da família, servindo como base aos laços afetivos, à busca da felicidade e à filiação responsável.

O problema de pesquisa decorre da análise da evolução do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva nas Cortes Superiores, identificando os marcos legais que são objetos de contenda, bem como investigar os critérios utilizados para reconhecer tal vínculo, e avaliar o impacto das decisões neste sentido.

As hipóteses levantadas buscam analisar se a jurisprudência das Cortes Superiores tem evoluído para reconhecer e proteger a filiação socioafetiva como um vínculo parental legítimo e digno de proteção

¹ Ana Paula Brudnicki Barbosa; Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa em Família, Sucessões, Crianças e Adolescentes e Direitos e a Constituição Federal, vinculado ao PPGD da FMP/RS; Bacharel em Direito pela PUCPR; ana.brudnicki@gmail.com.

legal, além de verificar a aplicação dos princípios constitucionais, em especial o da dignidade humana, a fim de legitimar a proteção da igualdade entre filhos.

Foi aplicado o método dedutivo partindo da premissa geral acerca da evolução do conceito de filiação, buscando a premissa específica acerca do reconhecimento da filiação socioafetiva pelos Tribunais Superiores e chegando à conclusão de que tal reconhecimento cria um vínculo legítimo e digno de proteção jurídica, baseado no princípio do afeto e na busca pela felicidade dos indivíduos, assegurando a aplicação do princípio da dignidade humana.

DESENVOLVIMENTO

A família é vista como o espaço primordial de socialização do ser humano, especialmente para as crianças em processo de desenvolvimento. É nela que a criança adquire as culturas e hábitos da sociedade em que está inserida e é responsável por prover as necessidades básicas e emergentes da criança, permitindo sua sobrevivência (VYGOTSKY, 1991, p. 87).

Segundo a ONU, a família, “como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros e, em particular, das crianças, deve receber a proteção e a assistência necessárias para poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade” (Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, 1989).

As características da família sofreram diversas modificações ao longo dos últimos 100 anos. A família formada pelo Código Civil de 1916 como um ente patrimonializado e hierarquizado (ROSA; ALVES, 2023, p. 133) e, ao longo deste período, a característica da família se dá pela afetividade entre seus membros, estabilidade na relação e ostensibilidade, além de figurar uma relação horizontal, sem nenhuma hierarquia entre os entes familiares (ROSA, 2022, p. 179).

As entidades familiares tiveram essa mudança de paradigma com o advento da Constituição Federal, quando trouxe o olhar da dignidade da pessoa ao direito privado, em sua dignidade, e despatrimonializa as suas relações, ampliando a autonomia privada e, consequentemente, afeta as relações familiares e elencou a família como base da sociedade, trazendo outras formas de família, elencando as famílias mo-

noparentais e as advindas das uniões estáveis neste rol (PEREIRA, 2012, p. 130). A Constituição também assegurou a igualdade entre cônjuges e também a igualdade entre filhos, extirpando a ideia de filho legítimo e ilegítimo (ROSA, 2022, p 170).

No entanto, com o avanço da sociedade e as formas de relacionamento, não cabe mais tão e somente as configurações familiares elencadas na Carta Magna, sendo a filiação socioafetiva uma das relações que mereciam destaque e proteção do Estado.

O conceito de paternidade socioafetiva teve origem na doutrina na década de 1990, por Edson Fachin que preleciona acerca da formação dos vínculos afetivos pelos laços de afeto, independentemente de vínculos biológicos e tem suas raízes na antiga expressão “posse de estado de filho”. A posse de estado ocorre quando uma criança é tratada e reconhecida socialmente como filho, independentemente da sua origem filial. O conceito de paternidade socioafetiva também se estende aos irmãos, mãe e, em geral, a todos os membros da parentalidade (PEREIRA, 2015, p. 520).

A verdade sobre a filiação não é apenas aparente, mas decorre do direito fundamental à filiação. A paternidade não se resume a um simples ato físico, mas é principalmente uma escolha consciente, indo além dos aspectos puramente biológicos, ou até mesmo presumidos biológicos, para adentrar de maneira poderosa e significativa no âmbito afetivo (DIAS, 2022, p. 60). O ponto essencial é que a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho. Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não-biológica (LOBO, 2006, p. 1).

Nesta senda, a parentalidade socioafetiva decorre do aspecto afetivo e emocional da relação, independentemente dos laços biológicos ou legais. Essa forma de parentalidade pode ocorrer em várias situações, como adoção, famílias recompostas, famílias formadas por casais do mesmo sexo, ou até mesmo quando um membro da família, como um avô ou uma avó, assume o papel de pai ou mãe de fato em virtude do abandono ou impossibilidade dos genitores biológicos (CARDOSO, 2014).

Quando tratadas as relações familiares segundo a afetividade, tal marco se apresenta como um postulado normativo aplicativo, superior ao conceito principiológico do Direito de Família, sendo “um alicerce jurídico imaterial necessário para a correta interpretação jurídica

voltada à proteção e melhor interesse das crianças e adolescentes” (FARIAS; ROSA, 2022, p. 52).

O Código Civil de 2002 trouxe a filiação socioafetiva no seu artigo 1.593², quando afirma que o parentesco pode ser civil ou natural. Para ser reconhecida a posse do estado de filho, é importante frisar que não há um conceito estanque a respeito do tema, mas é uníssona a condição de filho pelos laços de afeto, bem como a capacidade do indivíduo de externar a condição de filho de quem o criou e educou (GOMES, 2001, p. 324). No entanto, para a sua configuração, é necessário que haja um tratamento entre o genitor e a prole como se filho fosse, a utilização do nome da família e o reconhecimento de terceiros da relação parental que ali foi estabelecida (CARDOSO, 2014).

A fim de analisar os critérios utilizados pelos Tribunais Superiores, foi realizada a pesquisa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e decisões paradigmas no Supremo Tribunal Federal a partir de 2002, em razão da vigência do Código Civil atual.

A primeira decisão encontrada pela pesquisa é datada de 2007, no Recurso Especial n. 234.833/MG, em que a Corte se posicionou a respeito do estado de filiação o estado de filiação. O estado de filiação não está necessariamente ligado à origem biológica, podendo assumir características provenientes de outras relações que não sejam exclusivamente genéticas. Deste modo, o estado de filiação é uma categoria mais ampla, na qual se enquadram a filiação biológica e a não biológica. Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido no contexto das relações familiares, mesmo que haja um vínculo biológico com os pais na maioria dos casos.

Em 2009, no Recurso Especial n. 709.608/MS, a Corte firmou entendimento no sentido de que o registro de nascimento baseado em uma paternidade socioafetiva, estabelecido por meio de uma genuína posse de estado de filho, uma forma legítima de filiação registrada, possui validade jurídica. Esse reconhecimento voluntário, baseado na livre e consciente intenção das partes envolvidas, não tem o poder de ser revogado.

Em decorrência desta decisão, tiveram outras decisões, como a disposta no Recurso Especial n. 1.814.330/SP, no ano de 2021, no sentido do genitor registrou e criou um filho como seu, mas anos depois

2 Art. 1593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

descobriu-se o equívoco em relação à sua relação biológica, não será possível anular o registro, uma vez que o vínculo contínuo e duradouro de pai com a prole é o que importa. O pai continuará sendo responsável pelo sustento e apoio emocional da criança, fornecendo todo o suporte necessário, incluindo visitas e pagamento de pensão alimentícia. Nesse caso, o pai terá apenas o direito a uma sentença declaratória de nulidade do vínculo biológico, enquanto a paternidade continuará mantida.

Em 2010, no Recurso Especial n. 252.697.5/SP, reconheceu a maternidade socioafetiva, sob o fundamento de que “a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares”. No Recurso Especial n. 1.000.356/SP, no mesmo ano, reconheceu a filiação socioafetiva decorrente da adoção “à brasileira”³ entre mãe e filha.

Em 2011, no Recurso Especial n. 1.189.663/RS, o STJ apontou o estado de filho como “condição que caracteriza a filiação socioafetiva, reclama, para o seu reconhecimento, de sólida comprovação que a distinga de outras situações de mero auxílio econômico, ou mesmo psicológico”, bem como garantiu a possibilidade do genitor postular a filiação socioafetiva, ampliando as hipóteses elencadas no disposto no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em 2012, pelo Recurso Especial n. 1.244.957, a Corte dispôs acerca da caracterização da filiação socioafetiva o assento civil realizado por meio de declaração indevida, ainda que o ato seja questionado pelo filho biológico.

Neste mesmo ano, a Corte firmou entendimento no Recurso Especial n. 1.217.415/RS de que há a possibilidade de reconhecimento de filiação socioafetiva no reconhecimento de uma família anaparental - sem a presença de ascendentes - deve ser reconhecida e ter o mesmo status das outras formas de família descritas no ECA, ampliando a noção de família, levando em consideração os vínculos de afeto e a estabilidade das relações familiares.

3 A adoção à brasileira, inserida no contexto de filiação socioafetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 833.712/RS. 3. T., rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 04. jun. 2007).

No ano de 2013, no Recurso Especial n. 1.115.428/SP, o STJ negou o pedido do irmão acerca do pedido de declaração inexistência de parentesco contra a irmã pela sua recusa a realizar o exame de DNA, uma vez que estava configurada a filiação socioafetiva com o genitor.

Ainda, neste ano, no julgamento do Recurso Especial n. 1.401.719/MG, a Corte garantiu a possibilidade de o filho buscar a sua filiação biológica em decorrência do seu direito à ascendência biológica, atinente ao seu direito de personalidade, ainda que esteja configurada a filiação socioafetiva. No ano de 2014, o STJ estabeleceu a possibilidade da filiação socioafetiva aos avós (Recurso Especial n. 1.448.969/SC).

Em 2015, no Recurso Especial n. 1.371.048/SP, a Corte firmou entendimento no sentido de que a filiação socioafetiva, para ser reconhecida, depende da demonstração da vontade manifesta do adotante de estabelecer laços de parentesco com efeitos patrimoniais.

Ainda que configurada a filiação socioafetiva, o STJ não impede o reconhecimento da ancestralidade biológica quando a investigação de paternidade por iniciativa do filho ou do genitor biológico, uma vez que a pretensão deduzida deriva do direito personalíssimo, indisponível e imprescritível de conhecimento do estado biológico de filiação, consubstanciado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, conforme preconiza a Constituição Federal no seu art. 1º, III (STJ, Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial n. 584.493/RS, 2015).

Com o fito de regular as questões acima dispostas, em 2016, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 898.060/SC, o qual firmou a Tese 622, reconheceu que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.”

Com esse entendimento, a Corte reconheceu a filiação socioafetiva mesmo sem registro, o que tinha uma certa resistência até então na doutrina, extirpou qualquer hierarquia entre a filiação socioafetiva e a biológica, bem como reconheceu a possibilidade da multiparentalidade no sistema brasileiro (SCHREIBER, 2019).

Pela evolução invocada pelo aresto que firmou a Tese acima ventilada, apresenta como fundamentação para a filiação socioafetiva o direito à busca da felicidade, premissa implícita ao princípio da dignidade humana, “que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação,

autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos”, bem como “a superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 622. Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.244.957. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 30. mai. 2016).

Tendo em vista a necessidade de proteção dos vínculos parentais baseados tanto na afetividade quanto na biologia de forma simultânea, visando garantir uma tutela abrangente e adequada para todas as partes envolvidas (STF, 2016), ocorreu a regulamentação do pedido extrajudicial de filiação socioafetiva por meio do Provimento 63/2017 pelo Conselho Nacional de Justiça. No Provimento, foi determinada a vedação do registro de mais de dois pais e de duas mães no campo filiação” no assento de nascimento.

O reconhecimento da filiação socioafetiva ou da multiparentalidade resulta em efeitos jurídicos no âmbito sucessório. Nesse contexto, o filho tem direito a sucessão, assim como os genitores, além dos ascendentes e parentes, tanto em seu direito quanto por meio da representação, conforme Enunciado 33, IBDFam (Instituto Brasileiro de Direito de Família), no qual dispõe que “o reconhecimento da filiação socioafetiva ou da multiparentalidade gera efeitos jurídicos sucessórios, sendo certo que o filho faz jus às heranças, assim como os genitores, de forma recíproca, bem como dos respectivos ascendentes e parentes, tanto por direito próprio como por representação”.

A filiação socioafetiva é a demonstração inequívoca que o afeto traz efeitos jurídicos e que o Estado precisa regular os efeitos do afeto, a fim de configurar o seu valor jurídico e trazer a justiça às relações mantidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos resultados obtidos, é possível concluir que a jurisprudência das Cortes Superiores, neste caso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), tem evoluído para reconhecer e proteger a filiação socioafetiva como um vínculo parental legítimo e digno de proteção legal. A análise das decisões proferidas revelou uma mudança de paradigma, destacando a importância da posse

de estado de filho, da convivência familiar e do afeto como elementos determinantes para o estabelecimento da filiação socioafetiva.

O STJ, ao longo dos anos, tem discutido e consolidado entendimentos relevantes sobre a filiação socioafetiva. Decisões da corte reconhecem que o estado de filiação não está estritamente vinculado à origem biológica, abrangendo também a filiação socioafetiva. O reconhecimento voluntário da paternidade/maternidade socioafetiva, baseado na posse de estado de filho, é considerado um ato legítimo e irrevogável.

Além disso, o STJ reconhece a importância dos princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade humana, para legitimar a proteção da igualdade entre filhos e a busca pela felicidade. A jurisprudência tem respaldado o reconhecimento da filiação socioafetiva, mesmo quando confrontada com a ancestralidade biológica, garantindo o direito personalíssimo e indisponível do conhecimento da origem biológica.

O STF, por sua vez, firmou importante tese que reforça o reconhecimento da filiação socioafetiva. A multiparentalidade foi reconhecida, eliminando qualquer hierarquia entre a filiação socioafetiva e a biológica. O entendimento do STF também enfatiza o direito à busca da felicidade e o princípio da dignidade humana como fundamentos para a filiação socioafetiva.

Nesse contexto, tanto o genitor biológico quanto o genitor socioafetivo podem requerer o reconhecimento de sua parentalidade, além do filho, sem que isso exclua o nome do outro genitor. O reconhecimento da multiparentalidade permite a coexistência dos vínculos socioafetivos e biológicos, reconhecendo a diversidade das relações familiares estabelecidas pelo afeto.

Portanto, diante da evolução jurisprudencial, é possível afirmar que as Cortes Superiores têm reconhecido e protegido a filiação socioafetiva como um vínculo parental legítimo, respaldado nos princípios constitucionais, na busca pela felicidade e na dignidade humana. Essa evolução contribui para uma compreensão mais ampla e inclusiva da parentalidade, garantindo a proteção dos direitos das pessoas envolvidas e o reconhecimento da diversidade das relações familiares e, conseqüentemente, efeitos sucessórios.

Com o objetivo de proteger os vínculos parentais baseados tanto na afetividade quanto na biologia de forma simultânea, a regulamentação do pedido extrajudicial de filiação socioafetiva foi esta-

belecida pelo Conselho Nacional de Justiça por meio do Provimento 63/2017 e 83/2019.

Esse reconhecimento evidencia que o afeto tem repercussões jurídicas e enfatiza a necessidade de o Estado regular os efeitos do afeto para garantir a justiça nas relações estabelecidas.

REFERÊNCIAS

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: 08. Jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 833.712/RS*. 3. T., rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 04. jun. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 234.833/MG*. 4. T., rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 22. out. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 709.608/MS*. 4. T., rel. Min. João Otávio de Noronha, Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 23. nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 252.697-5/SP*. 3. T., rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 25. mai. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.000.356/SP*. 3. T., rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 07. jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.189.663/RS*. 3. T. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 06. set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.217.415/RS*. 3. T., rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 28. jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.244.957/SC*. 3. T., rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 27. set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.115.428/SP*. 4. T., rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 27. set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.401.719 / MG*. 3. T., rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 15. out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.448.969/SC*. 3. T., rel. Min. Moura Ribeiro. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 03. nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.371.048/SP*. 3. T., rel. Min. Otávio de Noronha. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 12. ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial n. 584.493/RS*. 4. T., rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 22. set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.814.330/SP*. 3. T., rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 14. set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 622. Agravo em Recurso Extraordinário n.1.244.957. 692.186*, Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 30. mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 898.060*. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 30. mai. 2016.

CARDOSO, Simone Tassinari. *Notas sobre parentalidade socioafetiva*. Trabalho aprovado e apresentado no II Congresso Brasileiro de Direito Civil, Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCIVIL. Curitiba, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito. Diário de Justiça, 17 de novembro de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento nº 83, de 14 de agosto de 2019*. Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça. Diário de Justiça, 14 de agosto de 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 15. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino. *Teoria Geral do Afeto*. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. Enunciados do IBDFam. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibd-fam>>. Acesso em: 05 jul. 2023.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *A paternidade socioafetiva e a verdade real*. Revista CEJ n. 34. Brasília: 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões*: ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de Família Contemporâneo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2022.

_____. *Direito de Família Mínimo na Prática Jurídica*. São Paulo: Juspodivm, 2023.

SCHREIBER, Anderson. *STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos*. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982>>. Acesso em: 03. jul. 2023.

VYGOTSKY, L.S. *A formação social da mente*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

PEDIDOS DE RETIFICAÇÃO DE PRENOME E GÊNERO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES TRANS: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ

Name And Gender Change Requests For Transgender Children And Adolescents: An Analysis Of Paraná State Court Rulings

Amanda Maria Trojan¹

INTRODUÇÃO

Até o ano de 2018, a alteração do registro civil de prenome e gênero de pessoas trans sujeitava-se à realização de cirurgias de transgenitalização. Quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275/DF, o Supremo Tribunal Federal (STF) criou a possibilidade de retificar os dados diretamente nos Cartórios de Registro Civil, mas, limitou-se a desburocratizar a alteração aos maiores de 18 anos de idade. Não obstante a omissão do julgado quanto à possibilidade de crianças adolescentes trans pleitearem a alteração de seus registros civis, esses pedidos passaram a demandar a intervenção do Poder Judiciário.

Diante disso, este trabalho centralizou-se em compreender, em sede de objetivo geral, a atuação do Poder Judiciário quando deman-

1 Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (FMP/RS). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal, do Programa de Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Assistente jurídica na 1ª Promotoria de Família e Sucessões de Curitiba/PR. Correio eletrônico: amandatrotrojan8@gmail.com

dado a decidir sobre o tema, investigando a postura dos julgadores, se há celeridade processual quando da análise dos pedidos e o percentual de procedência nas demandas. Para orientar o questionamento geral da pesquisa, foram estabelecidos como objetivos específicos o estudo da transgeneridade durante a infância e juventude, identificando as urgências sociais dessa parcela da população, e estudando a relação que o direito à retificação do prenome e gênero pode atenuar a exclusão social dessas crianças e adolescentes.

O problema de pesquisa a ser desenvolvido pautou-se em uma abordagem qualitativa indutiva, com o método de procedimento estatístico, por meio da pesquisa de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ao acessar o portal virtual do Tribunal de Justiça, por meio do link <https://www.tjpr.jus.br/>, verificou-se a opção “jurisprudência e precedentes”. O item redimensiona o pesquisador para nova aba, na qual deverá selecionar a opção “pesquisa de jurisprudência”. Desta forma, no dia 03/07/2023, às 19h36min, adotando-se da opção “pesquisa livre” de jurisprudências, inseriu no campo de busca as palavras “retificação”, “prenome”, “gênero”.

Crianças e adolescentes trans existem

A ONG “Minha Criança Trans” liderou os desfiles da 27ª Parada do Orgulho LGBTQIAPN+ na Avenida Paulista, em São Paulo. Investigando debates políticos e até mesmo acusações de crime sexuais contra vulneráveis, cerca de 120 famílias de crianças e adolescentes trans² foram às ruas reivindicar proteção estatal aos seus filhos (O GLOBO, 2023). Engana-se quem acredita que pessoas trans “nascem” apenas aos 18 anos de idade. A dissonância de gênero pode ser apresentada muito cedo, entre 03 e 04 anos de idade (BARBOSA, 2020, p. 3), vivenciando a identificação de gênero de modo definitivo entre os 06 e 07 anos de idade (COPI, 2021, p. 158).

O comportamento humano é aprendido através de um complexo processo de socialização, fomentado em uma expectativa social designadora de papéis, comportamentos, atividades e características as quais a sociedade compulsoriamente nos submete, tendo em vista nosso

2 No decorrer do presente resumo expandido adotara-se-á o termo “trans”. Com isso, busca-se abreviar várias palavras que expressam diferentes identidades, como transexual ou transgênero, ou até mesmo travesti. (TRANSFEMINISMO, 2023).

sexo genital (COSTA, 2021, p. 16). Inseridos em uma sociedade binária, a pretensão é de que a identidade de gênero se construa somente nos espectros masculinos e femininos.

Berenice Bento (2008, p. 17) critica o sistema binário por reproduzir a ideia de que a natureza é a responsável por construir a sexualidade e posicionar os corpos de acordo com as supostas disposições naturais. O olhar progressista de Berenice Bento atenta-se em proteger àqueles que, para além dessa dualidade, não se identificam com o sexo biológico de nascimento.

A transexualidade é definida exatamente no distanciamento entre o sexo de nascimento e o sexo com o qual o indivíduo se identifica (SANTOS, 2011, p. 124). Aquele que nasceu com características físicas do sexo biológico masculino, mas que se comporta socialmente como uma mulher – por meio do vestuário, práticas, atitudes, modo de andar e falar – transgride as condutas que a sociedade pretendia para o gênero masculino (COSTA, 2021, p. 26).

Thamirys Nunes (2020) relata que, antes dos 04 anos de idade, sua criança apontava sinais de desconforto com o sexo biológico, clamando pela aprovação dos pais para se vestir, agir e ser reconhecida socialmente na figura de uma menina. Para identificar uma criança trans não basta que suas preferências a brinquedos e objetos socialmente aceitos pelo sexo oposto, mas sim, quando essa criança fala sobre o assunto diversas vezes (COSTA, 2021, p. 42).

Os primeiros sinais são sutis, iniciando no desinteresse em brinquedos e cores referentes ao gênero distinto ao do sexo biológico, perpassando pelo autoconhecimento e desejo de pertencimento a gênero distinto daquele pretendido socialmente, findando-se no desejo de morrer e nascer novamente no corpo “certo” (NUNES, 2020). O desafio dos genitores em identificar, compreender e acolher suas crianças e adolescentes trans busca romper com as cobranças de familiares, igreja, vizinhos e escola, limitando o espaço em que seus filhos possam construir suas vidas como sujeitos de direitos (OLIVEIRA, 2018, p. 113).

Infelizmente, o espaço de acolhimento que Thamirys Nunes construiu para a sua criança trans ainda é exceção dos lares brasileiros. Estima-se que, a expulsão de filhos trans dos lares familiares ocorra aos 13 anos de idade (NICODEMOS; NUNES, 2021). Por se tratarem de seres menores de 18 anos de idade, seus anseios não possuem credibilidade, tornando-se alvo de ridicularização e exclusão. Esses indivíduos são enxergados como portadores de alguma patologia, confrontando

diariamente experiências que evidenciam o quanto estão em desacordo com padrões pré-estabelecidos, forçando-os a alterar sua forma de pensar e agir, para que possam adequar-se ao sexo anatômico (OLIVEIRA, 2018, p. 113).

Resistindo em um Estado que defende ser a família a base da sociedade e que, na falta dela, as ações estatais deveriam supri-las, crianças e adolescentes trans se tornam apenas estatística. Não obstante a disposição que prevê o direito à educação para crianças e adolescentes, assegurando-lhes igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e o direito de ser respeitado por seus educadores (artigo 53, incisos I e II, do Estatuto da Criança e do Adolescente), a população trans lidera os dados de evasão escolar.

A estimativa da ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) é de que apenas 30% da população trans tenha concluído o ensino médio, e somente o percentual de 0,02% tenha iniciado o ensino superior. Esses dados apontam o crescente número de pessoas trans marginalizadas que, na maioria das vezes, sobrevivem da prostituição. E, quando permanecem largadas às ruas, excluídas da sociedade, têm suas vidas ameaçadas pelos índices de assassinato.

O dossiê apresentado pela ANTRA, referente ao ano de 2022, aponta 131 casos de assassinatos de pessoas trans e travestis em todo o território nacional³. Considerando que 37 fontes não faziam menção à idade das vítimas, analisou-se que, dentre os 94 casos em que havia declaração da idade, 05 dessas vítimas tinham entre 13 e 17 anos de idade. Além disso, a ANTRA informou que, a referida vítima de 13 anos de idade, foi a mais jovem trans assassinada em todo o *ranking* global (BENEVIDES, 2023).

Quando se pretende lutar contra esses estigmas sociais é preciso formular políticas que fomentem o direito a autodeterminação de gênero de crianças e adolescentes trans. Se reconhecida(o) socialmente como pessoa de gênero em conformidade ao sexo de nascimento, minimizam-se os ataques transfóbicos (COSTA, 2021, p. 27). Nessa seara, possibilitar o direito ao prenome e gênero ao qual se identificam é providência basilar a ser adotada.

3 Nesse ponto, é curioso destacar que, enquanto vivemos em um país que lidera o *ranking* de mortes de pessoas LGBTQIAPN+, o brasileiro é o maior consumidor de pornografia trans no mundo (BRASIL DE FATO, 2023).

Alteração de prenome e gênero de pessoas trans

Sustentando-se no princípio da imutabilidade relativa do registro civil, vedou-se durante anos o direito personalíssimo das pessoas trans gozarem do prenome e sexo com os quais se identificam. A regra da imutabilidade relativa admitia a alteração do prenome de forma excepcional e motivada. Com a alteração da Lei de Registros Públicos nº 6.015/73, pela Lei nº 14.382/22, abriu-se espaço à possibilidade de requerer a alteração do nome da pessoa diretamente perante os Cartórios de Registro Civil, sem qualquer motivo ou prova.

Nesse contexto, em 2009, a Procuradoria Geral da República (PGR) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4275/DF) para que fosse reconhecido o direito da população trans alterar o prenome e sexo constantes no registro civil, dispensando-se a comprovação de tratamento hormonal ou da realização de cirurgias de transgenitalização. Apenas em março de 2018 é que o Supremo Tribunal Federal (STF) acolheu tais pedidos.

Não obstante o caráter progressista da decisão, o voto proferido pelo Ministro Relator Marco Aurélio tornou-se alvo de crítica por parte dos ativistas trans, isso porque, possibilitou a alteração do registro civil àqueles que não se submeteram à cirurgia de transgenitalização, desde que, limitada aos que possuam idade mínima de 21 anos e diagnóstico médico de “transexualismo”. Ou seja, além da utilização do sufixo “ismo” que remete à doença, persistiu conotação patologizadora no julgamento.

Em consonância com a ADI nº 4275/DF, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou o Provimento nº 73/2018, para fins de regulamentar a alteração extrajudicial do prenome e sexo nos Cartórios de Registro Civil de todo o território nacional. No ato, o órgão dispôs que toda pessoa com mais de 18 anos completos, habilitada à prática de todos os atos da vida civil, poderá requerer a alteração e a averbação do prenome e do sexo, a fim de adequá-los à identidade autopercebida. Assim, os indivíduos trans menores de 18 anos, ainda que emancipados, não podem requerer tais mudanças diretamente no Cartório de Registro Civil (COSTA, 2021, p. 114).

Em que pese atualmente não exista no ordenamento jurídico previsão expressa da possibilidade de retificação do prenome aplicável a crianças e adolescentes trans, nos últimos anos, vários casos em todo o território nacional demandaram a atenção do Poder Judiciário (COPJ,

2021, p. 161). Especificamente, no Estado do Paraná, a cartilha fornecida pela Defensoria Pública⁴ informa sobre possibilidade de maiores de 18 anos de idade requisitarem alteração diretamente no cartório, destacando-se que, crianças e adolescentes devem procurar auxílio daquele órgão para ajuizamento de ação judicial.

Logicamente, não são todas as crianças e adolescentes trans nessa situação que recorrem ao crivo do Poder Judiciário. Isso porque, para poder exercer a propositura de um pedido de alteração é indispensável a consensualidade dos genitores com o ato, demonstrando-se que, na maioria dos casos, o poder de família é exercido em excesso, e coloca óbices às expressões pessoais dos filhos (BARBOSA, 2020, p. 2). Ponto comum entre as demandas mencionadas é que todas foram formalizadas pelos próprios pais, ou com a anuência (COPI, 2021, p. 161), evidenciando-se, novamente, a importância do acolhimento familiar.

Mesmo não mencionados explicitamente no julgamento, a ADI nº 4275/DF influenciou diretamente no ajuizamento de demandas que pretendem a alteração do registro civil de crianças e adolescentes que não se identificam com seu o sexo biológico (COSTA, 2021, p. 119). A difusão de informações e as redes de apoio construídas por pais que vivenciam a infância e juventude trans dentro de seus lares foram suficientes para que os familiares reunissem forças em cobrar efetividade aos direitos de seus filhos.

Nesse cenário, surgem vários questionamentos que precisam ser respondidos, como compreender se os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público possuem conhecimento técnico para apreciar demandas envolvendo crianças e adolescentes trans. Necessário também investigar se há celeridade e qual a procedência das demandas de alteração de prenome e gênero e, se, nesses casos, houve atuação excessiva que patologize a criança e adolescente.

4 Cartilha de orientações gerais para retificação de nome e de gênero da pessoa transgênero fornecida pela Defensoria Pública do Estado do Paraná. Disponível em https://www.defensoriapublica.pr.def.br/sites/default/arquivos_restritos/files/migrados/File/Cartilha/OrientacoesGeraisparaRetificacaoodeNomeeedegeneroda-PessoaTransgenero.pdf Acesso em: 02 jul. 2023.

Pedidos de retificação de prenome e gênero de crianças e adolescentes transgênero: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná

Por se tratar de processos que envolvem crianças e adolescentes, a análise dos pedidos de alteração de prenome e gênero restou prejudicada em virtude do segredo de justiça atribuído às ações. De outro lado, a pesquisa jurisprudencial sobre o tema permite vislumbrar, por meio das ementas, quais são as discussões atinentes à matéria, a solução que o órgão colegiado adotou e os fundamentos jurídicos utilizados na decisão.

Estratificando os resultados da leitura jurisprudencial, e proporcionando um debate centralizado, adotou-se o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná como objeto de pesquisa. O órgão em questão permite que o interessado utilize a “pesquisa livre” com palavras chaves de sua escolha. Adotando essa possibilidade, inseriram-se no campo de pesquisa as palavras “retificação”, “prenome”, “gênero”. No ato, foram encontrados 34 registros de jurisprudência, sendo que 07 não estavam disponíveis para o acesso, resumindo-se na informação de “conteúdo pendente de análise e liberação para consulta pública”.

Da leitura das ementas jurisprudenciais, verificou-se que a maioria trata de decisões colegiadas proferidas em recursos de apelação e em demandas que suscitam o conflito negativo de competência. Por se tratar de matéria que envolve o direito de crianças e adolescentes, não foi possível acessar o inteiro teor do julgado, limitando-se apenas à leitura das ementas.

Dentre os registros jurisprudenciais de recurso de apelação, identificou-se que 02 processos se referem a menores de 18 anos de idade. Em uma das ementas, o recurso foi interposto em razão da irsignação de membro representante do Ministério Público⁵. Em ambos os casos, o Tribunal de Justiça manteve a decisão de primeiro grau. Outro ponto que merece atenção diz respeito à ausência de uniformidade jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Paraná quando instado à competência para julgar os pedidos de retificação de prenome e gênero de crianças e adolescentes trans. Dentre as 34 ementas encontradas, 05 referem-se ao conflito negativo de competência.

Ressalta-se novamente que, a imposição de segredo de justiça às decisões inviabiliza a leitura do teor da decisão, de forma que, em alguns

5 TJPR - 18ª Câmara Cível - 0011223-78.2022.8.16.0188 - Curitiba - Rel. Des. Pericles Bellusci De Batista Pereira - J. 15.05.2023.

casos não foi possível compreender o raciocínio jurídico e a fundamentação adotada pelo órgão colegiado, bem como, confirmar se, os casos em pauta tratavam-se de pedidos de crianças e adolescentes trans. De toda forma, pautou-se na presunção de que, após o julgamento da ADI nº 4275/DF e a publicação do Provimento nº 73 de 2018, quem ainda busca a via judicial para alterar os seus documentos são aqueles que não o podem fazer diretamente nos Cartórios de Registro Civil.

Em decisão colegiada de 2012, a 11ª Câmara Cível⁶ definiu a competência das Varas de Família para decidir sobre o tema. Sob seu fundamento, o Relator defendeu que a pretensão de alteração de prenome e gênero trata-se de “modificações complexas que refletem no estado da pessoa, não se tratando, assim, de uma simples retificação de registro civil”. Outra decisão foi proferida, sob os mesmos fundamentos, pela 12ª Câmara Cível em 2012⁷.

Por vez, nos anos de 2022 e 2023, a 18ª Câmara Cível entendeu que os pedidos de retificação de prenome e gênero não se tratam de ações de estado, fixando competência ao Juízo de Registros Públicos⁸. Em contramão às decisões proferidas pela 18ª Câmara Cível, verificou-se que, em 2021, a 11ª Câmara Cível adotou o mesmo fundamento de seu julgado anterior, reconhecendo novamente a competência das Varas de Família⁹. Mas, novamente, limitando-se à leitura da ementa jurisprudencial tornou-se inviável denotar quais os fundamentos jurídicos adotados pelas respectivas Cortes que ensejam entendimento distinto quanto à competência para atuação nos casos de pedido de alteração de prenome e gênero.

Não se pretende discordar que, crianças e adolescentes trans precisam recorrer às vias judiciais para pleitear alterações em seus documentos civis. No entanto, persiste a preocupação de que eventuais imposições burocráticas somadas à típica morosidade dos processos ju-

6 TJPR - 11ª Câmara Cível - Curitiba - Rel. Des. Augusto Lopes Côrtes - J. 21.03.2012.

7 TJPR - 12ª Câmara Cível - Curitiba - Rel. Des. Joeci Machado Camargo - J. 07.11.2012.

8 TJPR - 18ª Câmara Cível - 0005054-07.2021.8.16.0028 - Colombo - Rel.: Des. Vitor Roberto Silva - J. 03.08.2022 e TJPR - 18ª Câmara Cível - 0001954-58.2022.8.16.0109 - Mandaguari - Rel.: Des. Vitor Roberto Silva - J. 26.04.2023.

9 TJPR - 11ª Câmara Cível - 0000326- 87.2020.8.16.0017 - Rel. Des. Bodziak - J.05.07.2021.

diciais influenciem diretamente no desenvolvimento psicológico dessas crianças e adolescentes.

Quando o Poder Judiciário demora a julgar um processo que envolve crianças e adolescentes trans no processo de retificação do prenome e do gênero, essas persistem, durante todo o transcurso da ação, sujeitas à violência pela ausência de documentos que os identifiquem corretamente em razão da ausência do prenome no registro. (COSTA, 2021, p. 118). Os resultados, e a ausência deles, indicam a necessidade do Poder Judiciário aproximar-se da realidade vivenciada pelas partes, para que atue em colaboração com a área acadêmica e com aqueles que lutam ativamente em prol de crianças e adolescentes trans.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso restrito à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná limita o aprofundamento da pesquisa, prejudicando a proposta de responder os questionamentos formulados, como a celeridade processual, conhecimento técnico dos julgadores com a matéria ou a persistência de caráter patologizador nos julgamentos. Infelizmente, nesses casos, o segredo de justiça traz prejuízo à tentativa de obter uma prática colaborativa do Poder Judiciário com a academia, inviabilizando o ato de formular sugestões aos membros julgadores ou ainda, de pleitear capacitação específica para esses julgamentos.

De toda forma, verificou-se no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ao menos há consonância das Câmaras Julgadoras em estabelecer o Juízo competente para processar e julgar os pedidos de retificação de prenome e gênero de pessoas trans. Logicamente que esse fator retarda o processo e afasta a pretensão urgente dos autores em readequar seus documentos civis ao nome e gênero com o qual se identificam.

Em que pese a resposta ao problema de pesquisa tenha restado, em alguma medida, prejudicada, foi possível realizar revisão literária atinente à área jurídica, médica e psicossocial tornou possível concluir os objetivos específicos da pesquisa. Assim, compreendeu-se a infância e adolescência trans, suas urgências sociais e a importância do prenome e gênero em consonância ao sexo que se identificam.

É cristalina a importância dos pais e responsáveis legais quando dos primeiros sinais de uma infância e juventude transgênero. Para além do acolhimento familiar, verificou-se a ausência de proteção esta-

tal às crianças e adolescentes trans em gozar de documentos pessoais que traduzam nome e gênero consoante àqueles que se identificam. Em um cenário de marginalização estatal, crianças e adolescentes trans desenvolvem-se em uma sociedade que não aceita sua presença em salas de aula e nas ruas, tornando-se alvos frequentes de assassinato e de exclusão escolar.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Fernanda Nunes. O direito de adolescentes trans à retificação registral de prenome e sexo: um estudo de caso. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza, v. 25. n. 3. 2020. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/11160> Acesso em: 18 jun. 2023.

BENEVIDES, Bruna G. **Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022**. ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) – Brasília, DF: Distrito Drag; ANTRA, 2023. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2023/01/dossieantra2023.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2023.

BENTO, Berenice Alves de Melo. **O que é a transexualidade**. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

BRASIL registra 131 mortes de pessoas trans e lidera *ranking* mundial pela 14ª vez. **Brasil de Fato**, São Paulo, 26 jan. 2023. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2023/01/26/brasil-registra-131-mortes-de-pessoas-trans-e-lidera-ranking-mundial-pela-14-vez>. Acesso em: 02 jul. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento no. 73, de 28 de junho de 2018**. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). Brasília, DF: CNJ, [2018a]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2018/06/434a36c27d599882610e933b-8505d0f0.pdf> Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. **Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1973]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. **Lei no 8.069/1990, 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: 18 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI nº 4275/2018.** Relator: Ministro Marco Aurélio, 1 de março de 2018. Brasília, 2018b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&text=.pdf>. Acesso em: 18. jun. 2023.

CAETANO, Guilherme. Parada LGBTQ+ de São Paulo reúne 120 famílias em busca de visibilidade para crianças e jovens trans. **O GLOBO**, São Paulo. 11 jun. 2023. Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2023/06/parada-lgbt-de-sp-reune-120-familias-em-busca-de-visibilidade-para-criancas-e-jovens-trans.ghhtml> Acesso em: 03 jul. 2023.

COPI, Lygia. **Infâncias, proteção e autonomia: o princípio da autonomia progressiva como fundamento de exercício de direitos por crianças e adolescentes.** 2021. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

COSTA, Camilla Danielle Soares. **Brincando de gênero. A identidade trans na infância e adolescência e o direito à retificação do prenome e do gênero no Registro Civil.** 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP).

NICODEMOS, Carlos; NUNES, Thamirys. 31 anos do ECA e as crianças trans no Brasil. **Revista Consultor Jurídico.** 12. jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-12/nicodemus-nunes-31-anos-eca-criancas-trans-brasil>. Acesso em: 27 jun. 2023.

NUNES, Thamirys Nardini. **Minha criança trans? relato de uma mãe ao descobrir que o amor não tem gênero.** 1ª ed. Curitiba: Camila Cassins Jordão, 2020.

OLIVEIRA, Megg Rayara Gomes. Minha vida em cor-de-rosa: cenas e encenações da transexualidade feminina na infância. **Revista Aspas.** São Paulo, v. 8, n. 1. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/aspas/article/view/149483> Acesso em: 03 jul. 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0011223-78.2022.8.16.0188**. 18ª Câmara Cível. SEGREDO DE JUSTIÇA. Rel. Des. Pericles Bellusci de Batista Pereira. Data de julgamento: 15 mai. 2023. Disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000024288941/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0011223-78.2022.8.16.0188> Acesso em: 03 jul. 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Conflito Negativo de Competência nº 0000326-87.2020.8.16.0017**. 11ª Câmara Cível. SEGREDO DE JUSTIÇA. Rel. Des. Bodziak. Data de julgamento: 06 jul. 2021.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Conflito Negativo de Competência nº 0005054-07.2021.8.16.0028**. 18ª Câmara Cível. SEGREDO DE JUSTIÇA. Rel. Des. Vitor Roberto Silva. Data de julgamento: 03 ago. 2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000021188931/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0005054-07.2021.8.16.0028> Acesso em: 03 jul. 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Conflito Negativo de Competência nº 0001954-58.2022.8.16.0109**. 18ª Câmara Cível. SEGREDO DE JUSTIÇA. Rel. Des. Vitor Roberto Silva. Data de julgamento: 26 abr. 2023. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000022731041/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0001954-58.2022.8.16.0109> Acesso em: 03 jul. 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Conflito Negativo de Competência nº 915453-2.12ª** Câmara Cível. SEGREDO DE JUSTIÇA. Rel. Des. Joeci Machado Camargo. Data de julgamento: 07. nov. 2012. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11381137/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-> Acesso em: 03 jul. 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Conflito Negativo de Competência nº 846839-3**. 11ª Câmara Cível. SEGREDO DE JUSTIÇA. Rel. Des. Augusto Lopes Côrtes. Data de julgamento: 21. mar. 2012. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11250248/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-> Acesso em: 03 jul. 2023.

SANTOS, Maria de Fátima Lima. A invenção do dispositivo da transexualidade: produção de “verdades” e experiências trans. **Revista Em Pauta**. Rio de Janeiro, v. 9, n. 28, p. 124, 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/view/2937>. Acesso em: 03 jul. 2023.

TRANS* como termo guarda-chuva. **TRANSFEMINISMO**, atualizado em 02/2013. Disponível em <https://transfeminismo.com/trans-umbrella-term/>. Acesso em: 03 jul. 2023.

PERSPECTIVAS DO APADRINHAMENTO INSTITUCIONAL DIANTE DA VEDAÇÃO DE PESSOAS INSCRITAS NO CADASTRO DE ADOÇÃO

Perspectives of Institutional Sponsorship in Light of the
Prohibition of Individuals Registered in the Adoption Registry

Elisandra Almeida Hlawensky¹

INTRODUÇÃO

Implementado com as alterações trazidas pela Lei nº 13.509 de 2017, o programa de apadrinhamento é uma iniciativa que busca proporcionar apoio e proteção a crianças e adolescentes que estão em instituições de acolhimento. O programa tem como objetivo promover a convivência familiar e comunitária para essas crianças e adolescentes, buscando suprir suas necessidades emocionais, educacionais e de desenvolvimento.

Através desse programa, indivíduos ou famílias, voluntariamente, podem se tornar padrinhos ou madrinhas dessas crianças e adolescentes, estabelecendo um vínculo afetivo e oferecendo suporte e oportunidades de convivência, como visitas, passeios, atividades culturais, entre outras formas de apoio. Para melhor compreensão da temática, faz-se necessário entender acerca do surgimento do progra-

1 Elisandra Almeida Hlawensky; Fundação Escola Superior do Ministério Público; Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal; Advogada, graduada pelo Centro Universitário da Grande Dourados e Pós Graduada em Docência do Ensino Superior pelo Gran Faculdade; e-mail: elihlawensky@gmail.com.

ma, notadamente ao contexto social e as razões para que fosse desenvolvido e regulamentado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no §2º do artigo 19B, vedou a participação de pessoas inscritas no cadastro de adoção no projeto de apadrinhamento, restrição esta que não traz nenhum benefício a crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional. O maior argumento para tal vedação consiste no fato de que a participação de pessoas inscritas no cadastro da adoção tornaria o programa de apadrinhamento um atalho para adoção.

No entanto, essa preocupação parece ser descabida, por dois grandes fatores, sendo que primeiro é que adoção e apadrinhamento são dois institutos que não se confundem, pois possuem finalidades e regulamentos distintos. Em segundo lugar, é que o perfil almejado por aqueles pretendentes à adoção é distinto do perfil de crianças e adolescentes que participam do programa de apadrinhamento.

Neste sentido, a pesquisa aponta diversos fundamentos bibliográficos e estatísticos, utilizando-se do método dedutivo para demonstrar que não há razões suficientes para a vedação de pessoas inscritas no cadastro de adoção participarem do programa de apadrinhamento.

DESENVOLVIMENTO

Ao adentrar à temática em estudo, torna-se necessário destacar acerca do atual cenário das instituições de acolhimento. De acordo com os dados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), há 32.079 crianças em situação de acolhimento². Além deste dado, deve ser destacado que há um número ainda maior de pretendentes disponíveis à adoção, segundo o SNA, há o número de 34.669 pretendentes.

No entanto, mesmo havendo maiores números de pessoas dispostas a adotar, a problemática se revela ao fato de que o perfil das crianças e adolescentes, nos acolhimentos institucionais, não são compatíveis ao perfil almejado pelos interessados na adoção. O CNJ emitiu

2 Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Relatórios Estatísticos Nacionais. Disponível em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=c-cd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed-9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall> Acesso em julho de 2023.

um recente diagnóstico³ sobre o Sistema Nacional de Adoção, em que revelou que cerca de 93,8% dos pretendentes que desejam adotar não possuem vínculo com nenhuma criança ou adolescente. Isso significa que não foi possível estabelecer uma conexão direta entre esses pretendentes e as crianças ou adolescentes disponíveis para adoção, considerando o perfil desejado pelos pretendentes e o perfil das crianças e adolescentes disponíveis.

Há diversos fatores que influenciam para a incompatibilidade do perfil almejado dos pretendentes à adoção e o cenário de crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional. Não obstante, o relatório destaca o fato de que somente 0,3% desses pretendentes desejam adotar adolescentes, sendo que estes representam 77% do total disponível para adoção. Dentro do fator etário, ainda destaca a mora no processo de destituição, em que as crianças aguardam por muito tempo o procedimento, e quanto mais o tempo passa, mais velhas vão ficando e por conseguinte saem do perfil desejado pelos pretendentes. Por fim, menciona-se outros critérios que influenciam tal cenário, como grupos de irmãos, etnias, sexo, deficiências físicas e intelectuais, que impactam diretamente nos números do SNA, fazendo com que a maioria das crianças e adolescentes, em situação de acolhimento institucional, permaneçam com possibilidades remotas de adoção.

Diante dos fatos expostos, verifica-se que muitas crianças e adolescentes já tiveram seus direitos violados, desde a mais tenra idade, e precisaram sair de seus lares, lugar onde deveriam estar recebendo toda a proteção devida, além de todo o afeto necessário. Diante de tais violações, necessitam viver em instituição de acolhimento, precisando de um apoio social para que possa ser garantido os direitos fundamentais de convivência familiar e comunitária, previstos no artigo 227 da Constituição Federal, além de contribuir com seu desenvolvimento social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro. (ROSSATO, 2021, p. 171)

Dessa forma, tornou-se necessário desenvolver medidas para que fosse solucionado o conflito de crianças e adolescentes acolhidos nas instituições. Assim, foi preciso criar métodos para que este grupo social, com possibilidades remotas de adoção, pudesse exercer o direito à convivência familiar e comunitária, possuindo experiências além das vivenciadas nas instituições de acolhimento. Nessa situação em que

3 Diagnóstico Sobre o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/relat_diagnosticoSNA.pdf. Acesso em julho de 2023.

existe a possibilidade de que a estadia prolongada possa vir a resultar em problemáticas sociais, é que surgiu o instituto do apadrinhamento, uma vez que seu objetivo principal é a promoção de experiências e referências afetivas que as instituições não são capazes de oferecer com a mesma suficiência. (BASCHIROTTI, 2018, p. 28).

É evidente que, apesar da existência de legislação que estabelece um limite máximo de dezoito meses para que crianças e adolescentes permaneçam em instituições de acolhimento (conforme o artigo 19, §2º do ECA), a realidade vivenciada difere significativamente. Na prática, um grande número de crianças e adolescentes passa anos em casas de acolhimento, sendo privadas de exercer seu direito da convivência familiar e comunitária. Dessa forma, entidades e organizações sociais desenvolveram a possibilidade de apadrinhar essas crianças e adolescentes, a fim de oportunizar o exercício de seus direitos.

Nesse sentido, o programa de apadrinhamento surgiu como um meio alternativo para essas crianças e adolescentes, que possuem possibilidades remotas para adoção, e permanecem nas instituições de acolhimento além do tempo máximo previsto em lei. Assim, o projeto visa oportunizar que esse grupo social exerça seus direitos essenciais, viabilizando a integração a uma família que possa ofertar afeto, proteção, e até auxílio educacional e financeiro. Desse modo, crianças e adolescentes poderão ter vivências além das instituições, sendo-lhe assegurados direitos e garantias constitucionais (ROSSATO, 2021, p. 170).

O apadrinhamento está definido do Art. 19-B, §1º do ECA⁴, de modo que os demais parágrafos apontam os principais regramentos do instituto. Já no seu segundo parágrafo do dispositivo, pode-se verificar acerca da expressa restrição de pessoas inscritas no cadastro de adoção⁵. Acerca deste dispositivo, destaca-se que, houve o veto presidencial deste texto legal, no entanto, de forma lamentável, o veto foi derrubado em momento posterior, mantendo-se o atual texto normativo.

Nesse sentido, torna-se imprescindível, para o presente estudo, ressaltar as razões do veto. Nas fundamentações, foi destacado que a

4 §1º O apadrinhamento consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro.

5 §2º Podem ser padrinhos ou madrinhas pessoas maiores de 18 (dezoito) anos não inscritas nos cadastros de adoção, desde que cumpram os requisitos exigidos pelo programa de apadrinhamento de que fazem parte.

manutenção desse dispositivo resultaria em desvantagem para crianças e adolescentes com poucas chances de adoção. No entanto, é exatamente esse perfil de crianças e adolescentes que é priorizado nos programas de apadrinhamento, visando oferecer-lhes oportunidades de reinserção familiar. Ainda nos seus fundamentos, foi evidenciado que, na prática, tem sido observado que uma parcela dessas crianças e adolescentes consegue ser adotada depois de participar de programas de apadrinhamento, ao estabelecer gradualmente um vínculo afetivo com seus padrinhos e madrinhas. De fato, apesar de a intenção final do apadrinhamento não ser a adoção, não há como negar, no caso de crianças e adolescentes com remotas chances de inclusão familiar ou adoção, ser seu melhor interesse a adoção pelos padrinhos do que sua simples manutenção na entidade de acolhimento (VERONESE, 2018, p. 239).

Diante da justificativa exposta, verifica-se que a limitação de que só pessoas não inscritas no cadastro de adoção possam ser padrinhos, implica em prejuízos aos infantojuvenis. Assim, ressalta-se, novamente, que o trabalho se refere a crianças e adolescentes em situação de acolhimento, e que possuem remotas chances de adoção. Deste modo, permitir que pessoas que desejam adotar participem do projeto é beneficiar as crianças e adolescentes acolhidas nas instituições, eis que trará uma quantidade maior de padrinhos. Portanto, verifica-se que limitar os pretendes ao programa de apadrinhamento é subtrair oportunidades a esses infantes (ROSSATO, 2021, p. 172).

Ainda, vale mencionar que permitir que pessoas inscritas no cadastro de adoção participem do apadrinhamento, poderá acarretar em maior sensibilização aos interessados a respeito do perfil desejado. Desse modo, os pais interessados na adoção poderão conhecer melhor a realidade das crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional, podendo repensar sobre o perfil que desejam na adoção, conhecendo melhor as circunstâncias fáticas e alterando o perfil já determinado no cadastro. Nesse sentido, a autorização dos interessados na adoção traz benefícios para todos os envolvidos no projeto padrinho.

Ademais, destaca-se que nesses casos, se surgir o desejo de adotar um apadrinhado, não será uma violação da fila de espera da adoção. Assim, essas situações serão motivos de grandes comemorações, em diversos aspectos, em primeiro lugar ao apadrinhado que já possuía remotas chances de reinserção familiar, e em segundo lugar ao padrinho. Em relação a este último há aspectos positivos, tanto no fato de realizar

o desejo em adotar, tanto no fato de ter tido a oportunidade de conhecer seu filho pelo projeto.

Ainda, ressalta-se que, nas razões do veto, foi disposto que a realidade tem evidenciado as situações em que o apadrinhamento se fortaleceu e houve a efetivação de uma adoção. Situações essas que houve uma construção gradativa de vínculos afetivos entres os envolvidos. Com a derrubada do veto, restam subtraídas as últimas chances que restavam a crianças e adolescentes, a proibição de permitir que candidatos à adoção se tornem padrinhos de crianças e adolescentes, quando não há pretendentes disponíveis, mostra-se inconstitucional, pois viola o Princípio Constitucional da Absoluta Prioridade, previsto no artigo 227 da Constituição Federal. (MOREIRA, 2018)⁶.

Por fim, deve-se ressaltar que o intuito do apadrinhamento difere da adoção. Neste sentido, mesmo as pessoas cadastradas na fila de adoção que tiverem o interesse em participar do projeto, deverão ser devidamente orientadas a respeito do objetivo do apadrinhamento e que não será uma forma mais ágil de adoção. No entanto, nas mesmas situações já dispostas anteriormente, caso surja o desejo de adotar a criança ou adolescente apadrinhado, verificando não ter qualquer pretendente inscrito no cadastro de adotante, não poderá haver impedimentos (VERENOSE, 2018, p. 238).

Ainda, com o intuito de trazer novos elementos à discussão e com o objetivo de evidenciar a relevância do assunto em debate, destaca-se dois projetos de lei em tramitação que debatem acerca da temática. O PL nº 9987/2018⁷ possui como ementa dar nova redação ao §2º do artigo 19B do ECA, a fim de modificar a imposição atual de que os padrinhos não estejam inscritos nos cadastros de adoção. O intuito deste projeto é de romper com a imposição de que somente pessoas não inscritas no cadastro de adoção possam ser padrinhos, sob o principal fundamento de que o atual texto normativo acaba por violar ao princí-

6 Instituto Brasileiro de Direito de Família. Congresso derruba vetos presidenciais e altera, mais uma vez, regras da Lei de Adoção. 2018. Fernando Moreira Freitas da Silva Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6539/Congresso+derubavetos+presidenciais+e+altera%2C+mais+uma+vez%2C+regras+da+Lei+de+Ado%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em julho de 2023.

7 Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 9987/2018. Dá nova redação ao §2º do art. 19B da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que “Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. “. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2171369>. Acesso em julho de 2023.

pio constitucional da absoluta prioridade, bem como ao princípio do melhor interesse.

Outro projeto de lei que deve ser destacado no estudo, é o Projeto de Lei do Senado nº 221 de 2018⁸. O referido projeto possui proposta de suprimir do texto legal a limitação de que somente pessoas não inscritas nos cadastros de adoção possam ser padrinhos ou madrinhas. Assim, basta que o padrinho ou madrinha seja maior de dezoito anos e que se adeque aos requisitos impostos pelo programa de apadrinhamento de que fazem parte. A justificativa do projeto é de que a participação nos programas de apadrinhamento tem servido como mecanismo de sensibilização dos interessados na adoção de crianças mais velhas, com deficiência ou irmãos.

Em ambos os projetos de lei e nas razões do veto presidencial restou evidenciado que a realidade dos programas de apadrinhamento tem logrado êxito quanto à adoção, após a participação no projeto e construção gradativa de vínculo afetivo com os envolvidos. Deste modo, espera-se que essa abordagem possa ser implementada com sucesso e que, efetivamente, aumente o número de adoções, especialmente para crianças e adolescentes que enfrentam maiores dificuldades em encontrar um novo lar.

Ademais, destaca-se que permitir que pessoas inscritas no cadastro de adoção participem do programa de apadrinhamento não é sinônimo de “furar a fila” de adoção. Tal fundamento pode ser justificado no fato de que o perfil das crianças desejadas na fila de adoção não coincide com o perfil das crianças que estão no projeto padrinho. Assim, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente no §4º, do artigo 19-B, dispõe que no apadrinhamento terá como prioridade aqueles que possuem remotas possibilidades de reinserção familiar ou colocação em família adotiva. Desse modo, não é viável justificar os obstáculos criados pela lei em pretensos adotantes apadrinhar crianças e adolescentes, ser um atalho para a adoção, eis que o perfil dos interessados na adoção é distinto do perfil das crianças que estão nas instituições de acolhimento e participam do projeto padrinho.

Ressalta-se que o padrinho afetivo não terá nenhum vínculo jurídico com a criança ou o adolescente, assim, a guarda deste perma-

8 Senado. Projeto de Lei nº 221, de 2018. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para permitir a participação de padrinhos afetivos nos programas de adoção. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133129>. Acesso em julho de 2023.

necerá com a instituição de acolhimento. Neste sentido, esclarece que o apadrinhamento não é modalidade de família substituta, não é guarda, tutela, e muito menos estágio de convivência familiar preparatório para adoção. Deste modo, a natureza do apadrinhamento se restringe ao programa de atendimento, nos termos do art. 86 e ss. do Estatuto da Criança e do Adolescente (ROSSATO, 202, p. 170).

Não obstante, o padrinho tem o dever de zelar pela criança e pelo adolescente, se fazendo presente em sua formação. Desse modo, verifica-se a extrema importância dos padrinhos afetivos na vida da criança e do adolescente, sendo uma referência de carinho e proteção, devendo o padrinho ser devidamente orientado acerca de sua responsabilidade e compromisso perante o apadrinhado (AMIN, 2018, p. 325).

No entanto, mesmo que o indivíduo participe do projeto com os devidos esclarecimentos, não se deve proibir e nem há como controlar os sentimentos que podem ser desenvolvidos durante todo o projeto, sendo possível criar vínculos extremamente fortes e que surja uma relação de afeto muito maior, e nesses casos não há razões para que a relação de padrinhos não possa se tornar uma relação de pai e filho ou mãe e filho. Neste sentido, constitui-se a relação socioafetiva, estabelecendo um vínculo de afinidade, importante frisar que o nexo familiar existe não só por força da lei, mas é reafirmado pelos laços psicológicos construídos pelo afeto. (GRISARD FILHO, apud, DIAS, 2022, p. 64),

Neste sentido, não deve prosperar as alegações de que esses padrinhos inscritos nos cadastros de adoção possam procurar o programa com o objetivo de atalharem a fila de adoção, ou que já teriam um comportamento com a criança ou adolescente indiciário do desejo de filiação. Tais situações são isoladas, configurando uma exceção à regra, de modo que esses fatos devem ser resolvidos por todos os envolvidos, especialmente pela autoridade judiciária, que deve ser notificada. Em suma, não se pode impedir uma boa prática por conta do risco de alguns maus praticantes (ROSSATO, 2021, p. 172).

Neste aspecto, ressalta-se que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que se ocorrer violação das regras de apadrinhamento, os responsáveis pelo programa e pelos serviços de acolhimento deverão imediatamente notificar a autoridade judiciária competente (art. 19-B, §6º). Ainda, o padrinho e o apadrinhado serão acompanhados por uma equipe técnica formada por psicólogos e assistentes sociais, de modo que de tal assistência e supervisão servirá para verificar o andamento e o vínculo afetivo, garantindo que os direitos não serão violados.

Deste modo, portanto, verifica-se que o argumento de que uma permissão para os inscritos no CNA acarretaria em falsas expectativas aos envolvidos no projeto não deve ser levado em consideração. Assim, todos ingressam no projeto sabendo do real objetivo, no entanto, nos casos de haver um estreitamento de laços, e o desejo de adoção surja após o convívio, deverá ser permitido e apoiado o processo judicial, se tratando de um grande benefício ao apadrinhado. Retirar dos padrinhos afetivos a possibilidade de uma adoção necessária é subtrair dessas crianças e desses adolescentes, que estão crescendo nos acolhimentos, uma das últimas chances de terem uma família, o que não pode ser admitido (MOREIRA, 2017)⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a realidade é que há inúmeras crianças e adolescentes que permanecem por longos anos nas instituições, por não pertencerem ao perfil almejado pelos pretensos adotantes, de modo que deve ser oportunizado, cada vez mais, as possibilidades de terem um convívio para além daquele local, com outras pessoas, que possam ofertar afeto.

Não obstante, ainda há um caminho a percorrer para garantir que a sociedade possa oferecer apoio a crianças e adolescentes em situação de acolhimento. Não pode admitir que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente limite tais possibilidades, no sentido de privar que pessoas inscritas no cadastro de adoção possam, também, serem padrinhos afetivos. Ainda que as justificativas possam existir, nenhuma delas supera o melhor interesse da criança e do adolescente, este princípio deve prevalecer em toda e qualquer norma, e para além disso, deve prevalecer nas decisões dos casos em concreto.

Nesse sentido, é que a posição de que pessoas inscritas no cadastro de adoção possam participar do projeto padrinho se mostra adequada. Tal entendimento permite que o projeto tenha maior amplitude, podendo sensibilizar os que aguardam na fila de adoção ao conhecer crianças e adolescentes que não se enquadram no perfil almejado. Desse

9 Instituto Brasileiro de Direito de Família. Família: direito de todos, sonho de muitos. 2017. Fernando Moreira Freitas da Silva. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1223/Fam%C3%ADlia%3A+direito+de+todos%2C+sonho+de+muitos#_ftn1. Acesso em julho de 2023.

modo, não há razões para que impeçam os interessados na adoção que participem do projeto de apadrinhamento.

Dessa forma, é que restou necessário mencionar a respeito do veto presidencial quanto ao §2º do artigo 19-B do ECA, o qual trata da proibição de pessoas inscritas no cadastro de adoção em participar do projeto padrinho. Assim, as razões do veto são essenciais para a melhor fundamentação da temática de análise. Nesse aspecto, ainda, que foi destacado dois projetos de lei que estão em tramitação que tratam da temática, eis que nas respectivas justificativas apresentam fundamentações que correspondem com a argumentação apresentada neste estudo. Desse modo, verifica-se que a temática discutida possui extrema relevância, sendo defendida por um veto presidencial, além de terem dois projetos de leis em tramitação.

Com base nas considerações apresentadas, conclui-se acerca pela necessidade de debates e reflexões acerca das disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo que o interesse das crianças e adolescentes em acolhimento institucional seja superior a qualquer burocracia normativa. Assim, deve o texto normativo ser alterado, se adequando à realidade, sendo que o legislativo deve primar pelos interesses dos infantes, estando em consonância com os princípios e garantias constitucionais que tutelam os direitos de crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Camila Almeida. *Apadrinhamento Afetivo: Uma análise a partir da possibilidade da adoção por parte dos padrinhos*. Orientador: Prof.ª. Dra. Nágila Maria Sales Brito. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2020. Disponível em: <http://ri.ucs.br:8080/jspui/handle/prefix/1610>. Acesso em: julho de 2023.

AMIN, Andrea Rodrigues [et al.]. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Coord. Katia Ferreira Lobo Andrade Maciel e Rev. Jurídica Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BASCHIROTTI, Maria Lucia Galvane. *A lei n. 13.509 de 2017 e o impacto do instituto do apadrinhamento afetivo no atual regime de adoção previsto pelo estatuto da criança e do adolescente*. Orientador: Profª. Drª. Josiane Petry Veronese. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universi-

dade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/192581>. Acesso em: julho de 2023.

BRASIL, *Mensagem nº 466, de 22 de novembro de 2017*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Msg/VEP-466.htm. Acesso em julho de 2023

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. *Diagnóstico Sobre o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/relat_diagnosticoSNA.pdf. Acesso em julho de 2023.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. *Relatórios Estatísticos Nacionais*. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/adocao/>. Acesso em julho de 2023.

DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em http://54.157.20.182/cdn/arquivos/jus1727_previa-do-livro.pdf. Acesso em julho de 2023.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8,069/90 - comentado artigo por artigo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES COM DEFICIÊNCIA NA EDUCAÇÃO ESCOLAR

Public policies for the inclusion of children and adolescents with disabilities in school education

Débora Franciele Pfüller¹

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre políticas públicas de inclusão na educação básica para crianças e adolescentes com deficiência. No desenvolvimento do estudo são abordados os direitos da criança e do adolescente com deficiência, princípios da dignidade da pessoa humana, das previsões de transversalidade da educação especial e de um sistema educacional inclusivo. Essa construção é realizada com o objetivo de responder o seguinte questionamento: quais as políticas públicas para o acesso à educação de ensino fundamental para crianças e adolescentes com deficiência?

A hipótese que se apresenta considera que, atualmente, está consolidado pela legislação nacional que crianças e adolescentes são sujeitos de direito em condição diferenciadas de desenvolvimento, sendo necessário dar prioridade absoluta ao seu atendimento. Sendo assim, percebe-se que estão sendo implementadas pelo Governo Fe-

1 Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa PROSUC/CAPES. Integrante do Grupo de Estudos em Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC do PPGD/UNISC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5089400856581203>. E-mail: deborapfuller@gmail.com

deral políticas públicas voltadas à educação inclusiva para crianças e adolescentes com deficiência.

Para responder ao problema de pesquisa proposto será utilizado o método de abordagem dedutivo, uma vez que se parte da premissa maior sobre os direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e a proteção na Constituição de 1988, passando pelas mudanças propostas pela legislação ordinária, qual seja o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como pelas normas relacionadas ao direito à educação. Por sua vez, o método de procedimento será o monográfico, uma vez que será baseada no desenvolvimento de pesquisa bibliográfica.

DESENVOLVIMENTO

No ano de 1990 foi instituído o Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente e apresenta como dever da família, comunidade, sociedade e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação de direitos básicos, que visam o pleno desenvolvimento da pessoa e preparo para o exercício da cidadania (BRASIL, 1990).

Entretanto, esse não foi o primeiro marco de proteção da criança e adolescente, mas retomou aspectos anteriormente constituídos por outras normas brasileiras, em especial a Constituição da República Federativa de 1988, que se caracteriza como o primeiro marco para assegurar diversos direitos fundamentais que dão centralidade a pessoa na atual ordem constitucional:

Os direitos fundamentais constituem a principal garantia com que contam os cidadãos de um Estado de Direito do qual o sistema jurídico e político em seu conjunto se orientará para o respeito e a promoção da pessoa humana; em sua estrita dimensão individual (Estado Liberal de Direito) ou conjugando esta com a exigência de solidariedade, corolário do componente social e coletivo da via humana (Estado Social de Direito) (GORCZEWSKI, 2016, p. 53).

Nesse sentido, tem-se que além dos direitos fundamentais e direitos humanos serem a materialização dos valores de uma comuni-

dade, são prerrogativas mínimas para as liberdades naturais da pessoa, especialmente aos direitos voltados a crianças e adolescentes. De modo que da união da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente têm-se:

[...] um conjunto normativo de disposições que envolvem a garantia dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, visando garantir a proteção contra qualquer forma de exploração, tal como a exploração de trabalho infantil ou de qualquer outra forma decorrente da violência e da negligência. Pretende deste modo concretizar os princípios e diretrizes da teoria da proteção integral com vista a superação da cultura menorística instalada nas instituições brasileiras durante todo o século XX (CUSTÓDIO, 2009, p. 43).

Outro marco importante para a garantia de direitos já assegurados para crianças e adolescentes é a publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que representa garantia específica para àqueles que possuem deficiência, assegurando amparo para reivindicar o que é de direito, para que tenha a devida proteção jurídica (HAMMES, 2016, p. 49).

Pautado em promover e assegurar a igualdade e exercícios de direitos dos cidadãos, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência –, que tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tem como escopo “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente” (BRASIL, 2009) [sic].

A Convenção também foi um dos principais marcos legais para definição jurídica da pessoa com deficiência, conceituando-a como aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que, em contato com uma ou mais barreiras, não consegue participar de forma plena e efetiva com as demais pessoas (BRASIL, 2015).

Feito um breve contexto histórico, percebe-se que através das legislações citadas foi ampliado o rol de direitos e garantias fundamentais, enunciando a edificação do Estado Democrático de Direito. Assim, objetiva-se assegurar o exercício dos direitos fundamentais, que constituem direitos subjetivos e elementos básicos do Estado Democrático.

co de Direito, possuindo inegável conteúdo ético, sendo esses valores básicos para uma vida digna em sociedade (MARMEELSTEIN, 2014, p. 15).

Nesse sentido, tem-se que

A busca pela efetivação dos direitos sociais e por uma sadia qualidade de vida são preceitos fundamentais constitucionalmente previstos, conseqüentemente, são ideais a serem buscados pela sociedade e pelos gestores governamentais que visam concretizar tais direitos por meio de políticas públicas (BACURAU, 2017, p. 44-45).

O direito à educação é um direito social que está ligado à responsabilidade da família, sociedade e do Estado em assegurar à criança e ao adolescente com deficiência atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino com a implementação de estratégias educacionais com vistas à inclusão escolar plena.

Para que o atendimento educacional especializado ocorra, faz-se necessária a implementação de políticas públicas. Políticas públicas podem ser definidas como

[...] um conjunto de ações, metas ou planos específicos por parte do governo, formuladas para atender demandas sociais, resolver problemas políticos, em diferentes áreas ou contextos, como saúde, educação, meio ambiente, entre outras, em atenção aos idosos, as mulheres, crianças e adolescentes. As políticas públicas são ações ou atividades nos segmentos social, cultural, étnico ou econômico, previstas e desenvolvidas pelo Estado por meios dos entes públicos, comunitários e privados, de forma direta ou indireta, que tem o objetivo de assegurar determinado direito dos cidadãos que estejam vulneráveis de alguma forma (BACURAU, 2017, p. 47).

Tem-se que o acesso a políticas educacionais se trata de direito fundamental do homem, sendo um importante pilar para a inclusão de pessoas com deficiência para contemplar “as diferenças, transformando a escola em um espaço para a diversidade, porque só assim a educação terá um caráter democrático, esclarecido e emancipatório” (GOES, 2014, p. 14).

Decorrente da perspectiva das políticas públicas, denota-se fundamental a observância dos planos para o cumprimento das dispo-

sições decorrentes das políticas que asseguram direitos fundamentais. O Plano Nacional de Educação destaca que “o grande avanço que a década da educação deveria produzir seria a construção de uma escola inclusiva que garanta o atendimento à diversidade humana” (BRASIL, 2001).

Nesse contexto, com objetivo de tutelar o acesso e as condições para educação de qualidade aos alunos matriculados com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação, em 2008 foi implementada a Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva, que passou a oferecer atendimento educacional especializado através da modalidade de educação especial que é entendida como

um processo educacional escolar definido por uma proposta pedagógica que assegure recursos e serviços educacionais especiais, organizados institucionalmente para apoiar, complementar, suplementar e, alguns casos, substituir os serviços educacionais comuns, de modo a garantir a educação escolar e promover o desenvolvimento das potencialidades dos educandos que apresentam necessidades educacionais especiais, em todas as etapas e modalidades da educação básica. (BRASIL, 2008, p. 69).

Em suma, tem-se que a educação especial, no contexto da Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva, é definida como uma modalidade de ensino que perpassa todos os níveis, etapas e modalidades de educação.

Sendo assim, a partir das diretrizes estabelecidas pelo Plano Nacional de Educação e na Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva tem-se que as escolas devem incorporar no projeto político-pedagógico e no currículo ações que favoreçam o desenvolvimento de todos os alunos, em especial, para crianças e adolescentes com deficiência. Percebe-se, portanto, que o Brasil vem buscando assegurar tais direitos à criança e adolescente, sobretudo de modo a garantir a proteção integral e inclusão social das pessoas com deficiência no aspecto educacional. Iniciativas, planos e programas se mostram essenciais para essa garantia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notável que foram fundamentais os avanços trazidos desde a instituição da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao ampliar o rol de direitos e garantias fundamentais, enunciando a edificação do Estado Democrático de Direito. Além de tal legislação, também foram fundamentais as mudanças realizadas a partir da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, sendo as principais a proteção integral da criança e do adolescente e o atendimento especializado objetivando a inclusão dos mesmos.

O presente trabalho teve como objetivo analisar as perspectivas de inclusão de crianças e adolescentes com deficiência no contexto educacional diante das mudanças propostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em conjunto com o Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz dos direitos fundamentais, do Plano Nacional de Educação e na Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva.

Percebe-se que, o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura direitos e garantias às crianças e adolescentes sendo esse não apenas um dever do Estado, mas também da família e sociedade. Nessa mesma linha, o Estatuto da Pessoa com Deficiência assegura amparo específicos para crianças e adolescente que possuem deficiência, para que tenha a devida proteção jurídica.

Com objetivo de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos de crianças e adolescentes com deficiência, foram instituídas importantes políticas públicas de acesso à educação que estão pautadas no Plano Nacional de Educação, pautado de forma específica o atendimento educacional especializado através da modalidade de educação especial na Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva.

REFERÊNCIAS

BACURAU, Márcio Sérgio Monteiro. **A intersetorialidade no desenvolvimento das políticas públicas de atendimento aos direitos da criança e do adolescente na cidade de Crato, Ceará, no período 2015-2016.** Tese (Mestrado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul,

2017. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/1620>. Acesso em: 2 jul. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2.009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 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: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 10.172, de 9 de janeiro de 2001**. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13. 146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. **Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva**. Brasília-DF: Departamento de Documentação e Divulgação, SEESP, 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2023.

CUSTÓDIO, André. **Direito da criança e do adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009.

GOES, Ricardo Schers de. **Escolarização de alunos com deficiência intelectual**: as estatísticas educacionais como expressão das políticas de educação especial no Brasil. 2014. Tese (Doutorado em Educação) –Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/10445>. Acesso em: 10 jul. 2023.

GORCZEWSKI, Clóvis. **Direitos humanos, educação e cidadania**: conhecer, educar, praticar. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2016.

HAMMES, Leila Viviane Scherer. **As estratégias de articulação intersetorial dos conselhos de direitos da criança e do adolescente para políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente com deficiência:** uma análise comparativa entre cinco municípios do Vale do Taquari-RS. Tese (Mestrado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/1605>. Acesso em: 25 jul. 2023.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7a. ed. São Paulo:Atlas. 2014.

PROTOCOLO “NÃO É NÃO” E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROMOÇÃO DE FORMAS MAIS IGUALITÁRIAS DE ACESSO AO ÓCIO E LAZER PARA AS MULHERES

Protocol “Não é Não” and Public Policies to promote more equal access to leisure and leisure for women

Deise Brião Ferraz¹

Marli Marlene Moraes da Costa²

INTRODUÇÃO

O objeto deste apanhado é o Projeto de Lei nº 03, de 2023, que cria o Protocolo “Não é Não” de atendimento à mulher vítima de violência sexual ou assédio em discotecas ou estabelecimentos noturnos, eventos festivos, bares, restaurantes ou qualquer outro estabelecimento de grande circulação de pessoas. O objetivo geral é analisar suas pre-

1 Deise Brião Ferraz. Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Diversidade e Políticas Públicas, com bolsa PROSUC/CAPES. Mestra em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG, com bolsa CAPES/DS. Membro do Grupo de Pesquisa registrado no CNPq intitulado “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, do PPGD/UNISC. Líder de pesquisa no Grupo Direito Sistêmico e MASC da FURG/CNPq. Advogada, Jornalista e Psicanalista. E-mail: deisebferraz@gmail.com.

2 Marli Marlene Moraes da Costa. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, com pós-doutoramento em Direito pela Universidade de Burgos - Espanha, com bolsa CAPES. Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, do PPGD da UNISC. Psicóloga com especialização em Terapia Familiar. E-mail: marlim@unisc.br.

visões e tensões para, ao final, compreender como podem contribuir com as políticas públicas para mulheres que norteiam a ação do Poder Público, inclusive propondo sugestões.

Além do próprio texto normativo, o principal referencial teórico adotado são os estudos sobre saúde mental e dispositivos de gênero, de Valeska Zanello. Trata-se de pesquisa exploratória diante da inovação e da escassez de estudos que abordem o tema. O método de abordagem utilizado é indutivo. O método de pesquisa é bibliográfico e documental e o método de procedimento é monográfico.

A conclusão aponta para a necessidade de que o Protocolo brasileiro foque sua atuação em função da vítima e sua dignidade, prioritariamente, e não na persecução penal, desenvolvendo fluxos de atendimento e estratégias comunicativas claras, pois só assim o projeto brasileiro poderá colaborar com a promoção de formas mais igualitárias de acesso ao ócio e lazer para as mulheres centralizadas nas vítimas e não nos agressores.

DESENVOLVIMENTO

Considerando-se as estatísticas selecionadas na PNAD Contínua de 2021 e na Pesquisa Nacional de Saúde de 2019 acerca do cometimento de violência sexual contra mulheres, chega-se a dados reveladores que anunciam o grande contingente de mulheres que já passaram por tal violação em algum momento da vida, quem são os principais agressores e o local de cometimentos desses delitos. Esse último ponto é o recorte escolhido neste trabalho: o cometimento de violência sexual contra mulheres em espaços de ócio e lazer como casas noturnas, bares, restaurantes e eventos – especialmente porque essa relação é pouca explorada já que, pela ordem dos dados consultados, é o terceiro lugar de ocorrência, antecedido pela residência da vítima e pelos locais públicos.

Desde 2018, o *Ayuntamiento* de Barcelona elaborou o Protocolo No Callamos para lidar com agressões e assédio sexual em espaços de ócio noturno privado. Diante da completude do documento que prevê fluxos de atendimento específicos para cada um dos tipos de violência, da eficiência na detecção, por orientar uma comunicação estratégica, e pela eficácia em sua implementação³, inspirado neste modelo, no ano de

3 Em 31 de dezembro de 2022, o Protocolo ganhou visibilidade mundial diante da denúncia do crime de estupro em uma boate de Barcelona, que teve como acusado

2023 a deputada Maria do Rosário protocolou Projeto de Lei (PL) para criar o Protocolo “Não é não”, de atendimento à mulher vítima de violência sexual ou assédio em discotecas ou estabelecimentos noturnos, eventos festivos, bares, restaurantes ou qualquer outro estabelecimento de grande circulação de pessoas. Junto a ele estão apensados outros quatorze PL no mesmo sentido.

Contextualizando a ocorrência da violência sexual e assédio sexual no Brasil, se pode notar que essa é uma realidade conhecida das mulheres no país, como informam os dados da última Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) de 2019, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em que se constatou que 1,2 milhão (0,8%) de pessoas com 18 anos ou mais haviam sofrido violência sexual nos doze meses anteriores à entrevista. Destas, 885 mil eram mulheres (1%).

Conforme o esperado, os agressores mais citados pelas vítimas foram pessoas do seu ciclo de relacionamentos afetivo proximal (cônjuges, companheiros, namorados, ex-parceiros) e o local mais frequente da ocorrência dessa violência é a residência das vítimas (52,3%). Essa é a realidade já conhecida e denunciada acerca da violência. Para os fins deste trabalho, se pretende dar especial atenção a uma outra realidade, discutida apenas secundariamente: a que informa sobre a violência cometida por pessoas desconhecidas, especificamente no caso das mulheres, cujo segundo local de ocorrência relatado foram as vias ou outros locais públicos (21,5%) e no trabalho, estabelecimento de ensino ou bar e restaurante (19,4%), com especial interesse pelo seu cometimento em locais destinados ao ócio como é o caso de bares, restaurantes, casas noturnas, eventos com grande circulação de pessoas.

Quando o que se passa a analisar são os momentos e lugares de ocorrência da violência e do assédio sexual, chega-se à constatação vexatória de que o ócio e o lazer das mulheres têm sido um risco para elas. Na sequência dos locais de cometimentos de tais comportamentos, depois da própria residência da vítima e dos locais públicos, se perceberá que os locais de maior incidência são bares e restaurantes.

A fim de encontrar respostas para essa realidade, a teoria feminista é capaz de trazer reflexões esclarecedoras: se o capitalismo se encarregou de instalar uma divisão sexual que torna o trabalho reprodutivo e de cuidado uma categoria de segunda ordem e absolutamente

o jogador Daniel Alves. A boate era signatária do Protocolo No Callamos e adotou todo o fluxo de atendimento em relação à vítima, colaborando também com o encaminhamento do caso às autoridades policiais.

invisível, como lembra Federici (2017), também consagrou o interior do lar como sendo o espaço inerente às mulheres em razão de seu sexo, atribuindo a elas as tarefas domésticas e o cuidado dos filhos.

A rua se torna um lugar hostil às mulheres que, ao estarem nela, contrariam o lugar que lhe foi socialmente designado. Em ordem inversa, os homens têm a rua como seu habitat natural. São pertencentes ao espaço público, onde podem circular com propriedade, ir ao trabalho e receber uma remuneração por isso. E assim vai se estabelecendo, historicamente, o pacto social tácito que delinea papéis e lugares para uns e para outros, que vai mediando os comportamentos e direcionando a voz e o silêncio de cada um. E é assim, que homens vão sendo treinados para performar ao longo da vida, independente dos espaços em que estiverem, a partir do desenvolvimento de características como força, virilidade, sexualidade e capacidade para o trabalho, de forma que gênero aponta para uma configuração de emocionalidade. (ZANELLO, 2018, p. 27).

A decorrência dessa compreensão é que, no capitalismo, o amor não é um sentimento espontâneo, mas uma emocionalidade aprendida e mediada pela cultura: “Na nossa cultura, homens aprendem a amar muitas coisas e mulheres aprendem a amar os homens.” (ZANELLO, 2018, p. 53). Portanto, a virilidade masculina é performada, deve ser construída e provada e isso é possível quanto mais as características e comportamentos masculinos se distanciem do que é considerado e posto como feminino. Um homem será tão mais homem quanto mais possa se distanciar do que é, socialmente, ser uma mulher e isso vai acontecer através de um processo de objetificação sexual das mulheres, se pautando por um dispositivo de eficácia (ZANELLO, 2018, p. 76) que chancela seu sucesso como exemplar da espécie masculina que está em posição de escolha e que pode deter – como quem detém uma propriedade. Isso ocorre através do dinheiro e status social, além da atividade sexual especialmente com mulheres que se encontram bem colocadas na prateleira do amor – o que constitui a violência virilista. A concepção de “prateleira do amor” para Zanello (2018, p. 47) diz respeito ao processo de construção e validação da autoestima feminina a partir da possibilidade de ‘ser escolhida’ por um homem. “Essa prateleira é regida por um ideal estético, o qual vem se construindo desde o começo do século passado e possui a característica de ser branco, louro, jovem e magro.”

O que todo o contexto apresentado sinaliza é que o ócio das mulheres tem representado um risco para elas por toda uma racionalidade

que as objetifica sexualmente e as categoriza como coisas que podem ser livremente dispostas e apropriadas por homens desde que estes as desejem. O processo de coisificação transforma sujeitos em objetos de desejo do outro e, colocam em risco a ocupação do espaço público por mulheres. Portanto, se mostra necessário e urgente pensar em formas de se lidar com essa realidade, no intuito de oportunizar em condição de igualdade o acesso feminino à rua, ao lazer e à liberdade sexual.

Como parte de uma política pública que se propõe a propiciar o acesso igualitário das mulheres aos espaços de ócio e lazer, o Protocolo Não é Não será analisado a partir das seguintes categorias previamente definidas: 1) Coparticipação de outros agentes; 2) Formas de transgressão que merecem a atenção; 3) Princípios que guiam o Protocolo; 4) Eixos de atuação; 5) Estratégia de Comunicação; 6) Atuação em casos de violência.

1) Coparticipação de outros agentes: não há menção a qualquer nível de conscientização do papel que os locais de ócio, lazer e grande circulação de pessoas deva desempenhar e nem qualquer investida no sentido de sua inclusão como partes importantes para a concretização das previsões do PL. A explicação para essa ausência possivelmente advém do fato de que o documento pretende ser promulgado enquanto lei, de aderência compulsória, chamando a intervenção do Estado nessa regulação e processos comunicativos de conscientização, de modo que os estabelecimentos são apenas agentes obrigados ao cumprimento da lei. Logo, os espaços de ócio não tratados como coparticipes da iniciativa.

2) Formas de transgressão que merecem a atenção: o Protocolo Não é Não abarcará taxativamente a violência sexual e o assédio sexual, tipificações que extrai do Código Penal e da legislação específica – Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, que altera os crimes contra a dignidade sexual no Código Penal e Lei Maria da Penha – 11.340 de 07 de agosto de 2006. Logo, os limites do Protocolo brasileiro têm rol taxativo, já que se propõe a ser lei e não se ocupa de outras intromissões ilegítimas na liberdade sexual das pessoas que não aquelas previstas no PL, de modo que perde em seu caráter conscientizador e de promotor de uma liberdade sexual plena. Isso porque a tipificação penal tem por base o princípio da legalidade que atrela a conduta ao cometimento do ilícito, deixando a desejar em outras frentes de cobertura que podem culminar em agressões sexuais. Foca, portanto, em seu caráter proibitivo e vinculante, deixando de estimular o não cometimento das condutas com pressuposto na pura e simples igualdade de oportunidades entre os sexos e gêneros.

3) Princípios que guiam o Protocolo: o Protocolo se guia pelos princípios da celeridade, conforto, respeito, rigor na apuração das informações, a dignidade, a honra e a preservação da intimidade da vítima, mas deixa de explicitar qual o alcance e significado de seus princípios, deixando vagos os conceitos de celeridade (em relação ao encaminhamento da denúncia? Ao atendimento à vítima? À cadeia de custódia das provas?); conforto (em relação ao local de atendimento da vítima? Ou às suas decisões? Trata-se de conforto psicológico?); respeito (em relação ao que a vítima decide? À forma de tratamento? Ao seu tempo?); rigor na apuração das informações (quando isso acontece tendo-se em vista que a prioridade é o melhor atendimento da vítima?); dignidade, honra e preservação da intimidade da vítima (como a honra se relaciona com os acontecimentos e como pode ser preservada). Enfim, surgem muitas dúvidas a partir dessas lacunas semânticas e já que princípios são o supramundo de uma lei porque indicam seu espírito, a lei acaba carecendo de orientações mais precisas quanto ao seu real interesse e alcance.

4) Eixos de atuação: o Protocolo brasileiro não tem previsão expressa de eixos de atuação, diluindo as atividades entre os direitos da vítima e os deveres do estabelecimento. Não possui ações de prevenção, exceto quando dispõe no art. 8º que o Poder Público promoverá campanhas educativas de respeito à mulher em locais públicos ou de grande circulação. Não prevê medidas específicas em relação ao controle e acesso dos locais, nem adota critérios de acesso que caracterizem discriminação, como preços de acesso diferenciados para homens e mulheres ou bônus em formas de bebidas, entradas gratuitas, códigos de vestimentas diferentes em razão do sexo, discricionariedade para controlar o acesso com base na aparência das pessoas.

5) Estratégia de comunicação: o protocolo não tem uma estratégia de comunicação desenhada e nem mesmo trata sobre os materiais que devem ser disponibilizados às vítimas, aos estabelecimentos e as informações que devem estar visíveis no interior dos estabelecimentos. Apenas em seu art. 8º afirma que o poder Público promoverá campanhas educativas de respeito à mulher em locais públicos ou de grande circulação de pessoas. Nesse ponto, não esclarece qual o tônus de tais campanhas e nem torna os estabelecimentos corresponsáveis. Chama a responsabilidade para si, mas não diz como fará e nem se as campanhas educativas pretendem promover a equidade de gênero ou apenas pretender reforçar o caráter proibitivo do cometimento de ilícitos, perdendo verdadeira oportunidade de contar com a atuação conjunta

dos estabelecimentos privados em iniciativas que reforcem a liberdade sexual e as relações consentidas, desconectando as relações da violência.

6) Atuação em casos de violência: no art. 6º do Protocolo Não é Não são elencadas as atitudes que a equipe do estabelecimento deverá tomar imediatamente, são elas: I – Ouvir, confortar e respeitar a decisão da denunciante; II – Afastar a vítima do agressor ou agressores; III – Procurar pelos amigos da denunciante e encaminhá-los para o local protegido onde a denunciante estiver; IV – Garantir e viabilizar os direitos da denunciante previsto no art. 3º desta lei, de acordo com a vontade da denunciante; V – Preservar as eventuais e potenciais provas ou evidências da violência cometida; VI – Identificar o agressor ou agressores; VII – Apurar com o rigor as informações sobre o acontecido; VIII – Identificar possíveis testemunhas da agressão; IX – Adotar outras medidas que julgar cabíveis para preservar a dignidade da denunciante.

O protocolo não dispõe de todas as medidas que devem ser adotadas a partir da denúncia do delito, nem estabelece fluxo de atendimento que determina a ordem de prioridade dos acontecimentos. Notavelmente, não há menção expressa em se respeitar o tempo da vítima, inclusive para ouvi-la. Não determina os limites do que compõe confortá-la, podendo essa atitude inclusive estimular sua vitimização ou naturalizar o acontecimento. Busca pelos amigos da denunciante, sem previsão expressa de prévia consulta à sua vontade nesse sentido. Apura as informações sobre o acontecido sem também dispor como isso ocorrerá, deixando margem inclusive para um verdadeiro interrogatório à vítima. Nem mesmo aduz quem será a pessoa responsável por esse atendimento dentro da equipe do estabelecimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que todo o contexto apresentado sinalizou, de forma resumida, é que o ócio das mulheres tem representado um risco para elas por toda uma racionalidade que as objetifica sexualmente e as categoriza como coisas que podem ser livremente dispostas e apropriadas por homens desde que estes as desejem. O processo de coisificação transforma sujeitos em objetos de desejo do outro, colocando em risco a ocupação do espaço público por mulheres.

Analizando a proposta normativa do PL, conclui-se ser imprescindível que haja o estímulo à cooperação dos estabelecimentos priva-

dos não por força da punição, mas pela promoção da ideia de que essa é uma luta socialmente compartilhada e que interessa a toda a sociedade. Como o Protocolo brasileiro tem rol taxativo, já que se propõe a ser lei e não se ocupa de outras intromissões ilegítimas na liberdade sexual das pessoas que não aquelas previstas no PL, perde em seu caráter conscientizador e de promotor de uma liberdade sexual plena. Foca, portanto, em seu caráter proibitivo e vinculante, deixando de estimular o não cometimento das condutas com pressuposto na pura e simples igualdade de direitos e oportunidades entre os sexos e gêneros.

O Protocolo também deixa de explicitar qual o alcance e significado de seus princípios, restando vagos os conceitos de celeridade, conforto, respeito, rigor na apuração das informações, dignidade, honra e preservação da intimidade da vítima. Surgem muitas dúvidas a partir dessas lacunas semânticas e a lei acaba carecendo de orientações mais precisas quanto ao seu real interesse e alcance, devendo ser melhor desenvolvida quanto aos seus princípios e procedimentos.

Quanto aos eixos de atuação, o Protocolo brasileiro não tem previsão expressa e acaba diluindo as atividades entre os direitos da vítima e os deveres do estabelecimento. Não prevê medidas específicas em relação ao controle e acesso dos locais, nem adota critérios de acesso que caracterizem discriminação – medidas essas que deveriam ser adotadas.

Quanto à estratégia de comunicação, o protocolo brasileiro não tem uma estratégia de comunicação desenhada e nem mesmo trata sobre os materiais que devem ser disponibilizados às vítimas, aos estabelecimentos e as informações que devem estar visíveis no interior dos estabelecimentos. Ao prever que o Poder Público promoverá campanhas educativas de respeito à mulher em locais públicos ou de grande circulação de pessoas, não esclarece qual o tônus de tais campanhas e nem torna os estabelecimentos corresponsáveis.

Quanto à atuação em casos de violência, o Protocolo brasileiro não estabelece fluxo de atendimento que determina a ordem de prioridade dos acontecimentos. Nem mesmo informa quem será a pessoa responsável por esse atendimento dentro da equipe do estabelecimento.

Quanto à aderência ao Protocolo: o PL explicita que a instituição do Protocolo é compulsória, sob pena de multa e outras penalidades que o Poder Público estabelecer aos estabelecimentos que não o instituírem. Nesse sentido, não estabelece relação de cooperação capaz de tornar empresários(as) e trabalhadores(as) de tais locais conscientes de que aqueles são espaços propícios para o cometimento de violência sexual

para que, conscientes dessa condição, possam se sentir corresponsáveis por assegurar o acesso e permanência de todas as pessoas no interior desses locais, para que possam disfrutar em igualdade do lazer.

Assim, as tensões aqui elaboradas apontam no sentido de que o Protocolo brasileiro deve estimular a cooperação dos estabelecimentos privados não por força da punição, mas pela promoção da ideia de que essa é uma luta socialmente compartilhada, deve estimular o não cometimento das condutas com pressuposto na pura e simples igualdade de direitos e oportunidades entre os sexos e gêneros, deve ser melhor desenvolvido quanto aos seus princípios e procedimentos, deve prever medidas específicas em relação ao controle e acesso dos locais, estabelecendo critérios de acesso que caracterizem discriminação, os proibindo.

Também deve desenvolver uma estratégia de comunicação, inclusive com materiais que devem ser disponibilizados às vítimas, aos estabelecimentos, e estabelecendo quais as informações que devem estar visíveis no interior dos estabelecimentos e que reforcem o estímulo à liberdade sexual e as relações consentidas. Deve, ainda, estabelecer fluxos de atendimento transparentes com prioridade de atividades e eleição de pessoas responsáveis para assumir a competência no interior do estabelecimento após recebimento da denúncia e, sobretudo, focar todo o Protocolo em função da vítima e sua dignidade, pois só assim se poderá contribuir realmente não com a perseguição penal, mas com a promoção de formas mais igualitárias de acesso aos direitos para homens e mulheres – inclusive do direito ao ócio e ao lazer.

REFERÊNCIAS

AYUNTAMIENTO DE BARCELONA. *Protocolo No Callamos contra las agresiones y los acosos sexuales en espacios de ócionoturno privado*, 2018. Disponível em https://ajuntament.barcelona.cat/dones/sites/default/files/document-s/p_4.2_protocol_oci_nocturn_esp.pdf. Acesso em 03 abr. 2023.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 03 de 2023. *Cria o Protocolo Não é Não de atendimento à mulher vítima de violência sexual ou assédio em discotecas ou estabelecimentos noturnos, eventos festivos, bares, restaurantes ou qualquer outro estabelecimento de grande circulação de pessoas*. Brasília, 2023. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/>

prop_mostrarintegra?codteor=2240778&filename=Avulso%20PL%203/2023. Acesso em 12 abr. 2023.

COSTA, Marli Marlene Moraes da. DIOTTO, Nariel. Tecendo fios do constitucionalismo feminista brasileiro: a concretização dos direitos humanos e fundamentais e o enfrentamento da desigualdade de gênero In: *Constitucionalismo contemporâneo: novos desafios*, 1. ed. Porto Alegre: Free Press, 2021, v.1, p. 189-219.

FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo: Elefante, 2017.

FERRAZ, Deise Brião. COSTA, Marli Marlene Moraes da. O protocolo de julgamento com perspectiva de gênero como resposta institucional à pretensa universalização do feminino, amparada nos esforços internacionais de eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 20, n. 1, p. 114-127, 2023.

HOOKS, Bell. *Teoria feminista: da margem ao centro*. Tradução Rainer Patriota. 1. ed. São Paulo: Perspectiva, 2019.

_____. *Tudo sobre o amor: novas perspectivas*. Tradução de Stephanie Borges. São Paulo: Elefante, 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa nacional de saúde 2019: acidentes, violências, doenças transmissíveis, atividade sexual, características do trabalho e apoio social*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101800.pdf>. Acesso em 12 abr. 2023.

_____. *Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Pesquisas por Amostra de Domicílios, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2021*. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101984_informativo.pdf. Acesso em 12 abr. 2023.

ZANELLO, Valeska. *Saúde mental, gênero e dispositivos: cultura e processos de subjetivação*. 1. ed. Curitiba: Appris, 2018.

ZANELLO, Valeska. *Prateleira do amor: sobre mulheres, homens e relações*. 1. ed. Curitiba: Appris, 2022.

REABANDONO E POLÍTICAS PÚBLICAS: O DEVER DO ESTADO EM MITIGAR OS CASOS DE DESISTÊNCIAS DE ADOÇÕES

Re-abandonment and public policies: the State's duty in mitigating adoption drop-out cases

Alexandra Neves Pinheiro¹

Desyrrê Moraes Lemes Mota²

Helena Gil Klein³

INTRODUÇÃO

Ao falar em desistência e/ou devolução, tem-se que o processo para chegar ao estágio de convivência e a concretização da adoção de

- 1 Alexandra Neves Pinheiro. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal, coordenado pelo Professor Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD/FMP Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Processo Civil pela UniDombosco. Graduada pela Universidade Luterana do Brasil.; Advogada. endereço eletrônico: alexandra.kpadvocacia@gmail.com.
- 2 Desyrrê Moraes Lemes Mota. Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). . Pesquisadora no Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Crianças e Adolescentes e Constituição Federal”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela EBRADI. endereço eletrônico desyrradv@gmail.com.
- 3 Helena Gil Klein. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa de Direito de Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP/RS. Advogada. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS); endereço eletrônico: helenaklein.adv@gmail.com.

uma criança, é muito simples. Muito pelo contrário. Os adotantes interessados devem passar por exaustivas etapas, desde avaliação técnica interdisciplinar da equipe judiciária, eventual adequação do estilo de vida com a criação de uma criança, fila de espera, estágio de convivência, para, então, chegar à adoção.

Dentre tantas etapas, questiona-se: o que leva a adotantes desistirem de seus filhos e os devolverem à guarda do Estado? Mais que isso: qual é a responsabilidade do ente público e como ele poderia evitar que crianças e adolescentes passem por um segundo trauma ao serem, novamente, rejeitados? Para responder a todas estas perguntas é necessária uma pesquisa mais aprofundada, a qual está em desenvolvimento. No presente estudo propõe-se, de maneira breve, elucidar a importância do investimento em políticas públicas a fim de mitigar os casos de desistências e devoluções nos casos de adoções.

A pesquisa proposta se divide em dois momentos: primeiro, a desistência da adoção no período do estágio de convivência; por fim, a desistência após a adoção concretizada. Quando a desistência ocorre no estágio de convivência, embora já tenha sido criada uma expectativa acerca da adoção, o processo ainda não possui sentença, motivo pelo qual a lei permite que não haja a finalização do procedimento. Todavia, quando a desistência ocorre após a adoção concretizada, por ser um ato irrevogável, há vedação legal.

O tema escolhido merece destaque visto que o instituto da adoção é um dos mais antigos do Direito de Família, pois sempre existiram filhos que não puderam ser criados por suas famílias biológicas, seja por opção ou pela falta dela, quando a necessidade se sobrepõe, razão pela qual a adoção foi sendo utilizada como alternativa. Ocorre que, por muitos anos, o referido instituto foi tratado com preconceito, discriminação e estigma; como consequência, os filhos adotados não tinham direitos iguais aos filhos biológicos, perspectiva que foi modificada com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Visando explicar a temática proposta, a partir do método de abordagem dedutivo, busca-se analisar um breve panorama legislativo acerca da adoção, bem como delimitar as etapas pertinentes do processo. Analisou-se, ainda, julgados que tratam acerca da desistência em dois momentos, tanto antes de prolatada sentença como após trânsito em julgado.

Adoção, as marcas da devolução e o dever do estado

A perspectiva em relação à adoção no Brasil mudou apenas com o advento da Constituição Federal de 1988, uma vez que a partir de então restou consolidado o direito de isonomia entre os filhos (DIAS, 2021, p. 321). Nesse sentido, a Carta Magna foi a grande responsável por modificar o sistema de adoção que até a sua promulgação tinha como finalidade privilegiar os adotantes, dando-lhes a oportunidade de terem um filho; com a superveniência da Constituição, essa ideia que privilegiava os interesses dos adotantes passou a ser superada, dando-se prevalência aos direitos do adotado à proteção integral e à convivência familiar (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 1015).

O Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 corroborou a norma constitucional e trouxe mecanismos capazes de alterar por completo a maneira de se efetivar a adoção. Outrossim, acrescentou características especiais para a adoção, como a preservação do núcleo familiar natural, reforçando a ideia de ser uma medida excepcional e ressignificando a concepção de família substituta como novo seio familiar, capaz de reinserir essa criança ou adolescente (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2021, p. 263-264).

Frisa-se que o Código Civil de 2002 vigorou em conjunto com o Estatuto da Criança e do Adolescente até a promulgação da Lei nº 12.010/2009, oportunidade em que foi estabelecida a exclusividade do Estatuto para regulamentar a adoção. Além disso, a referida lei buscou alternativas para reduzir o número de crianças e adolescentes institucionalizados; para tanto, ampliou o conceito de família extensa, que se constitui, portanto, “na família natural vista, sob perspectiva mais ampla, para além do seu núcleo” (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2021, p. 264-265).

Verifica-se que quanto mais a lei privilegia a família natural, mais torna o processo de adoção excepcional, trazendo o estigma de ser a última alternativa para aquela criança ou adolescente que necessita de uma família para seu desenvolvimento (PEREIRA, 2021, p. 448). Destarte, sobrecarrega a relação dos adotantes e adotados de expectativas, por tratar como a última tentativa de modificar a situação de desamparo vivenciada pelo protegido.

A mais recente modificação legislativa sobre a adoção ficou a cargo da Lei 13.509/2017, que, por sua vez, tem como escopo agilizar o procedimento de adoção. Estabeleceu, portanto, que o prazo do estágio de convivência será de no máximo 90 dias, podendo ser prorrogado por

período igual, se necessário pela particularidade do caso. Além disso, limitou o acolhimento de criança e adolescentes a 18 meses, salvo exceções.

Entretanto, diferentemente do que dispõe a lei, o vínculo afetivo que se faz necessário para concretizar a adoção não obedece ao tempo estipulado, pois é singular e constituído diariamente pelos envolvidos. Dessa forma, a lei buscou balizar uma média de tempo para o estabelecimento do vínculo necessário, mas será analisado em cada situação se o prazo mencionado será ou não suficiente.

No que concerne ao procedimento de adoção, este se desenvolve por etapas, começando pela habilitação, que consiste na entrega da documentação exigida, submissão a estudo psicossocial, participação obrigatória em programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude, que inclui preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças ou de adolescentes com deficiência, com doenças crônicas ou com necessidades específicas de saúde, e de grupos de irmãos. Outrossim, sempre que possível deve acontecer o contato com o público infanto-juvenil em acolhimento institucional ou familiar (BRASIL, 1990).

Cumpridas as etapas descritas, caso seja deferida a habilitação, os adotantes serão inscritos no Cadastro Nacional de Adoção. No ano de 2019 o cadastro sofreu uma ampliação pela Resolução nº 289/2019 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tornando-se o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), que tem como objetivo consolidar dados fornecidos pelos Tribunais de Justiça em relação à adoção, acolhimento institucional e familiar, assim como dados acerca de pretendentes nacionais e estrangeiros habilitados à adoção.

A partir do cenário acima delineado, verifica-se que o estudo do tema proposto é de suma importância, visto que a adoção é uma das temáticas mais delicadas do Direito de Família, seja pela morosidade do procedimento, seja pela complexidade demandada, pois embora a sua finalização se dê pela sentença proferida pelo juiz da causa, o que determina sua eficácia e concretização é o vínculo estabelecido entre as partes.

Inegavelmente os vínculos afetivos são criados desde o primeiro contato entre as partes, pode ser que ao longo do procedimento não sejam consolidados, mas eles existem e por sua vez acabam criando a ideia, muitas vezes falha, de que os adotados se adaptarão de forma perfeita e que os adotantes serão a família acolhedora que os adotados não tiveram e tanto necessitam. Sendo assim, quando a desistência da

adoção ocorre no período do estágio de convivência, muito embora seja permitido, a expectativa dos protegidos já foi criada e eles terão a reincidência da experiência de abandono (DORETTO, 2021, p. 79).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 197-E, §5º, prevê que, em caso de desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção ou devolução do adotado após trânsito em julgado da sentença, jamais poderá adotar novamente no Brasil, “sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente”.

As decisões judiciais têm se apoiado à responsabilidade civil para tentarem diminuir os danos sofridos pelas crianças e adolescentes devolvidos, tanto em sede de guarda provisória quanto após trânsito em julgado da sentença. Mas, ainda assim, vê-se que a fixação de indenização não devolve às crianças e aos adolescentes os anos de expectativas, especialmente porque, ao retornarem ao sistema, muitas vezes tornam-se inadotáveis – “feia expressão que identifica crianças que ninguém quer.” (DIAS, 2017, p. 132).

Ao prolatar decisão em Apelação Cível de nº 1.0194.12.007673-3/001, o Relator Luís Carlos Gambogi, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, afirmou que “o instituto da guarda é significativo e tem ampla repercussão na vida de crianças e adolescentes, em especial, quando antecede ao processo de adoção”, de tal maneira que, ainda que não haja vedação para que os futuros pais adotivos desistam da adoção, não pode se permitir a sua revogação sob qualquer pretexto, devendo-se priorizar e resguardar seus interesses.

Em devolução ocorrida no Estado de Minas Gerais em junho de 2022, a justiça condenou um casal que desistiu do processo de adoção, em fase de prolação de sentença, após permanecer quatro anos com a guarda de duas a pagar indenização por danos morais no valor de 100 salários-mínimos para cada uma das meninas, hoje com 9 e 10 anos. No caso em questão, as irmãs ficaram em estágio de convivência com o casal por quatro meses, quando estes manifestaram o interesse em adotá-las, época em que estas contavam com 04 e 05 anos. (IBDFAM, 2023).

Ao comentar sobre o caso, a advogada Silvana do Monte Moreira (IBDFAM, 2023), presidente da Comissão Nacional de Adoção do Instituto do Direito de Família e Sucessões – IBDFAM, é categórica ao reforçar a parentalidade da adoção. “Se não podemos ‘devolver’ nossos filhos naturais ao útero que os pariu, não podemos devolver nossos filhos que um dia foram adotados (não são mais), e que hoje são apenas filhos, à Justiça”.

Em decisão análoga proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível nº 1001116-23.2018.8.26.0445, reconheceu-se a perda de uma chance de o filho abandonado ser adotado por outra família, condenando a família adotiva ao custeio dos tratamentos psicológicos e psiquiátricos do adolescente e, ainda, ao pagamento de um salário-mínimo mensal até que ele complete 25 anos.

O adolescente que iniciou seu estágio de convivência aos 09 anos, após seis anos de convivência e com a sua adoção concluída, foi devolvido aos 16 anos. A relatora do caso salientou que, em razão da sua idade avançada, “diminui muito ou mesmo aniquila as chances de nova colocação em família substituta, segundo dados estatísticos do Cadastro Nacional de Adoção do Conselho Nacional de Justiça.” (SÃO PAULO, 2019, p. 7-8).

Além de o *quantum* fixado à título de indenização ser ínfimo e não pagar todo o sofrimento e trauma que o abandono causa, crianças e aos adolescentes devolvidos ao sistema carregarão a marca da ‘devolução’ e terão muita dificuldade na recolocação.

Destaca-se que, no tocante a ideia de devolução, Veronese e Vieira (2020, p. 19), entendem se tratar de uma denominação de extrema violação aos direitos da criança e do adolescente, eis que estes “não se referem a objetos, coisas, que por terem “defeitos” possam ser simplesmente devolvidos, substituídos por outra mercadoria ou consertados.” Sustentam, assim, que nos casos em que pais adotivos queiram entregar seus filhos novamente à guarda do Estado, estamos frente a uma situação de “reabandono” (VERONESE; VIEIRA, 2022, p. 20).

É de extrema importância a consciência e a responsabilidade no sentido de que a criança a ser adotada não é um presente idealizado. Muito pelo contrário. A criança ou o adolescente abrigado, na grande maioria das vezes, passou por situações que o adotante sequer pode imaginar, tampouco sentir. O enfrentamento de negligências, maus-tratos, violências e desamor. De tal maneira que cabe ao adotante preparar-se para lidar com rebeldia, insubordinação, carência e tristeza. Mais que isso: deve o Estado acompanhar essa família e ajudá-los na criação e manutenção de vínculos afetivos.

Obviamente que a decisão de ter filhos e/ou adotar vem cheia de expectativas. Ao idealizar uma família, ainda que por vínculos afetivos, se coloca inúmeros sonhos e realizações pessoais naquele núcleo que se está se construindo e se formando. Justamente por ser uma construção de vínculos, é que algumas dificuldades podem surgir em

diversas etapas da adoção, fazendo com que em alguns casos ocorra a desistência da adoção e, portanto, a devolução (LUNELLI; LIMA; TOMÉ, 2019, p. 160).

Apesar de o ato de adotar ser irrevogável (artigo 39, § 1º do ECA), quando se manifesta a sua desistência, há a violação do direito adquirido à convivência familiar, configurando um problema sério no Brasil e que não é alvo de discussão necessário para seu enfrentamento (KIRSH; COPATTI, 2014, p. 20).

A adoção é irrevogável. As figuras da devolução, da desistência ou da 'desadoção' não existem. A irrevogabilidade representa uma aplicação do princípio constitucional da igualdade entre os filhos, ou seja, independentemente da origem da filiação, todos são iguais em direitos e deveres. Essa irrevogabilidade cria um vínculo que deve ser respeitado, pelo adotante e pelo adotado, por toda a existência. (IBDFAM, 2023)

Ressalta-se que, o ato da devolução traz consigo prejuízos emocionais e psicológicos para todos os envolvidos naquele núcleo que por algum motivo não conseguiu criar o vínculo necessário para se torna família. O que não se pode negar é que, a criança e o adolescente ali envolvidos, mais uma vez se vê em uma situação de desamparo, intensificando sua vulnerabilidade, ainda que estes estejam protegidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e pela Constituição Federal de 1988 através da Teoria da Proteção Integral (KIRSH; COPATTI, 2014, p. 15).

Nesta fase de devolução, o abandono que em primeira instância foi a ferida que possibilitou que essa criança ou esse adolescente pudesse ser adotado, concretizando então o direito constitucional a convivência familiar, é uma ferida agora reaberta por uma adoção fracassada e que acaba configurando um reabandono (BOREL; SANTOS; COSTA, 2019, p. 28).

Cabe lembrar que, o Princípio da Prioridade Absoluta caracteriza a criança e o adolescente como prioridade nas ações do Estado, da sociedade, da comunidade e da família. De forma que, é necessário a destinação de recursos públicos e formulação de políticas públicas (artigo 4º, parágrafo único, do ECA), para a efetivação dos direitos que são peculiares a condição de criança ou adolescente, bem como dos direitos fundamentais (KIRSH; COPATTI, 2014, p. 17), entre eles, fazer cumprir o objetivo central da Lei Nacional da Adoção, que é justamente fo-

mentar políticas públicas que sejam capazes de promover o retorno das crianças e adolescentes às famílias biológicas, e no caso de resultados infrutíferos, só ai abrir espaços as famílias substitutas (BOREL; SANTOS; COSTA, 2019, p. 16).

Se, portanto, o foco da própria Lei Nacional da Adoção prevê o fomento de políticas públicas que vão ser preparada para conduzir essas crianças e adolescentes, deve haver também a promoção de ações que irão acolhê-las novamente nos casos de devolução da adoção, ainda que em fase de estágio de convivência. E aqui, vê-se mais uma problemática brasileira: as ações de enfrentamento junto a casos que configuram a devolução de crianças e adolescentes a casas de acolhimento, para não dizer completamente inexistentes, ainda são muito tímidas, ao ponto de ser necessário mais estudos e mais apoio do Estado e da sociedade civil para o enfrentamento da situação (KIRSH; COPATTI, 2014, p. 34).

Atualmente, observa-se nas jurisprudências dos tribunais que, para extinguir a devolução das crianças, vêm sendo fixadas multas e indenizações aos pais que perdem o poder familiar, por tratarem a devolução como perda do poder familiar e considerarem a adoção irrevogável. A devolução, normalmente, vem amparada em motivos apresentados fúteis e que revelam o despreparo, não só dos adotantes, mas também das equipes no preparo para integrar essas crianças e adolescentes em novas famílias (BOREL; SANTOS; COSTA, 2019, p. 31).

Entende-se que a implementação de políticas públicas é capaz de enfrentar, de fato, os problemas de ordem familiar, os quais interferem no crescimento e desenvolvimento da população infanto-juvenil e na convivência familiar, além de possibilitar debates e culturas na sociedade que possam mostrar o cuidado necessário com a adoção e seus efeitos/consequências legais e psicológicos na vida daqueles que passam pelo processo de adoção (BOREL; SANTOS; COSTA, 2019, p. 33).

Vê-se, assim, a necessidade de investimento em políticas públicas que objetivem mitigar os casos de desistências e devoluções nos casos de adoções já que elas podem qualificar de forma continuada e sistemática, a nível nacional, os profissionais que atuam no serviço de acolhimento institucional, além de criar grupos de apoio à adoção, para aqueles que objetivam as adoções, preparando as famílias adotantes para lidarem com os desafios que essa parentalidade oferece.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por mais inconcebível que seja a ideia de que crianças e adolescentes que já passaram pelo trauma da negligência, dos maus tratos e do abandono - além de tantos outros possíveis -, após a convivência e expectativa de uma nova família, sejam devolvidos à guarda do Estado, a figura perversa do reabandono é recorrente. E, como se viu, com escassos mecanismos para coibi-lo, especialmente porque não se percebe um acompanhamento incisivo de proteção do ente público, tampouco uma fixação indenizatória suficiente a suprir os danos causados.

O retorno de crianças ou adolescentes após quatro, cinco, seis anos de convivência com a família adotiva, reforça, ainda, outro estigma: o baixo índice de adoções tardias. A faixa etária dos “inadotáveis”.

O que se percebe é que a desistência da adoção, seja antes ou depois do trânsito em julgado de uma sentença, vem alicerçada em despreparo. De um lado, pais e mães que não souberam se preparar para receber, criar, educar e amar crianças e adolescentes que vivenciaram dor e sofrimento; do outro, um Estado que deveria preparar mais as suas equipes de psicólogos, assistentes sociais e demais serventuários que atendem a estas famílias, de modo a acompanhar, não só a adaptação, mas a evolução (ou não) dos vínculos afetivos entre adotantes e adotado.

Assim, acredita-se que, ainda que não possamos afirmar que determinada ação seja capaz de acabar por completo com a devolução de filhos adotivos, é dever do Estado investir em políticas públicas que objetivem mitigar os casos de desistências e devoluções nos casos de adoções, qualificando de forma continuada e sistemática todos os profissionais que atuam no serviço de acolhimento institucional, aperfeiçoando o acompanhamento junto às famílias adotantes, além de fomentar a criação de grupos de apoio à adoção.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. *Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. *Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. Dispõe sobre adoção; altera as Leis n.º 8.069/90, 8.560/92, 10.406/2002 e CLT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. *Lei 13.509, de 22 de novembro de 2017*. Dispõe sobre adoção e altera a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. *Resolução nº 289, de 14 de agosto de 2019*. Dispõe sobre a implantação e funcionamento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento- SNA e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_289_14082019_15082019141539.pdf. Acesso em: 20 jun. 2023.

BOREL, Edna Fátima; SANTOS, Rosilene Bastos dos; COSTA, Dorival da Costa. Evolução da legislação brasileira no tocante à adoção e à devolução de crianças e adolescentes adotados no Brasil. *Revista Humanidades em Perspectivas*, v.2 n.1, p. 22-35, 2019. Disponível em: <https://revistasuninter.com/revista-humanidades/index.php/revista-humanidades/article/view/23>. Acesso em: 07 jul., 2023.

Casal que desistiu da adoção após quatro anos de convivência é condenado pela Justiça. In: IBDFAM. 29 jun. 2023. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/10921/Casal+que+desistiu+de+ado%C3%A7%C3%A3o+ap%C3%B3s+-quatro+anos+de+conviv%C3%Aancia+%C3%A9+condenado+pela+Justi%C3%A7a#:~:text=A%C3%A7%C3%A3o%20irrevog%C3%A1vel,iguais%20em%20direitos%20e%20deveres>. Acesso em: 10 jun. 2023.

DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*. 2. ed. ver. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. Responsabilidade Civil nos Processos de Adoção. In: MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. *et al. Responsabilidade civil e o direito de família: o direito de danos na parentalidade e conjugalidade*. Indaia-tuba: Editora Foco, 2021. p. 69-80.

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

KIRCH, Aline Taiane; COPATTI, Livia Copelli. Criança e adolescente: a problemática da adoção e posterior devolução às casas de acolhimento. *Prisma Jurídico*, v. 13, n. 1, p. 13-36, 2014. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/4023>. Acesso em 08 jul. 2023.

LADVOCAT, Cynthia. Devolução de Crianças em Guarda Provisória: Consequências Jurídicas do Rompimento. In: DIUANA, Solange; LADVOCAT, Cynthia. (Coords.). *Guia de Adoção: no Jurídico, no Social, no Psicológico e na Família*. 1. ed. São Paulo: Roca, 2014.

LUNELLI, Maria; LIMA, Daniele Sarabia; TOMÉ, Maria Dolores Perisão. Devolução de criança e adolescente após adoção e o olhar da justiça brasileira. *Caderno Humanidades em Perspectivas*, v. 6, n. 3, p. 158-167, 2019. Disponível em: <https://cadernosuninter.com/index.php/humanidades/article/view/1200>. Acesso em 08 jul. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 1.0194.12.0077673-3/001*. 5ª Câmara Cível. Relator Luís Carlos Gambogi, 17 de setembro de 2015. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?lista-Processos=10194120076733001. Acesso em: 10 jul. 2023.

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

ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. Salvador. 5.ed. Editora Juspodvm, 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 1001116-23.2018.8.26.0445*. Câmara Especial. Relatora Dora Aparecida Martins, 04 de novembro de 2019. Disponível em: <https://shre.ink/MOYY>. Acesso em 10 jun. 2023.

VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Marcelo de Mello. *Abandono de filhos adotivos: sob o olhar da Doutrina da Proteção Integral e da responsabilidade civil*. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

TEPEDINO, Gustavo. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do Direito Civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TRÁFICO DE ADOLESCENTES PERANTE O SISTEMA NACIONAL DE LOCALIZAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO DE DESAPARECIDOS – SINALID: UMA QUESTÃO DE GÊNERO

Trafficking of adolescents before the National System for the Location and Identification of Missing Persons – NSLIMP: a gender issue.

Ana Lara Cândido Becker de Carvalho¹

Ramon Barcellos Tedesco²

-
- 1 Ana Lara Cândido Becker de Carvalho; Universidade Estadual Vale do Acaraú; **Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do PPGD/UNISC.**; e A indicação de currículo resumido e de e-mail do(s) autor(es). Pós-graduada em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas e em Direito de Família. Graduada em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (2022). 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. Pesquisadora e membro da diretoria de pesquisa do Núcleo de Estudos Aplicados em Direito, Infância e Justiça (NUDIJUS), da Universidade Federal do Ceará (UFC). Pesquisadora do Eixo de Direitos da Criança e do Adolescente, da linha de Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI), da Universidade Federal do Ceará (UFC). Membro do Núcleo Cearense de Estudos e Pesquisa sobre a Criança (NUCEPEC - UFC). E-mail: larabeckercarvalho@gmail.com
- 2 Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC); integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Políticas Públicas do PPGD/UNISC; Bolsista PROSUC/CAPES. Especialista em Direito Previdenciário e do Trabalho pela Cento Universitário Cenecista de Osório - UNICNEC, Especialista em Ensino de Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas - UFPel, Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Licenciado em Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas - UFPel. E-mail: ramontedesco@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O Brasil, historicamente, sinaliza uma omissão social, histórica, política e jurídica no que tange ao desaparecimento de pessoas, especialmente o nicho populacional relacionado a crianças e adolescentes (ROLIM *et al*, 2018). A construção identitária perante a sociedade e a comunidade da infância e da adolescência resultou em um longo processo de ‘mini- adultização’ de crianças e adolescentes, bem como da ‘coisificação’ desse segmento populacional, em que estes eram meros *objetos* de direito, e não sujeitos de fato (NEUMANN, 2010). Esse processo histórico-social reforça a inviabilização da infância e da adolescência como processos genuínos e necessários do desenvolvimento biopsicossocial humano os quais devem ser diferentes da também natural fase adulta.

Nesse sentido, o Brasil, até hoje, não possui um marco regulatório quanto ao desaparecimento de crianças e adolescentes, e o próprio conceito de ‘desaparecimento’ apresenta definições próprias a depender do autor (FÍGARO-GARCIA, 2010; NEUMANN, 2010; OLIVEIRA, 2013), o que dificulta a gestão e a articulação de políticas públicas para o enfrentamento da persistentemente problemática de crianças e adolescentes desaparecidos.

Mais especificamente, adolescentes do gênero feminino, no Brasil, são vítimas do crime de tráfico humano cujas finalidades são diversas, mas todas violam direta e severamente direitos humanos fundamentais dessas meninas. O desaparecimento de adolescentes meninas no Brasil resultantes de tráfico humano carece de uma atenção estatal, apesar do bem-estar biopsicossocial de crianças e adolescentes ser prioridade absoluta (BRASIL, 1988, *online*; BRASIL, 1990).

Dessa forma, a pesquisa trata da institucionalização de uma política nacional e integrada voltada prioritariamente à localização de adolescentes do gênero feminino declaradas desaparecidas, vítimas de tráfico humano, visto que caracteriza público alvo do crime. De forma geral, objetiva-se analisar o Sistema Nacional de Localização e Identificação de Desaparecidos – SINALID como ferramenta do agente do Sistema de Garantia de Direitos, a dizer, o Ministério Público, para o enfrentamento do tráfico de adolescentes do gênero feminino no Brasil. Os objetivos específicos são: examinar o funcionamento do SINALID como ferramenta do Ministério Público; analisar as estatísticas referentes ao tráfico de adolescentes do gênero feminino no Brasil; e identi-

car a necessidade de política pública integrada voltada exclusivamente a questões de gênero no tráfico de adolescentes.

O problema de pesquisa norteador do presente trabalho é: qual a relevância do SINALID para o enfrentamento da problemática envolvendo o desaparecimento de adolescentes do gênero feminino devido ao tráfico humano? A hipótese inicial sugere, que devido a lacuna histórica no Brasil com relação ao enfrentamento do desaparecimento de pessoas, especialmente crianças e adolescentes - tidos como objetos de direito ao longo significativa parte da construção sócio-histórica das civilizações e sociedades - houve ambientação favorável para o crime de tráfico humano com finalidades diversas, mas sempre ferindo direitos fundamentais das vítimas adolescentes do gênero feminino. Desse modo, o Sistema Nacional de Localização e Identificação de Desaparecidos – SINALID, como instrumento tecnológico do Ministério Público, pode agir como verdadeiro agente do Sistema de Garantia de Direitos fornecendo dados e estatísticas acerca de adolescentes desaparecidas com fim de tráfico humano - fomentando políticas públicas combativas -, bem como integralizando os demais agentes do Sistema para identificar e localizar efetivamente meninas declaradas desaparecidas.

A relevância da pesquisa se justifica pois o Sistema Nacional de Localização e Identificação de Desaparecidos – SINALID mostra-se como uma rede criada pelo Ministério Público criada para preencher uma lacuna histórica no que se refere ao enfrentamento ao desaparecimento de pessoas diante da carência de um sistema integrado de informações.

Dentro das estatísticas promovidas pelo Sistema, constata-se que, no âmbito do tráfico humano, adolescentes do gênero feminino são as principais vítimas deste delito. Por conta disso, a pesquisa trata da atuação do SINALID diante de um público invisibilizado, que não mobiliza as massas, mas que é vulnerável diante de um delito que fere direitos fundamentais.

Com relação à metodologia, quanto ao objeto, trata-se de uma pesquisa exploratória de natureza teórica cuja abordagem é qualitativa, pois procurará mostrar a necessidade de políticas públicas específicas voltadas para o enfrentamento do desaparecimento de adolescentes do gênero feminino devido ao crime de tráfico humano. Utilizando-se de pesquisa bibliográfica, tendo como fontes livros, artigos e teses sobre o tema, busca-se coletar dados acerca do desaparecimento de adolescentes do gênero feminino no Brasil devido ao tráfico humano mediante o exame de estatísticas disponíveis no Sistema Nacional de Localização e

Identificação de Desaparecidos. O método de abordagem será dedutivo e o método de procedimento monográfico com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica será realizada nas seguintes bases de dados: Portal Periódicos da CAPES, *Scielo* e revistas classificadas no Qualis/CAPES. A pesquisa documental será realizada junto ao Fórum Brasileiro de Segurança Pública, à Organização das Nações Unidas, ao Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania e ao Conselho Nacional do Ministério Público.

1. O Sistema Nacional de Localização e Identificação de Desaparecidos – SINALID

No Brasil, há dificuldade de localização de pessoas desaparecidas. De acordo com o Conselho Federal do Ministério Público (CFMP), estima-se que mais de 700.000 pessoas foram declaradas desaparecidas no país durante a última década. Até o ano de 2017 não havia uma política integrada destinada à busca por pessoas declaradas desaparecidas. O Sistema Nacional de Localização e Identificação de Desaparecidos (SINALID) é um programa criado pelo Ministério Público para mediar as articulações entre inúmeros órgãos e agentes públicos com o objetivo de tornar eficiente uma política nacional de descoberta de paradeiros (CFMP, 2023).

A efetividade do SINALID é comprovada levando em consideração que, somente no ano de 2022, o sistema contribuiu com a efetiva localização de 18.837 pessoas (CFMP, 2023). O sistema funciona mediante comandos dos Ministérios Públicos Estaduais e promove o cadastramento de banco de dados das instituições, contribuindo com o Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos (PLID). A proposta do SINALID tem como ponto de partida o boletim de ocorrência, para que a partir do registro possam comparar com os demais órgãos que também recebem pessoas desaparecidas, como hospitais e albergues (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2023).

Ainda que exista essa grande teia formada pelos estados que adotam o PLID, os dados não são compartilhados em um grande repositório de dados nacional. No SINALID os estantes estaduais apenas possuem acesso aos dados de seus próprios estados, tornando o procedimento complexo, restando às autoridades a comunicação informal para que possam de forma mais eficiente proceder a investigação e lo-

calização de pessoas desaparecidas em trânsito interestadual. A aparente impossibilidade de comparação de dados entre estados e o sistema do CFMP faz com que a comunicação entre agentes públicos se dê por mera apresentação de características físicas dos desaparecidos, como tatuagens, marcas de nascença ou outras características particulares que possam auxiliar na identificação (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2023).

O Sistema Nacional de Localização e Identificação de Desaparecidos (SINALID) é uma relevante ferramenta para investigação e localização de pessoas desaparecidas em território nacional e vem contribuindo com investigações desde sua criação, graças ao intermédio que promove entre o Ministério Público e agentes de segurança pública dos estados, sob atuação ampliada se comparada com programas restritos às diferentes regiões do país, visando sua integração.

Quando se trata de delitos de cunho sexual mediante tráfico e escravidão de pessoas, temos adolescentes do gênero feminino como principais vítimas. É exatamente delas que dar-se-á foco especial na sequência para e no que o Sistema de Identificação pode auxiliar que condutas dessa natureza sejam proficuamente investigadas e solucionadas à luz de um mecanismo eficiente de identificação.

2. Estatísticas acerca do tráfico de adolescentes do gênero feminino no Brasil

O tráfico de pessoas é considerada a terceira maior prática ilícita global, ficando atrás somente do tráfico de entorpecentes e do comércio de armamentos (BLANCHETTE; SILVA, 2018), ocorrendo o contrabando de indivíduos quando a vítima é recrutada, atraída, convocada, deslocada, transferida, adquirida, alojada ou recebida mediante grave ameaça, violência, coerção, artimanha ou abuso. O agente aliador pode utilizar esses expedientes para extração de órgãos, tecidos ou partes do corpo do indivíduo, emprego em condições semelhantes à escravidão, sujeição a qualquer forma de servidão, adoção ilegal ou exploração sexual. A punição, segundo o Código Penal, em seu artigo 149-A, consiste em prisão de 4 a 8 anos, além de multa (BRASIL; 1940; BRASIL, 2016).

Segundo os dados do SINALID, existem 22.963 registros de pessoas de 12 a 17 anos desaparecidas - faixa etária determinada pelo

Estatuto da Criança e do Adolescente correspondente ao conceito de 'adolescente' (BRASIL, 1990) -, sendo 14.557 destas notificações relacionadas ao gênero feminino - 63,78%, portanto (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2023). Esses dados corroboram as estatísticas encontradas pela Organização das Nações Unidas - ONU, a qual exprime que 71% das vítimas de tráfico humano são, essencialmente, mulheres e meninas e que a maioria das vítimas são traficadas para casamentos forçados ou para exploração e escravidão sexual (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Dados semelhantes são expostos pelo Disque 100, em que cerca de 75% das vítimas de tráfico humano entre os anos de 2020 e 2021 são do gênero feminino, para, prioritariamente, exploração sexual - envolvendo prostituição, turismo sexual e pornografia - e trabalhos domésticos em condições análogas à escravidão (MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA, 2022). Nesse sentido, aponta-se um número crescente de tráfico de pessoas do gênero feminino na adolescência em contrapartida aos números expressivamente masculinos de desaparecimentos devido ao tráfico humano na infância, principalmente para casos de adoção ilegal (SANTOS, 2022). Esse fato é um processo complexo e multifatorial que pode possuir como fatores conectivos, segundo Leal (2019), as relações desiguais e sexistas que envolvem a sexualização de corpos adolescentes do gênero feminino - o que influi preponderantemente na exploração sexual desse grupo populacional. Esse fenômeno mostra-se bastante nocivo e tira adolescentes do gênero feminino do lugar de proteção que lhes é de direito, expondo-as a situações não condizentes com suas faixas etárias. Esse tipo de conduta, potencializado na atualidade pelo alcance e força das redes sociais, reforça uma cultura machista e estigmatiza o gênero feminino como objeto, desde a infância, bem como reforça a cultura da violência - em sua forma ampla - contra meninas (VALLEJO, 2019).

Dessarte, apesar do SINALID ser um instrumento de grande valia para a coleta de dados, estatísticas e informações acerca do desaparecimento de pessoas, ainda existem lacunas não preenchidas nos campos político e jurídico os quais não podem ser preenchidos, isoladamente, pelos números fornecidos pela citada ferramenta. Faz-se necessária a sinergia entre as informações prestadas pelo SINALID e a articulação e a execução de políticas públicas voltadas para o enfrentamento do tráfico humano de adolescentes do gênero feminino - minando, consequentemente, os desaparecimentos de meninas que são vítimas deste crime.

3. O aperfeiçoamento de uma política pública integrada com foco em questões de gênero

Como visto no capítulo anterior, adolescentes do gênero feminino de 14 a 17 anos são as principais vítimas de desaparecimento mediante tráfico de pessoas e exploração e escravidão sexual. Na realidade brasileira, o SINALID enquanto ferramenta do Conselho Federal do Ministério Público carece de aperfeiçoamento visando atender a necessidade de busca por esse público em situação de vulnerabilidade.

A carência de um sistema integrado não é a única carência do SINALID. A própria falta de informações compartilháveis faz com que os agentes públicos evitem de abastecer a ferramenta por considerá-la pouco eficiente, sob o risco de torná-la gradativamente obsoleta, uma vez que as ferramentas dos próprios estados acabam por integrar melhor as descrições necessárias para a investigação. Profissionais da segurança ao invés de dedicarem-se às investigações acabam por perder tempo catalogando dados para a ferramenta, pois não há profissionais voltados para este tratamento (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2023). Há carência de profissionais voltados especialmente para a investigação de fomento no âmbito do SINALID, tornando as investigações burocráticas e ineficientes, pois na área dos estados não há condições de fortalecer o sistema em decorrência da falta de profissionais voltados para a função, gerando confusão entre Ministério Público e Polícia Civil em seus campos de atuação.

O fato dos dados do SINALID não contarem com mecanismo de cruzamento entre os estados faz com que perca significativamente seu potencial de efetividade, uma vez que o tráfico de adolescentes pode se dar em deslocamento entre os mais variados locais do país, necessitando de comunicação quase que imediata e informatizada e integrada entre agentes de segurança de todo o território nacional em uma mesma base de referências. Ademais, há a necessidade de estabelecer um aparato que possa servir ao sistema, mediante profissionais exclusivamente destinados à alimentação dos dados e que possam disponibilizar a plenitude da ferramenta a serviço da investigação simultaneamente em todo o território brasileiro.

Assim, percebe-se que o Sistema Nacional de Localização e Identificação de Desaparecidos (SINALID) confere potencial significativo ainda pouco explorado pelas autoridades por conta da falta de apuro referente ao tráfego de informações entre as unidades da federa-

ção, bem como disponibilização de pessoal capacitado especialmente para o levantamento cadastral de pessoas desaparecidas. Um programa de cunho investigativo que estatisticamente auxilia na investigação de pessoas desaparecidas, mas que tem seu potencial limitado por conta da falta de investimento no aperfeiçoamento administrativo e tecnológico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com vistas ao que foi desenvolvido na presente pesquisa, tem-se a confirmação parcial da hipótese inicialmente formulada, posto que, de fato, o Sistema Nacional de Localização e Identificação de Desaparecidos atua como mecanismo de relevância ímpar para o sistema socioprotetivo em prol de crianças e adolescentes, agindo como importante aliado do Ministério Público – a dizer, agente fundamental do Sistema de Garantia de Direitos.

Ao fornecer dados e estatísticas relacionados ao desaparecimento de pessoas, inclusive de adolescentes do gênero feminino, devido aos mais variados fatores, como o tráfico humano, o SINALID viabiliza a construção de políticas públicas para o enfrentamento da problemática do desaparecimento de adolescentes meninas vítimas de tráfico humano, pois fornece informações basilares para o fomento de ações estatais em face do problema.

Entretanto, ao longo da pesquisa, restou claro que o SINALID não é capaz, sozinho, de integralizar os demais agentes do Sistema de Garantia de Direitos e, conseqüentemente, não consegue ser o único conector das políticas públicas que envolvem tráfico humano e desaparecimento de adolescentes do gênero feminino, pois são necessárias outras movimentações dos demais agentes do Sistema para que, de maneira coordenada e articulada, sejam produzidas e concretizadas políticas efetivas para o enfrentamento da problemática.

Portanto, é preciso fomentar continuamente o SINALID e integralizá-lo aos sistemas de todos os entes federativos para que as políticas públicas de competência comum aos entes voltadas para o enfrentamento do tráfico humano de adolescentes meninas sejam melhor planejadas e executadas com o fito de erradicar esse crime e, conseqüentemente, o desaparecimento de pessoas do gênero feminino de 12 a 17 anos no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 07 jul. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016*. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas [...]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jul. 2023.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. In: *Sistema Nacional de Localização e Identificação de Desaparecidos – Sinalid*. [S. l.], 10 jul. 2023. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-defesa-dos-direitos-fundamentais/sinalid/dados-e-estatisticas>. Acesso em: 10 jul. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Mapa dos desaparecidos no Brasil*. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/05/mapa-dos-desaparecidos-relatorio.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2023.

LANCHETTE, Thaddeus. Gregory.; SILVA, Ana Paula da. A VÍTIMA DESIGNADA: Representações do tráfico de pessoas no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 33, n. 98, p. e339807, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/Qs4tqjsbrSJ5xXbSFrp67nJ/?lang=pt#>. Acesso em: 10 jul. 2023.

LEAL, Eduardo Martinelli. “Naquela época não se ouvia falar de desaparecido”: família e maternidade na militância do desaparecimento de pessoas no Brasil. *Mana*, v. 25, n. 3, p. 605–634, set. 2019.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA. *Crianças, adolescentes e mulheres são 75% das vítimas do tráfico de pessoas, apontam dados do Disque 100*, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/julho/criancas-adolescentes-e-mulheres-sao-75-das-vitimas-do-trafico-de-pessoas-apontam-dados-do-disque-100www.gov.br>). Acesso em: 10 jul. 2023.

NEUMANN, Marcelo Moreira. O desaparecimento de crianças e adolescentes. 2010. 138 f. Tese (Doutorado em Serviço Social) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/18048>. Acesso em: 07 jul. 2023.

OLIVEIRA, Dijaci David de. *O desaparecimento de pessoas no Brasil*. 1ª ed. Goiânia: Editora Cânone, 2013. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *71% das vítimas de tráfico humano são mulheres e meninas*, 2016. Disponível em: <https://shre.ink/MOOJ..> Acesso em: 10 jul. 2023.

ROLIM, Gisleia da Silva et al. Análise do Luto de Mães de Crianças e Adolescentes Desaparecidos. *Psicologia: Ciência e Profissão*, Brasília, v. 38, n. 3, p. 507–521, jul. 2018.

SANTOS, Yara Karoline Oliveira dos. *Violência na contemporaneidade: Refletindo sobre o tráfico de crianças e adolescentes para exploração sexual*. 2022. 54 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Serviço Social)- Faculdade de Serviço Social, Curso de Serviço Social, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2022. Disponível em: <https://www.repositorio.ufal.br/handle/123456789/9704>. Acesso em: 10 jul. 2023.

VALLEJO, Ana María Pérez. Ciberacoso sexualizado y ciberviolencia de género en adolescentes. Nuevo marco regulador para un abordaje integral. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, La Rioja, n. 14, p. 42-58, 2019.

UM ESTUDO DA RENÚNCIA À CONDIÇÃO DE HERDEIRO LEGITIMÁRIO PELOS CÔNJUGES EM CONVENÇÃO ANTENUPCIAL NO DIREITO PORTUGUÊS: UM BOM MODELO PARA A GARANTIA DA AUTONOMIA NO BRASIL?

A study of the waiving of the condition of mandatory heir by spouses in prenuptial agreement in portuguese law: a good model for the guarantee of autonomy in Brazil?

Maria Eduarda Mikiewicz Desplanches¹
Helena de Azeredo Orselli²

INTRODUÇÃO

A Lei portuguesa 48/2018, de 14 de agosto, incorporou uma importante novidade no direito sucessório daquele país: a possibilidade

- 1 Mestranda em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança, Adolescente e Constituição Federal da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS, sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Pluridimensionalidade do Direito Privado Contemporâneo da Furb. Advogada. E-mail: medesplanches@gmail.com.
- 2 Doutora em Ciência Jurídica pela Univali e em Direito Público pela Universidade de Perúgia - Itália. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau - Furb. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Pluridimensionalidade do Direito Privado Contemporâneo da Furb. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-5624-9185>.

de renúncia à condição de herdeiro legitimário pelos nubentes na convenção antenupcial, desde que preenchidos determinados pressupostos. De antemão, esclarece-se que, diferentemente do direito brasileiro, no direito português a sucessão legal, por força do artigo 2027º, pode ser legítima ou legitimária, conforme a possibilidade de afastamento dos sucessores pela vontade do autor. Os herdeiros legitimários (cônjuge, descendentes e ascendentes) não podem ser afastados pelo autor da herança, havendo uma quota parte indisponível e resguardada para esses herdeiros, chamada de legítima (artigos 2158º a 2161º), por outro lado, a sucessão legítima, que também é definida por lei, pode ser afastada pelo autor da herança, consoante artigo 2131º.

Assim como no direito brasileiro, no direito português existe uma segunda espécie de sucessão, a sucessão voluntária, que, como o próprio nome sugere, decorre da vontade do autor, podendo ser perfectibilizada através de contrato ou testamento. De acordo com o artigo 2028º, nº. 1, “há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renúncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta”, sendo admitido apenas nos casos previstos em lei. No direito brasileiro, não há previsão para a modalidade de sucessão contratual, o que confere relevância ao presente estudo.

O presente estudo tem por objetivo analisar em qual medida o instituto da renúncia à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge em convenção antenupcial introduzido no direito português pode contribuir para o debate acerca do tema no direito brasileiro, em especial como forma de concretização da autonomia privada. À vista disso, a temática originou-se a partir das seguintes problemáticas, que merecem suas respectivas hipóteses: a) a possibilidade de sucessão contratual, introduzida na alínea “c” do nº. 1 do artigo 1700º da Lei portuguesa 48/2018, de 14 de agosto, garante a autonomia dos cônjuges? Considerando que o dispositivo estabelece alguns requisitos para que os cônjuges renunciem à condição de herdeiro legitimário do outro, parece existir uma restrição à autonomia; b) o instituto português da renúncia à condição de herdeiro legitimário em convenção antenupcial é um parâmetro adequado para inclusão do mesmo instituto no direito brasileiro? A prerrogativa de renúncia prévia à qualidade de herdeiro legitimário do cônjuge em convenção antenupcial apresenta-se como uma relevante inovação legislativa no direito português, sendo que, nesse contexto, o referido instituto exerce uma função inspiradora para o direito brasileiro.

A metodologia aplicada consiste no método indutivo e nas técnicas de análise dos dispositivos legais da legislação portuguesa que tratam sobre a possibilidade de pactos renunciativos entre os cônjuges na convenção antenupcial, pesquisa de literatura sobre o tema, leitura dirigida, fichamento e de análise de conteúdo das obras selecionadas.

DESENVOLVIMENTO

A reforma do Código Civil português, operada pelo Decreto-Lei 496/77, de 25 de novembro, incluiu o cônjuge sobrevivente na ordem dos herdeiros legitimários, chamando-o à sucessão na primeira ou na segunda classe dos herdeiros sucessíveis³ (LEIRAS, 2021, p. 2). Como herdeiro de primeira posição, juntamente com os descendentes do *de cujus*, é garantido ao cônjuge no mínimo um quarto dos bens deixados pelo falecido⁴. Na ausência de descendentes e ascendentes, e não havendo disposição testamentária ou contratual, cabe ao cônjuge a totalidade da herança (ZANETTI, 2022, p. 38). A legislação portuguesa optou por uma proteção linear ao que se refere à concorrência do cônjuge sobrevivente com o descendente, ou seja, a concorrência independe do regime do casamento que havia com o *de cujus* (NINA, 2019, p. 74).

No direito brasileiro, a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o cônjuge concorre à sucessão com o descendente ou, na falta deste, com o ascendente do *de cujus*, promovendo-o ao primeiro e segundo grau da ordem de vocação hereditária (LÔBO, 2022, p. 147). Segundo o artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, a concorrência do cônjuge com os descendentes não ocorrerá em três situações: se os cônjuges forem casados pelo regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória; ou, sendo casados pelo regime da comunhão parcial de bens, o falecido não deixar bens particulares. Em relação à concorrência com os ascendentes, a lei não estabeleceu nenhuma restrição.

3 De acordo com o artigo 2133º do Código Civil Português, integram a primeira classe dos herdeiros sucessíveis o cônjuge e descendentes e a segunda o cônjuge e os ascendentes.

4 Nos termos do artigo 2139º, 1, do Código Civil Português: “A partilha entre o cônjuge e os filhos faz-se por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros; a quota do cônjuge, porém, não pode ser inferior a uma quarta parte da herança”.

A ascensão do cônjuge sobrevivente quanto à sua posição sucessória, no direito português, fez surgir algumas indagações, como a questão do cônjuge casado pelo regime da separação de bens. Na lei portuguesa, o cônjuge sobrevivente tem o direito de participar da sucessão do outro tendo sido casado em qualquer dos regimes matrimoniais de bens. O legislador, portanto, fez comunicar para além da morte os bens que as partes resolveram não comunicar em vida (ZANETTI, 2022, p. 39). Esse problema prático motivou a proposição do Projeto de Lei nº 781/XIII de 20 de janeiro de 2018, posteriormente convertido na Lei nº 48/2018, que estabeleceu a possibilidade de os nubentes, por convenção antenupcial, renunciarem reciprocamente à condição de herdeiro legitimário (ZANETTI, 2022, p. 40), favorecendo a celebração de pacto *non succedendo*. Segundo Corte-Real e Santos (2018, p. 563), a Lei nº 48/2018 acabou por contradizer o princípio da proibição dos pactos sucessórios, princípio básico do ordenamento jurídico português.

O Projeto de Lei nº 781/XIII tinha como fundamento um interesse que não se encontrava satisfeito pelas regras até então vigentes, qual seja, o daquelas pessoas que gostariam de que o seu futuro cônjuge pudesse renunciar antecipadamente ao seu estatuto sucessório, para que os seus filhos fossem os seus únicos herdeiros (OLIVEIRA, 2018, p. 2). A verdade é que nem sempre os casais pretendem se beneficiar de uma posição sucessória de que porventura não carecem e nem pretendem (PEREIRA; HENRIQUES, 2018, p. 6).

A renúncia antecipada à qualidade de herdeiro legal está de acordo com a despatrimonialização do casamento e da vida familiar. É aceitável que dois adultos sejam capazes de separar radicalmente os seus patrimônios, tanto em vida, pela separação de bens, quanto na morte, pela renúncia recíproca à qualidade de sucessor legal (OLIVEIRA, 2018, p. 4). Não se admitir tal renúncia evidencia a visão paternalista do Estado na vida familiar privada. Não obstante, no caso do direito português, não se cria uma situação jurídica incompatível com as garantias do Estado social, pois a renúncia apenas afeta a posição sucessória do cônjuge, não prejudicando o direito a alimentos do cônjuge sobrevivente⁵ (PEREIRA; HENRIQUES, 2018, p. 5).

A Lei nº 48/2018 estabeleceu que o cônjuge sobrevivente, vulnerável economicamente, pode exigir alimentos a cargo da herança e o direi-

5 Nos termos do artigo 1707º-A, nº. 2: “A renúncia apenas afeta a posição sucessória do cônjuge, não prejudicando designadamente o direito a alimentos do cônjuge sobrevivente, previsto no artigo 2018.º, nem as prestações sociais por morte”.

to de permanecer na casa onde o casal habitava, por cinco anos, como titular de um direito real de habitação e de um direito de uso do ‘recheio’, visando atender o princípio da solidariedade familiar (ZANETTI, 2022, p. 41). Contudo, de acordo com Pedro (2018, p. 453), a possibilidade de exercício do direito real de habitação pode gerar conflitos e dificuldades práticas no exercício de tais direitos em confronto com os dos demais herdeiros, além de conduzir à imobilização patrimonial.

Para que seja considerada válida, a renúncia antecipada no pacto antenupcial depende do preenchimento de certos requisitos. Primeiramente, exige-se a reciprocidade da renúncia, não podendo apenas um dos cônjuges renunciar à sua qualidade de herdeiro legitimário, o que, segundo Dias (2020, p. 300), parece afetar a autonomia privada de vontade de cada um dos cônjuges.

O segundo requisito se encontra estabelecido no n.º 3 do artigo 1700⁶. O pacto renunciativo apenas é admitido no caso do regime da separação de bens. Para Pereira e Henriques (2018, p. 8), tal restrição implica na redução da autonomia dos nubentes na projeção da sua posição *post mortem*, no caso de o regime de bens escolhido ser diferente do regime da separação de bens. Para as autoras, a renúncia deveria ser permitida qualquer que seja o regime de bens de casamento.

Outro limitador à autonomia privada dos cônjuges está no fato de que, em razão do artigo 4º da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto 2018, os cônjuges que já se encontravam casados não podem celebrar este gênero de pacto sucessório, pois a referida lei entrou em vigor no primeiro dia do mês subsequente ao da sua publicação, não admitindo efeitos retroativos (DIAS, 2020, p. 302).

A possibilidade de renúncia antecipada à sucessão por parte do cônjuge casado pelo regime da separação de bens é um importante avanço na legislação portuguesa (ZANETTI, 2022, p. 42). Todavia, autores como Dias (2020, p. 303), Pereiras e Henriques (2018, p. 6) e Zanetti (2022, p. 42), entendem que o sistema sucessório português necessita de uma reforma mais ampla, com o objetivo de que seja concebida a autonomia privada com a proteção sucessória da família. Talvez fosse de cogitar um novo olhar sobre a sucessão legitimária, com uma maior flexibilidade dos pactos sucessórios renunciativos (DIAS, 2020, p. 303).

6 Segundo o n.º 3, do artigo 1700º: A estipulação referida na alínea c) do n.º 1 apenas é admitida caso o regime de bens, convencional ou imperativo, seja o da separação.

Ademais, o ordenamento português adotou o princípio da imutabilidade das convenções antenupciais, de modo que não é permitido alterar, após a celebração do casamento, nem as convenções antenupciais e nem os regimes de bens legalmente fixados, com exceção dos casos previstos em lei. No Brasil, de modo contrário, admite-se a mutabilidade das cláusulas estabelecidas no pacto antenupcial, desde que o pedido seja feito pelo casal perante a autoridade judiciária.

O instituto da renúncia à condição de herdeiro legitimário do outro cônjuge em convenção antenupcial introduzido no direito português é um relevante instrumento para o exercício da autonomia privada, ainda que haja limitações a tal direito, de modo que é relevante sua análise em confronto com o direito brasileiro, em especial como um parâmetro para a concretização da autonomia privada, sendo necessário, contudo, examinar se o instituto português é suficiente para garantir autonomia plena aos cônjuges, diante das limitações impostas pela legislação portuguesa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese ainda estar em desenvolvimento, a pesquisa realizada até o momento aponta que a alteração legislativa, que incluiu no Código Civil português a possibilidade de renúncia antecipada ao direito sucessório dos cônjuges na convenção antenupcial, é um importante avanço, mas não respalda todas as configurações conjugais existentes. Garantiu-se, no direito português, em nome da autonomia privada, que os nubentes, desde que preenchidos os requisitos, deliberem se querem ou não ser herdeiro um do outro quando se casam pelo no regime da separação de bens, entretanto não se aplica para aqueles casados em outros regimes de bens, bem como há exigência de reciprocidade da renúncia e a impossibilidade de pactuação para aqueles que já se encontravam casados ao tempo da entrada em vigor da lei.

Diante de tais ponderações, o atual estágio da pesquisa aponta que o instituto português da renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário em convenção antenupcial pode servir de inspiração para a inclusão do mesmo instituto no direito brasileiro, ainda que o direito português não tenha conferido autonomia plena ao que se refere aos pactos renunciativos entre cônjuges nas convenções antenupciais, ten-

do em vista que o direito sucessório brasileiro também impõe restrições à sucessão legítima concorrente do cônjuge com os descendentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 03 maio 2023.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Daniel. Os pactos sucessórios renunciativos feitos na convenção antenupcial pelos nubentes: análise crítica à Lei nº 48/2018 de 14 de agosto. *Revista de Direito Civil*, Lisboa, ano III, p. 555-574, 2018. Disponível em: <https://www.cidp.pt/Archive/Docs/f706088122969.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2023.

DIAS, Cristina. Pactos sucessórios – a solução do legislador português pela lei nº 48/2018, de 14 de agosto. 2020. In: DIAS, Cristina; CRUZ, RossanaMartingo; SILVA, Regina Beatriz Tavares (Org.) *Igualdade e responsabilidade nas relações familiares*. Atas das Jornadas Internacionais. p. 289-303. Disponível em: http://repositorium.uminho.pt/bitstream/1822/79272/1/ji_familia_2019_ebook.pdf#page=301. Acesso em: 19 jun. 2023.

LEIRAS, Diana Isabel da Silva. Breves considerações sobre a renúncia do cônjuge à condição de herdeiro legítimo no direito português. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, n. 29, p. 339-353, out/dez. 2021. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/1029>. Acesso em: 19 jun. 2023.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Sucessões*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*.

NINA, Pedro Linhares Della. *A sucessão do descendente: um cotejo entre Portugal e Brasil*. 2019. 122 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/4366/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20A%20Sucess%C3%A3o%20do%20Descendente.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2023.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Notas sobre o Projeto de Lei nº. 781/XIII*. Disponível em: <https://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-o-Projeto-de-Lei-781-XIII-.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.

PEDRO, Rute Teixeira. Pactos sucessórios renunciativos entre nubentes à luz do art. 1700º, nº 1, alínea c) do código civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 78, v. I/II, p. 415-454, jan-jun. 2018. Disponível em: https://portal.oa.pt/media/130230/rute-teixeira-pedro_roa_i_ii-2018-revista-da-ordem-dos-advogados.pdf. Acesso em: 23 jun. 2023.

PEREIRA, Maria Margarida Silva; HENRIQUES, Sofia. Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge – contributos para o projeto de lei nº. 781/XIII. *JULGAR Online*, maio de 2018, p. 1-20. Disponível em: <http://julgar.pt/pensando-sobre-os-pactos-renunciativos-pelo-conjuge-contributos-para-o-projeto-de-lei-n-o-781xiii/>. Acesso em: 16 jun. 2023.

PORTUGAL. *Decreto-Lei nº 47344/66, de 25 de novembro de 1966*. Código Civil. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em: 19 jun. 2023.

ZANETTI, Pollyanna Thays. Possibilidade de renúncia ao direito de concorrência sucessória pelo cônjuge: estudo comparativo Brasil-Portugal. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 36-52, jul. 2022. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/8769/pdf>. Acesso em: 16 jun. 2023.



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)